

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

Segunda época, año V, N°2-2017

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal
Corrección de texto y estilo:
Santiago Aránguiz Pinto

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646
(56-2) 2420 7416
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año V, N°2-2017

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°290.865

Santiago de Chile

Año 2017

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 9 Cristián Maturana Miquel
REFLEXIONES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS EN EL
PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL
- 45 José Pedro Silva Prado, Nicolás Frías Ossandón
FUNCIONALIDAD DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROYECTO DE
LEY DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL
- 63 Raúl Tavolari Oliveros
SOLILOQUIOS SOBRE EJECUCIÓN CIVIL EN EL PROYECTO DE NUEVO
CÓDIGO PROCESAL CIVIL
- 75 Enrique Navarro Beltrán
TRATADOS Y CONVENIO 169 EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL CHILENO
- 115 María Luisa Baltra Vergara
LA CONSULTA INDÍGENA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y SU
REGLAMENTACIÓN
- 143 Álvaro Durán Soto
LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS
COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

- 203 Carolina Pincheira Sepúlveda
COMPONENTE INDÍGENA EN CALIFICACIÓN AMBIENTAL DEL PROYECTO
MINERO “PAGUANTA” Y SU ADECUACIÓN AL CONVENIO 169 DE LA OIT
- 233 ANEXO: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS CORTES DE APELACIONES Y
CORTE SUPREMA EN MATERIA DEL CONVENIO 169
- 285 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE NORMAS DE
PUBLICACIÓN
- 289 ACTIVIDADES FACULTAD DE DERECHO 2017, UNIVERSIDAD FINIS
TERRAE

EDITORIAL

El presente número de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae está destinado al estudio de la dógmatica y jurisprudencia de dos grandes materias.

El primero de ellos, tiene relación con la reforma procesal civil, que se está actualmente estudiando en nuestro ordenamiento jurídico en el Congreso Nacional.

Para desarrollar este tema, contamos con los destacados profesores Cristián Maturana, José Pedro Silva, Nicolás Frías y Raúl Tavolari, quienes además participaron en la comisión que formó en su momento el Ministerio de Justicia para abordar este proyecto.

El primero, realiza un análisis respecto a la regulación de los recursos en el proyecto del Código Procesal Civil. Luego, los profesores Silva y Frías, abarcarán los principios procesales que incorporará el nuevo Código Procesal Civil. Finalmente, el destacado profesor Tavolari, se referirá a cómo estaría desarrollado el proyecto en razón de una nueva ejecución civil.

La segunda materia que incluye este número, tiene relación con las exposiciones realizadas en un seminario realizado por la Facultad de Derecho de esta misma Casa de Estudio, sobre “La Consulta Indígena y los Proyectos Empresariales”, tras la ratificación del Convenio N°169, de la OIT y su entrada en vigencia en el año 2009.

Para explicarnos los desafíos en torno a la ejecución de este Convenio, el procedimiento de la consulta indígena y la jurisprudencia de los tribunales de justicia, contamos en primer lugar con un artículo del profesor Enrique Navarro, que efectúa un análisis general de los tratados y de cómo ha resuelto el Tribunal Constitucional, respecto específicamente del alcance del Convenio 169.

Luego, la profesora María Luisa Baltra desarrolla la consulta indígena del Convenio y su reglamentación.

Más adelante, el abogado Álvaro Durán colabora con un artículo relacionado a los requisitos de procedencia de la consulta indígena establecidos en el Convenio 169, como en su reglamento.

Específicamente sobre el proyecto Paguanta y su adecuación al Convenio, la abogada Carolina Pincheira explica sus componentes.

Finalmente, incluimos –como anexo– un trabajo realizado por el profesor Enrique Navarro junto a la colaboración de dos ex alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Macarena Diez y Fernanda Navea, que fue presentado en el marco de un Convenio suscrito con el Tribunal Constitucional, sobre la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en relación al Convenio 169.

REFLEXIONES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL¹

REFLECTIONS REGARDING THE REGULATION OF RESOURCES IN THE PROJECT OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL²

Resumen: El presente artículo hará una exposición de la regulación de los recursos en un sistema procesal civil moderno, fundado en principios diversos a los contemplados en la actual regulación de nuestro histórico Código de Procedimiento Civil, y teniendo presente la nueva realidad existente en cuanto al derecho en la esta compuesto no solo por leyes sino que también por reglas y principios.

Palabras clave: Recursos procesales. Impugación. Reforma procesal civil. Principios formativos. Valoración objetiva. Tutela jurisdiccional efectiva.

Abstract: This article will make an exposition of the regulation of resources in a modern civil procedural system, based on different principles to those contemplated in the current regulation of our historical Code of Civil Procedure, and bearing in mind the new existing reality regarding the law in it is composed not only by laws but also by rules and principles.

Key words: Procedural resources. Impugal Civil procedural reform. Formative principles. Objective evaluation Effective jurisdictional protection.

¹ En adelante el Proyecto o NCPC, contenido en el Mensaje 004-360 de 12 de marzo del 2012, ingresado por S.E. el Presidente de la República, don Sebastián Piñera a la H. Cámara de Diputados. En adelante, todo artículo citado respecto del cual no se indique el cuerpo legal al que pertenece deberá entenderse que forma parte del mencionado Proyecto.

² Profesor titular de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1.- HOMENAJE

Constituye un honor la invitación cursada por la Universidad Finis Terrae para colaborar con un artículo al homenaje que en su Revista de Derecho se realiza al gran académico y abogado don Mario Mosquera Ruiz, quien me privilegió durante muchos años al permitirme colaborar en su destacada labor como académico, árbitro y abogado, cuya muestra más indeleble de amistad y trabajo conjunto fue el libro *Los Recursos Procesales*, que se publicará con posterioridad a su sensible fallecimiento.

Uno de los lugares en los cuales compartí durante varios años con don Mario Mosquera Ruiz sus afanes por mejorar la enseñanza del Derecho Procesal, fue en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Integrando el entonces denominado cuerpo docente, que presidía nuestro homenajeado, permitió esta Casa de Estudios a través de su Decano, don Roberto Guerrero, que se diseñaran nuevos programas para la enseñanza del Derecho Procesal, en que se unía la docencia con la práctica.

Dicho cuerpo docente, contó con la presencia de muchos destacados profesores como Milton Juica, Rolando Franco, Nelson Rojas y de los entonces jóvenes ayudantes, como Eduardo Morales, Ignacio Verdugo y Eugenio Labarca, este último actualmente destacado profesor de esta Casa de Estudios. Durante esos años de enseñanza, se graduaron muchos alumnos con quienes me ha sido muy grato compartir con posterioridad, pudiendo destacar a modo meramente ejemplar a Fernando Orellana, actual doctor y profesor de Derecho Procesal y autor de varias obras de la disciplina. La continuidad de ese antiguo trabajo, como ciclo histórico se constata por la gentileza de la invitación cursada este año por esta casa de estudios para que mi hijo menor Javier comience su carrera como joven profesor de Derecho Procesal en ella.

Dicha labor no implicó para Mario Mosquera postergar la continúa y destacada enseñanza desde su Cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de la cual fuera durante varios períodos su Decano, donde formó a muchos discípulos que han manifestado su vocación académica y desempeñado importantes cargos para promover el desarrollo jurídico del país, como el Director de esta Revista, don Enrique Navarro Beltrán, con quien comparto labores directivas y docentes en aquella Facultad desde hace muchos años.

El tema de mi colaboración me parece de trascendental importancia. Honestamente no puedo asegurar que este artículo refleje el pensamiento del homenajeado como se me preguntara meses atrás por un profesor en una de las charlas realizadas sobre este tema.

En todo caso, si lo expuesto no hubiere sido compartido por el homenajeado no creo en todo caso, que sería de su desagrado, porque los maestros enseñan para que los discípulos pongan siempre el mejor esfuerzo en su trabajo y tracen muchas veces sus propios caminos, los que espero sean visualizados como los mejores ante las nuevas realidades históricas que vivimos y siempre teniendo en la mira alcanzar el bien país.

2.- ASPECTOS ORGÁNICOS DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

Entrando en el encargo encomendado, debe destacarse previamente que para establecer un régimen recursivo en un moderno sistema procesal civil debe necesariamente tenerse en cuenta los aspectos orgánicos básicos respecto de los tribunales que conocerán del juicio, los diversos principios formativos que inspiran un proceso oral, y finalmente, pero no por ello menos importante, que la decisión de los asuntos nos conduzca a respetar los valores que constituyen el fin hacia cuyo logro debe dirigirse el derecho.

En relación con los aspectos orgánicos, siempre se nos ha señalado que los tribunales de la instancia deberían tener una composición plural, pero ser unipersonales en cuanto a su funcionamiento, como acontece actualmente con los jueces de garantía en el nuevo sistema procesal penal y con los jueces de familia y laborales en el nuevo sistema de justicia de familia y del trabajo.

En sus funciones, los tribunales dejan de poseer funciones administrativas, y se les atribuye una función netamente jurisdiccional.

En el orden propiamente jurisdiccional, los jueces no tienen funcionarios en quien delegar sus funciones, rigiendo en forma plena el principio de la inmediación y de la identidad entre aquel que presencia el juicio y quien dicta sentencia.

En realidad, si lo miramos desde la óptica del juez nos encontramos ante procesos individuales que no deben ser afectados por la burocracia. En otras palabras, lo que se quiere decir, es que no debe existir en la instancia gran cantidad de actores, no se debe concebir una división de funciones y

responsabilidad entre diversos actores y no cabe acudir a la jerarquía como mecanismo central de coordinación de sus actividades.

Por lo demás, desde un punto de vista político, si los jueces son los depositarios de la soberanía como nuestros representantes para el ejercicio de la función pública no resulta sostenible que pueda delegarse esa función en quienes no han sido designados como depositarios de la confianza pública para el ejercicio de la jurisdicción.

Además, debe separarse claramente lo jurisdiccional de lo disciplinario para cautelar la independencia personal de los jueces, siendo por ello concebible la impugnación de las resoluciones solamente por medios de raigambre jurisdiccional y no disciplinaria, como el recurso de queja.

En consecuencia, debe impedirse la existencia de funcionarios en los cuales puedan delegarse funciones jurisdiccionales por los jueces. En otras palabras: más jueces y menos funcionarios en la instancia. Mejor preparación, selección e incentivos para los jueces, por ser la eficiencia en el ejercicio de la función, la única que puede garantizar su justicia, eficacia y prontitud.

3.- PRINCIPIOS DE PROCESO Y SU RELACIÓN CON LOS RECURSOS

En relación con los principios que rigen los procedimientos, los procesos modernos se encuentran estructurados sobre la base del principio de la oralidad.

Lo anterior, necesariamente importa que deban aplicarse los principios del contradictorio, publicidad, concentración, continuidad, inmediación y de la sana crítica.

En el proceso oral, lo que se privilegia es el contradictorio, en cuanto son las partes las que tienen la carga de formular adecuadamente sus peticiones y rendir las pruebas para acreditarlas, siendo el juez un conductor activo del debate.

Para que el debate sea fructífero debe haber un juez o jueces que estén presentes durante el juicio y que conduzcan el debate y rendición de pruebas sobre las cuales se debe justificar objetivamente la convicción alcanzada.

Los jueces no son espectadores del juicio oral, sino que conductores del debate para que las partes no puedan adoptar conductas dilatorias o inútiles en el proceso.

La firma del juez no es una farsa, sino un certificado de autenticidad que él ha participado en el diálogo del cual depende su autoridad.

De acuerdo con ello, adquiere gran trascendencia la reposición que debe regularse al igual que el contradictorio en la instancia, distinguiendo para su procedencia entre resoluciones dictadas en audiencia o fuera de audiencia.

Más que primar la naturaleza jurídica de la resolución para determinar la procedencia de este recurso, lo que legitima su interposición es que no haya mediado debate previo en la audiencia, dado que el control de mérito para su pronunciamiento es el contradictorio que hace procedente su dictación.

Además, atendida la informalidad de los procedimientos orales, no cabe exigir para su interposición en audiencia que se sigan los modelos sacramentales que para tales efectos suelen respetarse en la interposición escrita de ellos y que incluso muchas veces se exigen como requisito de admisibilidad de los mismos.

En consecuencia, se privilegia un control horizontal en las audiencias basadas en el contradictorio que debe existir en forma previa a la dictación de las resoluciones, procediendo como excepción la reposición solo cuando no haya mediado debate a la dictación de resoluciones en una audiencia³, privilegiándose con ello la concentración, continuidad, celeridad e informalidad en su desarrollo.

La misión del tribunal inferior es la solución del conflicto, siendo de esperar la inexistencia de sentencias posteriores, limitándose siempre la función del tribunal superior a una labor meramente revisora y jamás a la repetición de una nueva instancia, en la cual se contemple la reanudación del debate y de la rendición de nuevas pruebas.

Esta distinta concepción, de lo que es la primera o única instancia o grado jurisdiccional y los principios que la inspiran hace que necesariamente deba cambiarse la concepción de los recursos.

3 Véase art. 376, del Proyecto.

Ellos deben ser siempre concebidos como medios excepcionales o de ocurrencia extraordinaria y no como medios ordinarios y por ello procedentes como regla general solamente en contra de resoluciones de término del proceso.

En otras palabras, los recursos deben existir para los efectos de permitir la existencia de una coordinación colegiada dentro de la organización judicial en la defensa de la ley y los derechos fundamentales, más que para consagrar la existencia de organizaciones jerárquicas y burocráticas, de permanente control vertical de lo realizado por los inferiores, que rompen con la concentración y continuidad del proceso oral en que rija la inmediatez, para poder el proceso conducirnos racional y prontamente a la justa composición del conflicto.

La apelación procede como un recurso excepcional y en forma concentrada sólo respecto de resoluciones que sean sentencias definitivas, interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, las que se pronuncia sobre medidas cautelares y las demás expresamente previstas en la ley⁴. En otras palabras, el recurso de apelación no es procedente como regla general, debiendo el legislador contemplar expresamente las resoluciones que son impugnables por esta vía para materializar el control vertical de las resoluciones judiciales.

Esta excepcionalidad no solo es sobre su procedencia, sino que también respecto de los efectos de la apelación al no impedir su interposición como regla general la ejecución provisional⁵, y por otra parte, por la amplitud de competencia que tiene el Tribunal Superior al conocerla al estar su competencia limitada solo a una revisión acotada, sin que sea posible concebir una renovación del debate y la rendición de nuevas pruebas⁶.

En otras palabras, no obstante existir apelación, al ser ella tremendamente acotada, se privilegia la primera o única instancia o primer grado jurisdiccional y lo actuado ante ella, dado que procede como regla general su cumplimiento, no contemplándose por ello el efecto suspensivo en la apelación. La ejecución provisoria es uno de los medios a través de los cuales se promueve la pronta solución del conflicto y facilita su justificación sistémica como una medida destinada a impedir que se postergue la satisfacción de una pretensión acogida por la comprensión de un efecto suspensivo, que muchas veces conduce a la

4 Véase art. 380, del Proyecto.

5 Véase arts. 234, 385 y 386, del Proyecto.

6 Véase arts. 362, 371 y 396, del Proyecto.

utilización de la impugnación por callados y ocultos motivos, no sinceramente revelados de carácter dilatorio más que por razones de fondo.

Además, la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso a las hechas valer en la instancia, sino más bien, y por regla general, se trata solamente de un segundo examen de lo previamente decidido en primera instancia, que normalmente, habrá de realizarse exclusivamente sobre la base de las actuaciones llevadas a cabo en dicha anterior instancia procesal⁷. Además, se encuentra limitada a las peticiones concretas formuladas por el apelante, debiendo entender que en la parte no impugnada queda vigente con eficacia de cosa juzgada lo decidido en el fallo impugnado⁸, a menos que hubiere concurrido una adhesión a la apelación⁹ o una apelación de la otra parte.

La razón por la cual se contempla la apelación es fundamentalmente la existencia de un tribunal unipersonal, por cuanto si existe un tribunal colegiado solo se prevé la existencia de un recurso especial denominado nulidad, como ocurre en el nuevo sistema procesal penal, en que se limita quizás, en demasía, la procedencia del recurso.

No hay inconveniente en que este recurso de apelación sea concebido con causales genéricas como lo es la infracción de ley sobre el mérito y motivos específicos, y otros vicios que expresamente y en forma genérica contemple la ley, porque con ello, no se conduce a limitar una revisión completa de lo actuado, tanto respecto de los hechos como del derecho, permitiéndonos así estar en presencia de un verdadero derecho al recurso¹⁰.

Sin embargo, urge adecuar la segunda instancia o grado jurisdiccional al modelo formal de la oralidad. Es inaplazable esta necesidad respecto a la valoración por el órgano judicial de aquellas pruebas de carácter personal practicadas en la primera instancia. Sin la imprescindible intermediación del juzgador con la fuente de prueba desde luego, que se pierde parte de la virtud que la oralidad como elemento eficaz del proceso civil aporta a la eficiencia del

7 Picó I. Junoy, Joan (2008), *El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia*. En Carpi Federico y Ortells Manuel (edit.lit). *Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente*. (España, Tomo II. Eds.Universitat de Valencia), p. 237. Véase art. 379, del Proyecto.

8 Véase art. 382, del Proyecto.

9 Véase art. 395, del Proyecto.

10 Véase arts 379 y 381, del Proyecto.

mismo, a menos que ello pueda ser superado sin dificultad por los modernos medios tecnológicos¹¹.

En este sentido, se ha señalado que resultaría eficaz para garantizar la inmediación en el proceso civil, el considerar la repetición en la segunda instancia, de las pruebas de carácter personal, siempre y cuando, el órgano ad quem vaya a modificar la valoración que las mismas haya llevado a cabo el juez a quo¹².

Compartiendo lo señalado, nos ha indicado Raúl Tavolari que si se tiene la convicción profunda de que la única manera de recibir, realmente, la información que la prueba proporciona, es mediante la aplicación real de todos los sentidos de los juzgadores a la actividad probatoria, se convendría en que el control efectivo de la valoración de la prueba, traducido en la posibilidad que se confiere al tribunal superior de establecer los hechos de la causa de una manera diferente a la que determinó el tribunal de primer grado, enfrenta dos opciones: ora se autoriza tal prueba ante los jueces que integran dicho tribunal superior, esto es, se repite tal prueba, ora, se confía en que los sistemas de reproducción de sonido e imagen den conocimiento cabal de ella a los superiores y, además, en que éstos se instalaran las horas que sean necesarias frente a los aparatos reproductores de dicho sonido e imagen para asistir otra vez a la producción de la prueba.

No parecen existir otras alternativas si no se quiere incurrir en el conocido absurdo de privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que tiene mayor información¹³.

En contra de aquel parecer, se ha sostenido por Vargas y Fuentes que sería perfectamente posible que el legislador quisiera consagrar una apelación, pero esta supondría, para respetar el debido proceso y la calidad de información, que sería necesario realizar nuevamente el juicio oral ante los jueces de segunda instancia para que ellos se encontraran habilitados para resolver

11 Martin Diz, Fernando (2008). *Oralidad y eficiencia del proceso civil*, en Carpi Federico y Ortells Manuel (edit.lit). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. (España, Tomo II. Eds. Universitat de Valencia), p. 37.

12 Picó I Junoy, J. (2008), *El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil*, en Carpi Federico y Ortells Manuel (edit.lit). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. (España, Tomo II. Eds. Universitat de Valencia), p. 241.

13 Tavolari Oliveros, R., (2008). *La prueba entre la oralidad y la escritura*. En Carpi, Federico y Ortells, Manuel (edit.lit). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. (España, tomo I. Eds. Universitat de Valencia), p. 410.

la contienda judicial fijando los hechos de manera distinta a como lo hizo el tribunal a quo¹⁴.

En un sentido semejante, Daniel Pastor señala que “el límite de la fiscalización está determinado por el recurso del imputado que decide soberanamente, con su reprobación, a qué aspectos de la resolución ha de restringirse la discusión en segunda instancia. Ello está determinado por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, que conduce a la impugnación parcial y su correspondiente cosa juzgada parcial. Si las prueba de las refutaciones de la sentencia que introduce el recurso no depende de la inmediación (típico: documentos), ella es practicada por el iudex ad quem por su percepción directa en un ambiente idéntico al del juez de mérito (par conditio).

“Si la prueba depende de la inmediación (típico: testigos), el juicio del recurso debe recrear parcialmente las condiciones del debate respecto de ese punto (inmediación y contradicción). Las valoraciones del tribunal del recurso (o de mérito parcial) ganadas de los argumentos de la reprobación de la prueba practicada y de los alegatos posteriores de las partes, se integran con las del tribunal de mérito pleno en una operación compleja de ensamblado de conclusiones de la sentencia de primera instancia, que no hayan sido impugnadas o que hayan sobrevivido a la reprobación con las nuevas conclusiones del iudex ad quem que reemplazan a las que han sido impugnadas exitosamente. Este método de obtención de una sentencia integradora compleja no es sencillo, pero tampoco imposible. Es perfectamente practicable, y además, obligatorio en cuanto esfuerzo para compaginar el derecho del condenado a un recurso amplio contra la sentencia con los demás principios del juicio público. Este método tiene como presupuesto el valor comunicativo pleno de la sentencia de primera instancia como producto de un razonamiento lógico convincente sin dificultad para terceros (de otro modo la sentencia no sería válida). A partir de allí, a través de los sistemas de supresión y de la inclusión hipotéticas y de todos los demás principios del razonamiento, es posible separar en partes las conclusiones de la decisión para determinar cuales se mantienen y cuáles deben ser reemplazadas por las ganadas por el tribunal del recurso. El resultado de esta operación integradora compleja es

14 Vargas Viancos, J., y Fuentes Maureira, C., (2011). *Régimen recursivo para la reforma procesal civil*. En Leturia, Francisco J (edit). Justicia civil y comercial: Una reforma ¿Cercana? (Chile. Universidad Católica de Chile. Universidad Diego Portales. Libertad y desarrollo), p. 352.

la decisión de segunda instancia que debe estar igualmente presidida por los principios del razonamiento lógico (rigor intelectual y motivación racional)¹⁵.

Nosotros estimamos que lo que resulta del todo claro e irrefutable, es que el recurso que se deduzca contra la sentencia definitiva, no debe ser formalista, debe posibilitar la revisión tanto de los hechos como del derecho, comprender no sólo los vicios que se han cometido en la sentencia, sino que también durante el transcurso del procedimiento que hayan incidido en forma esencial en la dictación de la resolución¹⁶, al no ser por regla general impugnables las decisiones dictadas durante su transcurso en virtud de la concentración¹⁷; y que la valoración conforme a la sana crítica¹⁸ y la fundamentación objetiva de la sentencia¹⁹ debe ser objeto de control recursivo²⁰ para no derivar en la práctica más bien en una íntima convicción.

En consecuencia, el debate no recae en el medio de control y la necesidad de su existencia, sino que tan sólo en precisar en qué casos no será posible que se dicte una sentencia de mérito con alteración de los hechos por parte del Tribunal de Alzada fundado en una nueva valoración de la prueba.

En caso de acoger un recurso, que genere la necesidad de alterar los hechos determinados en la decisión del tribunal de la instancia, por una necesaria nueva valoración de la prueba, debería decidirse en la propia sentencia revocatoria la necesidad de repetir el juicio para ello, atendiendo a los motivos que pueden conducir a la adopción de semejante medida si concurriera la imperiosa necesidad de exigir la inmediación para la ponderación de la prueba que permita la determinación de los hechos²¹.

Si el proceso oral es informal por esencia y su reproducción cada vez es más fiel por los modernos medios de audio y video, resultará imprescindible que se realice un nuevo juicio para la reproducción de las pruebas que permitan reproducir los hechos, solo cuando los motivos por los que se acogió el recurso de apelación, así lo ameritasen por requerirse la inmediación con el medio

15 Pastor, D., (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. (Ad-Hoc. Buenos Aires), pp. 216-217.

16 Véase arts. 379 y 381, del Proyecto.

17 Véase art. 380, del Proyecto.

18 Véase art. 295, del Proyecto.

19 Véase art. 206, del Proyecto.

20 Véase art. 381, letra d), del Proyecto.

21 Véase art. 398, del Proyecto.

de prueba como para la necesaria apreciación comparativa con todo el resto de las pruebas rendidas ante el tribunal del juicio.

Como conclusión, consideramos que lo único indiscutible es que el control debe ser más intenso cuando la decisión definitiva se adopta por un único juez, puesto que no se cuenta en tal caso con el control horizontal que importa que la decisión se adopte por un tribunal colegiado en donde existe en la realidad una pluralidad de jueces para percibir y valorar la prueba que les permita establecer los hechos para tomar una decisión y que el medio que permite semejante revisión no formalizada es el recurso de apelación, el que limita esa revisión únicamente a las peticiones concretas formuladas por el apelante.

Para la eliminación del agravio que requiera una modificación de los hechos mediante una valoración nueva de la totalidad o parte de la prueba que sirva de fundamento fáctico a la sentencia impugnada, será el Tribunal de Alzada quien deberá determinar en la sentencia, la forma en la cual será posible que se verifique esa nueva valoración. En la sentencia, deberá disponer que se realice un nuevo juicio si nos encontramos ante pruebas personales no posibles de ponderar con los medios que se disponen o bien sencillamente dictará la sentencia que falle el recurso si ello fuere posible, como sería el caso si nos encontráramos ante la valoración de pruebas no personales que permitieran por sí sola modificar la valoración de los hechos como ocurre en el contrato solemne, que requiere solo apreciación de pruebas escritas o ante una presunción de derecho que no requiere de apreciación de otras pruebas.

En síntesis, será el tribunal que conoce de la apelación, el que deberá determinar los casos en los cuales deberá realizarse un nuevo juicio si resulta necesario modificar los hechos establecidos en el proceso, procediendo para ello a apreciar nuevamente pruebas personales dictadas ante el tribunal de juicio y que no pueden ser apreciadas por el tribunal que conoce de la apelación con los medios que se disponen, sin violar la inmediación y el contradictorio que rigen en el proceso como la apreciación completa, coherente y conjunta de todas las pruebas para su valoración racional.

4.- EVOLUCIÓN EN CUANTO A CONSIDERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN NUESTRO PAÍS

La estructura de la instancia en los procesos orales, la evolución que se ha experimentado este último tiempo en cuanto a las funciones que se desea sean desempeñadas por la Corte Suprema, conforme a los nuevos medios recursivos en los procesos orales, como la delimitación de la posición que deben ocupar las sentencias dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son todos factores que debe ser considerados en cuanto a la función que le cabe encomendar a nuestro máximo tribunal.

Nuestro legislador, durante estos últimos años ha variado paulatinamente su posición original en cuanto al despreciado valor que se asignaba a la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la adopción de medidas aisladas que nos acercan a la teoría del precedente.

La ley N°19.374 trató de adoptar diversas medidas con el fin de lograr la uniformidad de la jurisprudencia en nuestro país, especialmente, la que emana de la Corte Suprema.

En primer lugar, en esa ley se contempló el funcionamiento de la Corte Suprema en salas especializadas, de manera que idealmente solo alguna de las tres o cuatro salas según su funcionamiento en forma ordinario o extraordinario, sea la competente para conocer de determinadas materias y no todas ellas como acontecía con anterioridad a la dictación de esa norma legal²².

En segundo lugar, en el aspecto procedimental se modificó el artículo 780 del Código Procedimiento Civil en el sentido de permitir que, interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición solo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso²³.

En la práctica, esta norma no ha recibido mayor aplicación dado que, rara vez se ha ejercido esta facultad, demostrándose con ello que no existe mayor

22 Mosquera, M., y Maturana C.,(2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 285.

23 Mosquera, M., y Maturana C.,(2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 312.

conocimiento por las propias partes de la jurisprudencia como para estimar y hacer valer la concurrencia de la disparidad de interpretaciones para hacer efectivo este derecho que altera la forma de funcionamiento de la Corte Suprema para resolver el recurso de casación.

En tercer lugar, en el aspecto procedimental se estableció una mayor rigurosidad en cuanto a los requisitos para hacer procedente el recurso de queja en contra de resoluciones judiciales, al contemplar su procedencia solo en contra de las sentencias definitivas y de las interlocutorias que ponen término al juicio o hagan imposible su continuación, siendo improcedente si en contra de ella se contempla la existencia de recursos ordinarios o extraordinarios²⁴.

Con ello, se logró cambiar en la práctica el medio habitual para acudir a la Corte Suprema desde el recurso de queja al recurso de casación en el fondo, medio al cual siempre se le ha tratado -a nuestro modo de ver infructuosamente en nuestro país- la atribución de idoneidad para lograr la uniformidad de la jurisprudencia.

En este sentido, no podemos dejar de considerar que la medida destinada a lograr atribuir a la Corte Suprema facultades para controlar el ingreso de los recursos de casación en el fondo potenciando la función del *ius contitutionis* por sobre el *ius litigatoris* fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional al ejercer el control preventivo de ese cuerpo legal, eliminándose la facultad para declarar inadmisibile el recurso que carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho²⁵.

Con posterioridad, en el Código Procesal Penal al regularse el recurso de nulidad, se estableció la competencia per saltum para su conocimiento por la Corte Suprema en caso que, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, siempre que respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas

24 Mosquera, M., y Maturana C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 385.

25 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 315. Dicha eliminación resulta del todo consecuente si se atribuye a la casación en el fondo una primacía en el logro de un *ius litigatoris* sobre el *ius contitutionis*, porque si se privilegia el interés particular no es posible denegar el acceso a la tutela jurisdiccional, lo que si se justifica plenamente en el caso de privilegiarse el *ius contitutionis* o interés general en la regulación del medio de acceso a los tribunales, luego de agotadas las instancias destinadas a pronunciarse sobre el conflicto específico.

en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (arts.373 letra b y 376 inc. 3º, del C. Procesal Penal)²⁶.

En el segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, se señala expresamente sobre la materia que “nos hicimos cargo de la posibilidad de que, respecto de la materia de derecho objeto del recurso existan distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores”. Es el caso, por ejemplo, de sentencias discrepantes sobre un mismo punto jurídico que hubieren sido pronunciadas por la propia Corte de Apelaciones, otra u otras Cortes de Apelaciones o, incluso, la Corte Suprema, especialmente en su etapa anterior a la actual especialización de las salas en que desarrolla su trabajo. Por lo tanto, consideramos desde todo punto de vista recomendable, para velar por la uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro ordenamiento como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que el conocimiento del recurso no quede radicado en la Corte de Apelaciones, sino en la Corte Suprema²⁷.

Finalmente, en la reforma procesal laboral se contempló el recurso de unificación de jurisprudencia para ante la Corte Suprema en contra de la resolución que falle el recurso de nulidad por la Corte de Apelaciones respectiva, salvo que se hubieren pronunciado conociendo un procedimiento monitorio²⁸. La causal que hace procedente ese recurso concurre cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia conforme a lo previsto en el artículo 483, del Código del Trabajo.

El escrito en el cual se deduce el recurso de unificación de jurisprudencia, debe ser fundado e incluirá una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de materias de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en fallos emanados de los tribunales superiores de justicia, debiendo acompañarse copia del o los fallos que se invocan como fundamento según lo prescrito en el inciso segundo del artículo 483 A del Código del Trabajo.

26 Mosquera, M., y Maturana, C., *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 332.

27 Londoño, Fernando y otros, *Reforma..., op. cit.*, p. 125.

28 Véase art.502, del C. del T., luego de entrada en vigencia la ley N° 20.022.

En todo caso, el recurso de unificación de jurisprudencia claramente se establece para los efectos de alcanzar una doctrina jurisprudencial más que para velar por el establecimiento de un precedente. En este sentido, se nos señala en el derecho comparado que la jurisprudencia solo desempeñará su función de complemento del ordenamiento jurídico cuando adquiera carácter de doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Es así, como para acoger el recurso se exige por el Tribunal Supremo Español, en primer lugar, la existencia de varias sentencias conformes, más de una; en segundo lugar, una sustancial analogía de los hechos de las sentencias precedentes y los supuestos enjuiciados, y finalmente, y en tercer lugar, que los supuestos ya resueltos y el nuevo, postulen la aplicación de la misma norma; es decir, que la *ratio decidendi* sea la misma, sin consideración a los argumentos circunstanciales o *dictum*²⁹.

De lo expuesto, podemos apreciar que nuestro legislador en estos últimos años ha dispuesto diversas medidas para lograr la uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales, mediante las decisiones de nuestra Excma Corte Suprema, velando por la igualdad y uniformidad en la solución de los conflictos.

Sin embargo, estimamos que esas medidas son instrumentos más bien aislados y que no responden a un sistema, en el cual se privilegie por parte de los diversos operadores del sistema jurídico la emanación de verdaderos precedentes, su difusión y estudio, y especialmente, la conciencia de que ellos deben ser respetados más que por constituir una obligación jurídica a ser impuesta por la aflicción de sanciones o medidas disciplinarias, sino que más bien por constituir una obligación moral que debe conducir a la igualdad y seguridad en la solución de los conflictos y que obliga a conocer, respetar y promover los razonamientos previos, a menos que se justifique expresamente los motivos que concurren para apartarse de ellos.

Uno de los elementos cuya carencia con mayor extrañeza se aprecia, es el *certiorari* o la existencia de filtros racionales positivos, dado que no es posible pensar en la existencia de precedentes por parte de la Corte Suprema si nos encontramos ante un órgano jurisdiccional que más bien que sentar principios generales en casos de relevancia jurídica se dedica por mandato del legislador a privilegiar el *ius litigatoris* o resolución de una gran variedad y de numerosos asuntos específicos.

29 López Sánchez, J., (2002). *El interés casacional*. (Madrid. Edit. Civitas), p. 225.

En el caso de los procedimientos orales, por la concentración e inmediación que ellos importan, se hace inadmisibles la intervención de tres órganos jurisdiccionales. Además, si el volumen de asuntos que resuelve nuestro máximo tribunal supera con creces la centena anual como en la Corte Suprema de Estados Unidos, resulta indudable que será difícil revertir la máxima consistente en que la inflación de fallos conduce a la devaluación de la jurisprudencia, y porque no, a sostener derechamente la inexistencia de un posible sistema de precedente o de uniformidad de jurisprudencia ante semejante avalancha de asuntos³⁰.

Sin embargo, debemos tener presente que el sistema de precedente puede conducir a la máxima eficacia en el caso del control de constitucionalidad de la ley, a través de los mecanismos de los requerimientos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, ambos de conocimiento del pleno del Tribunal Constitucional³¹, cuyo conocimiento se ha radicado en ese órgano a partir de la dictación de la ley N°20.050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto del 2005³².

El control de constitucionalidad de la ley que se efectúa a través de un requerimiento de inaplicabilidad no genera efectos generales, puesto que impide su declaración la aplicación del precepto legal solamente en la tramitación o resolución del asunto judicial pendiente concreto y específico para el cual se hubiere interpuesto³³.

No obstante, estimamos que esa sentencia puede llegar a constituir también un precedente, el cual puede conducir a declarar la inadmisibilidad de los otros requerimientos de inaplicabilidad del mismo precepto legal, por falta de fundamento plausible, al no poder contradecir los fallos del propio tribunal que previamente se hubieren pronunciado declarando la constitucionalidad de preceptos legales por los mismos fundamentos³⁴, a menos que exista un

30 SEPÚLVEDA G, Jorge. *La Corte Suprema en el nuevo Código Procesal Civil: una perspectiva desde el derecho norteamericano*. Revista de derecho procesal. Departamento de derecho procesal. Facultad de derecho. Universidad de Chile.

31 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 490.

32 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 483.

33 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 549.

34 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 524.

razonamiento serio y fundado que se haga cargo de los diversos criterios que justifiquen apartarse de la doctrina anterior.

En todo caso, declarada la inaplicabilidad de un precepto legal, esa sentencia puede servir de fundamento para que posteriormente cualquiera persona capaz, algún órgano legitimado e incluso el mismo tribunal de oficio, inicien un procedimiento para declarar la inconstitucionalidad³⁵. Dicha sentencia que se pronuncia acogiendo un requerimiento de inconstitucionalidad del precepto legal produce efectos generales, puesto que aquel se entiende derogado desde la fecha de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, pero sin efecto retroactivo.

En consecuencia, tenemos un caso actualmente en el cual la sentencia de un tribunal se equipara a la ley con efectos generales y no retroactivos, pero siempre solo con un carácter o aspecto negativo, dado que ella solamente debe limitarse a expulsar del ordenamiento jurídico hacia futuro un precepto legal por haberse declarado inconstitucional.

De lo expuesto, podemos sostener que nos encontramos tomando conciencia en nuestro país de la importancia de arribar a un sistema de precedentes que nos asegure una igualdad, uniformidad, objetividad, y predictibilidad respecto de las decisiones de los tribunales.

Sin embargo, hasta ahora se han tomado medidas aisladas, sin que se haya configurado en forma plena un sistema que nos permita establecer una estructura orgánica y procedimientos que permitan que podamos alcanzar ese objetivo.

Además, debemos velar por introducir modificaciones respecto del estudio del derecho y la formación de los jueces, abogados y estudiantes, que nos permita colocar la doctrina del precedente en un sitio que amerite un reconocimiento acorde con la importancia que se suele proclamar, como podemos apreciar a modo ejemplar, que ocurre en la práctica a la hora de su estudio y divulgación en países inspirados en el sistema del common law.

En conclusión, nos encontramos en la actualidad a medio camino entre la proclamación del respeto de la importancia del precedente para un buen funcionamiento de un ordenamiento jurídico y la adopción de todas las

35 Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), p. 558.

medidas que aseguren el establecimiento y funcionamiento adecuado de un sistema que nos permita efectivamente arribar en la práctica a semejante reconocimiento en cuanto a la existencia del precedente³⁶.

5.- LOS VALORES DEL DERECHO Y LA FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS

No cabe duda, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico los tribunales deben resolver los conflictos conforme a Derecho.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva³⁷, que se debe reconocer a las personas para proteger sus derechos en un ordenamiento jurídico, tiene como finalidad siempre la justa composición del litigio por medio de una sentencia, que debe emanar de un racional procedimiento.

La justa composición del conflicto pasa en primer lugar, por la determinación de los hechos que conforman el conflicto por la utilización de los diversos medios de prueba que se hubieren hecho valer en el proceso³⁸ de manera de permitir aproximarnos lo más posible a la verdad³⁹, debiéndose para ello valorar la totalidad de la prueba tendida en forma racional⁴⁰, lo cual, se debe fundamentar en la parte considerativa de la resolución⁴¹.

Determinados los hechos, el conflicto debe ser fallado conforme a derecho, para lo cual se deberán aplicar las leyes, principios de derecho y la equidad natural en su defecto, debiendo efectuarse necesariamente el razonamiento que justifique su aplicación para la solución del caso concreto⁴².

36 Debemos hacer presente, que algunos ya sostienen una postura minoritaria extrema en la doctrina sosteniendo en virtud del principio de la igualdad que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, siempre que la observancia de la ley nos lleve a una diferencia arbitraria, en relación a lo ya antes decidido por la jurisprudencia, habrá que preferir respetar el precedente por encima de la ley, salvo que la ley tenga fundamentos sólidos que justifiquen el cambio de temperamento, derogando así el precedente. QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro (1996). *El precedente judicial*. (Santiago. Editorial Alfonso X), p. 85.

37 Véase art. 1.

38 Art. 286.

39 Art. 288.

40 Art. 295.

41 Arts. 205 y 206, N°5.

42 Art. 206, N°6.

Si el sentenciador se apartare de la aplicación de la ley en el caso concreto⁴³ o su sentencia, no fuere debidamente fundada para arribar a su decisión⁴⁴, podrá ser impugnada por la vía de apelación.

En consecuencia, la justicia de la decisión pasa en nuestro ordenamiento jurídico por la aplicación de la ley en los diversos grados jurisdiccionales para que nos encontremos ante la justa composición del litigio, dándose satisfacción con ello al *ius litigatoris*.

Sin embargo, el derecho requiere también de la existencia de la seguridad jurídica para los efectos de ser eficaz en la solución de los conflictos y por otra parte, asegurar una igualdad en la aplicación de la ley y una predictibilidad acerca de la manera como se resolverán conflictos similares por los órganos jurisdiccionales.

De allí que en aras de la protección del *ius constitutionis* debe velarse siempre por la aplicación en forma igualitaria de la ley para la solución de conflictos similares, para lo cual, resulta necesario asegurar la existencia de una sola doctrina jurisprudencial⁴⁵, la que debe emanar de la Corte Suprema en forma vertical hacia los otros tribunales de justicia⁴⁶, pero también en forma horizontal hacia ella misma⁴⁷.

Como señala certeramente Radbruch, “existen relaciones estrechas entre la seguridad y la justicia, que llegan a encontrarse y confundirse. La seguridad exige la misma generalidad de las normas que caracteriza a la justicia: porque sólo una norma general es capaz de regular con anterioridad los hechos por venir, de establecer un derecho futuro cierto. Por el contrario, un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales. En este sentido se puede circunscribir la idea de seguridad, como “la igualdad ante la ley”. Así, Lord Bacon podía ya decir: “Legis tantum interés ut certa sit ut absque hoc nec justa esse possit”. Con la justicia la seguridad comparte también el carácter individualista liberal. No existe interés del derecho en tanto tal, sino en interés del derecho

43 Véase arts. 379 y 397, inc.2°.

44 Véase art. 381, letra c).

45 Véase art. 405.

46 Véase art. 409, letra b).

47 Véase art. 414, inc.2°.

del individuo: como seguridad contra los actos arbitrarios y, en este sentido, como libertad del individuo⁴⁸.

De allí que Bentham “reconocía en la seguridad el signo distintivo de la civilización, la marca distintiva entre la vida de los hombres y los animales. Es ella la que nos permite formar proyectos para el porvenir, trabajar y hacer economías; es ella sola, la que hace que nuestra vida no se disuelva en una multitud de momentos particulares sino que esté asegurada de una continuidad. Es la seguridad la que une nuestra vida presente y nuestra vida futura por un lazo de prudencia y previsión y perpetúa nuestra existencia en las generaciones que nos siguen”⁴⁹.

Por ello, es posible concluir con Le Fur que “la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que otros también han llamado libertades necesarias o derechos fundamentales⁵⁰.

Como nos señala Marinoni “el ciudadano necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. Por otro lado, la seguridad jurídica también importa que el ciudadano pueda definir su propio comportamiento y sus acciones. El primer aspecto demuestra que se trata de una garantía en relación al comportamiento de aquellos que pueden contestar el derecho y tienen el deber de aplicarlo; lo segundo quiere decir que ella es indispensable para que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades⁵¹. Por ello, la seguridad jurídica vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretende ser “Estado de Derecho”⁵².

48 Radbruch, G., (1967). *El fin del derecho*. En Le Fur, Delos, Radbruch y Caryle. Fines del derecho: Bien común, justicia y seguridad. (Edit. Universidad Autónoma de México), p. 65.

49 Radbruch, G., *El fin del derecho*. Ob cit, pp. 65 y 66.

50 En fines del derecho. Bien común, justicia y seguridad. Louis Le Fur. Ob. cit, p. 15.

51 Guilherme Marinoni, L., *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Facultad de ciencias jurídicas y sociales, p. 251.

52 Guilherme Marinoni, L., Ob. cit, p. 250.

De acuerdo con lo señalado, todos los jueces deben respetar la ley como los fallos de los tribunales superiores que determinan su alcance para un caso similar, porque ellos deben resolver los asuntos conforme a un sistema jurídico y no en base a decisiones individuales o personalistas erróneamente sustentada en una mal entendida independencia personal.

Por ello, es que se nos ha indicado en forma certera por Couso y Mera que “el pretendido derecho de los jueces a fallar de acuerdo con sus propias convicciones es un error. Los jueces –funcionarios no electos que carecen de legitimación popular directa– deben fallar de acuerdo con la manifestación de la voluntad soberana, que es la ley, cuyo sentido lo fija el máximo tribunal, que precisamente se justifica en cuanto órgano necesario para preservar la unidad del ordenamiento jurídico mediante la interpretación uniforme de sus normas; ello garantiza el derecho de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica”⁵³.

Finalmente, debemos tener presente que en todos los procesos orales se deben contemplar filtros para los efectos de impedir la proliferación de asuntos que hacen ineficiente el sistema. Los medios más eficientes para impedir semejante aspecto en los tribunales de segunda instancia es la reserva de la impugnación respecto de la sentencia definitiva, la existencia del precedente y la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, los que no hacen aconsejable ni eficiente pretender obtener sentencias diversas a lo que se ha resuelto respetando la uniformidad establecida por un sistema de precedente y sin que la impugnación importe una dilación del cumplimiento de lo establecido por el tribunal de la instancia.

En cuanto al respeto de los derechos fundamentales, como todos sabemos, luego de las dos guerras mundiales que asolaron a la humanidad en el siglo pasado y la creciente globalización, se está construyendo un sistema de derechos fundamentales asentado no solo en los diversos tratados que los consagran, sino que en la existencia de tribunales supranacionales encargados de velar y asegurarnos su efectivo cumplimiento. Los Estados conscientes de ello, tienden a consagrar dichos derechos fundamentales en sus Cartas Fundamentales⁵⁴, sin perjuicio de estipular su compromiso de reconocerlos,

53 Couso, J., y Mera, J., (2011). *Precedentes y justicia penal*. (Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales), p. 15.

54 Véase art 19, C. Pol.

respetarlos y promoverlos⁵⁵ así como dar cumplimiento en virtud del principio de convencionalidad a los diversos tratados internacionales que los consagran.

No debemos olvidar que, nuestra Carta Fundamental dispone en la actualidad, que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”⁵⁶.

De allí que –como nos señala precisa y categóricamente Humberto Nogueira Alcalá– “al ratificar la CADH⁵⁷ como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados parte de la CADH, jurisdicción de la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso “la última tentación de Cristo”, donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa”⁵⁸.

Como señala Sagúes: “si el Estado no está dispuesto a pagar ese precio para sumarse al ámbito integrativo de derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar el Pacto de San José de Costa Rica e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después

55 Véase art. 5, inc. 2°, C.Pol.

56 Véase art. 54, N° 1, inc. 5. Constitución Política de la República.

57 Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto San José de Costa Rica.

58 Nogueira Alcalá, H., (2012). *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*. En Humberto Nogueira Alcalá (coordinador). *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*. (Santiago, Chile. Librotecnia), p. 289.

argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución”⁵⁹.

La mejor forma de respetar y promover los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales consiste en tratar de lograr una armonización en la interpretación acerca del alcance de esos derechos, conforme a la jurisprudencia que emana de los tribunales supranacionales con los que pudieren existir en el plano interno en la solución de los conflictos que se promueven ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La adecuación de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de nuestros tribunales con la que existe de parte de los tribunales supranacionales en materia de derechos fundamentales es de gran trascendencia, porque importa en la práctica dar cumplimiento al principio de la convencionalidad que rige respecto del cumplimiento de los tratados.

De allí que se nos ha señalado por Claudio Nash que al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego, analizar el sistema normativo a utilizar y es aquí donde tiene un primer impacto del control de convencionalidad, ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable, pues no solo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias) sino que también aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente (en este caso CADH)⁶⁰.

El que la Corte Suprema sea nuestro órgano jurisdiccional por excelencia encargada de uniformar los estándares de interpretación de los derechos fundamentales, con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales importa una labor de suma trascendencia, por cuanto permite con ello, que las Cortes Supremas se transformen en la primera vía efectiva para evitar que se puedan transgredir los tratados internacionales por fallos de los distintos tribunales nacionales en los procesos internos que conocen e impedir así que aumente el número de asuntos que deben conocer

59 Sagües, N., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Revista estudios constitucionales. Año 8, N°1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, p. 125.

60 Nash Rojas, C., *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos. Ob. Cit, p. 373.

los tribunales supranacionales, logrando que ellos puedan así impartir una pronta y efectiva jurisdicción en estas materias, no sobrecargándose innecesariamente con mayores asuntos que conocer por transgresión de derechos fundamentales en el plano interno.

Es así como se debería contemplar como competencia de la Corte Suprema no solo la de uniformar una jurisprudencia sobre el derecho interno, sino que también velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, permitiendo con ello crear estándares a su respecto que sean coincidente con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, con lo cual honraríamos los tratados internacionales suscritos por Chile a los cual nos compromete el principio de la convencionalidad⁶¹.

En síntesis, debemos velar por el respeto de los derechos fundamentales porque su promoción y respeto es la base para la construcción del bien común o la paz social no solamente en un plano interno, sino que también internacional, existiendo el deber de los tribunales nacionales e internacionales de velar por su protección y respecto cuando ellos sean violados.

Como nos encontramos ante un proceso de cambio a nivel mundial en cuanto a la identidad que debemos darle al Tribunal Superior, se ha señalado por el tratadista español Manuel Ortells en el derecho comparado, que el Tribunal Supremo atraviesa por una “crisis de identidad”, cuyos rasgos generales podrán sintetizarse, plásticamente, diciendo que ha dejado de ser supremo y quiere dejar de ser tribunal.

Ha dejado de ser supremo de derecho, por la supremacía atribuida al TC en materia constitucional, cuya articulación legal no ha logrado hacerse o, en todo caso, aplicarse de manera que ambos tribunales ejerzan su jurisdicción sin tensiones estériles. Pero también ha dejado de ser supremo de hecho, porque la falta de capacidad para asumir, en un tiempo razonable, la resolución de la gran cantidad de asuntos que dependen ante él, le imposibilita manifestar su supremacía jurisdiccional en todos los litigios no afectados por la salvedad del TC.

La pérdida de la condición de supremo está entre las causas de la crisis. La pérdida de la condición de tribunal podría venir de la mano de alguno de los remedios que se proponen para la misma.

61 Véase art. 409, letra b).

En el ordenamiento español, los tribunales no crean derecho, ni vinculan, con una determinada interpretación de la norma en un caso concreto, a otros tribunales en el momento en que deban sentenciar sobre un caso sustancialmente igual. En cuanto ordenamiento adscrito al sistema de *civil law*, los jueces -todos y cada uno de ellos- son considerados por la Constitución y las leyes como aplicadores de la ley, con independencia y responsabilidad.

Algunas propuestas de reforma de las competencias funcionales y de las potestades del TS van dirigidas a que la ley establezca, expresamente, el valor vinculante de la doctrina jurisprudencial del TS, que, de ese modo, pasaría a ocupar una posición bien distinta a la de un tribunal de justicia en un sistema de *civil law*⁶².

La Corte de casación francesa tampoco es una Corte Suprema porque no tiene ninguna competencia en materia constitucional, que compete al Consejo Constitucional, ni en materia administrativa, que corresponde al Consejo de Estado. Además, no se trata de un tribunal ordinario, porque, en efecto, no conoce, en principio, del fondo de los asuntos como así pueden hacerlos los tribunales de primera instancia y apelación⁶³.

En síntesis, creemos que debemos delimitar las funciones de nuestros máximos tribunales hacia el futuro y optar derechamente por darle funciones que permitan identificarlos realmente como una Corte Suprema o más bien limitarla a ser solamente un tribunal de casación auténtico, que solamente se debe limitar a “casar, anular y remitir...”, tal y como se lee en la parte dispositiva de las sentencias que emanan de la Corte de Casación francesa⁶⁴.

En nuestro país, debemos hacernos frente de este dilema y afrontar claramente la identidad que queremos atribuirle a nuestra Corte Suprema, teniendo presente que las aspiraciones de quienes quieren que solucione casos particulares la acercan más bien a un tribunal de casación de instancia legal y de aquellos que desean decisiones generales y prospectivas hacia futuro, que trasciendan de casos particulares, acercándola mas bien a un verdadero papel de Corte Suprema.

62 Ortells Ramos, M., (2007). *El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad*. El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete. Vicente Gimeno Sendra director. (Madrid. Iustel), pp. 34 y 35.

63 Cadiet, L., (2008). *El sistema de la casación francesa*, en Ortells Ramos (coord.) Los recursos ante los tribunales supremos en Europa. (Madrid. Edit. Difusión jurídica), pp. 22 y 23.

64 Cadiet, L., (2008). *El sistema de la casación francesa*, en Ortells Ramos (coord.) Los recursos ante los tribunales supremos en Europa. (Madrid. Difusión jurídica), p. 27.

Mientras como país no tomemos una decisión clara en esta materia, cada vez que nuestra Corte Suprema intervenga en un asunto particular nos veremos avocados a un cuestionamiento de su actuar, que parte mas bien por la falta de claridad de la función que se le asigna según la visión particular de los diversos comentaristas que a la manera como ella en general ejerce sus labores frente a una gran variedad y dispersión de medios y materias.

De allí, que más que comentar sus decisiones por algunos con vista a una resolución general, se le cuestiona su intervención particular en determinados asuntos específicos, en especial, si ellos inciden en asuntos técnicos en que se han creado instancias resolutorias particulares con tal objeto. Ello nos demuestra que aun no hemos superado la tradicional visión de posición jerárquica, más que funcional, que se suele atribuirle a nuestro máximo tribunal en sistemas basados en viejos procedimientos construidos sobre la base de la escrituración, la mediación, y prueba legal que nos conduce a su papel de revisor de casi todo lo resuelto por los tribunales inferiores, con miras a la búsqueda de justicia en un asunto particular, más que nos brinde seguridad por el énfasis en establecer reglas generales, uniformes y con prospección de futuro hacia determinadas materias más que con miras a asuntos particulares.

En síntesis, se postula por muchos para nuestro máximo órgano jurisdiccional que continúe con el ejercicio de atribuciones para asumir el papel de Tribunal Supremo para la justicia del caso concreto, mas que de Corte Suprema, la que no debe intervenir en toda clase de asuntos, sino que trazar las doctrinas generales que deberán regirnos a futuro, más que buscar soluciones particulares en asuntos específicos, lo que sería misión más bien propia de los tribunales.

6.- APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS EN LOS RECURSOS

Los recursos procesales forman parte del procedimiento, debiendo por ello reconocer en su regulación los principios formativos que inspiran el desarrollo del proceso, para que nos encontremos ante un sistema que guarde coherencia.

En consecuencia, veremos a continuación cómo los diversos principios que se contempla para el desarrollo del proceso reciben aplicación en la regulación de los recursos procesales.

El primer principio que se consagra en el Proyecto es el *Tutela jurisdiccional*, señalándonos en su artículo 1º: “Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con

arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales”.

Si bajáramos a la aplicación práctica de este principio en materia recursiva en los procedimientos orales, deberíamos contemplar durante el transcurso del proceso ante el tribunal del juicio, que el control es más bien horizontal, y de allí que esté basado más bien en el contradictorio que en el régimen recursivo, el que se reserva solamente para resoluciones específicas para ante los tribunales superiores, generalmente las que ponen termino al juicio.

La tutela para que sea efectiva debe ser pronta y en consecuencia no puede concebirse un régimen recursivo disgregado a todo lo largo del procedimiento respecto de las diversas resoluciones que se pronuncian y con efectos de carácter suspensivo que conducen a dilatar la resolución de las cuestiones, alejando del justiciable la pronta, eficiente e íntegra satisfacción de la pretensión reclamada, puesto que justicia que se tarda es justicia que se deniega, más aún si ella con su retardo muchas veces no conduce a la plena satisfacción de lo pretendido.

Por ello en cuanto a las características del régimen recursivo para velar por el respeto del contradictorio, inmediación y concentración de los actuado en el juicio, debe ser un control de carácter acotado pero efectivo, que permita la revisión desformalizada de todas las cuestiones resueltas en la sentencia como de los vicios incurridos en su tramitación que hayan influido en su dictación.

Se considera que la apelación es el medio más apto para la revisión de lo resuelto en juicio, porque ha demostrado ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual se permite que un Tribunal Superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, sin que contemple restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo⁶⁵.

Debemos entender comprendido dentro del debido proceso este derecho a recurrir, teniendo presente que se comprende dentro de esa noción una faz adjetiva -relativa a la racionalidad en el ordenamiento formal de las actuaciones- como una sustancial -atingente a la justicia de la decisión⁶⁶.

65 Herrera Ulloa con Costa Rica. Corte Interamericana, c. 161. Consultar en www.corteidh.or.cr.

66 Tribunal Constitucional. Rol N° 1718-2012, de 14 de junio del 2011, c. 7°.

En consecuencia, el recurso de apelación en contra de la sentencia debe permitir controlar la infracción durante el transcurso del procedimiento de la infracción esencial de las debidas garantías que afectan el desarrollo racional del mismo e impiden por ello que del mismo pueda emanar una decisión a la que podamos reconocerle eficacia.

Además, el recurso de apelación debe permitir controlar la debida fundamentación del fallo para que estemos en presencia de una valoración objetiva y no de fundamentaciones subjetivas que impiden en la práctica controlar la racionalidad de la misma.

Finalmente, el recurso de apelación debe permitir controlar la justicia de la decisión que en un sistema de legalidad consiste por lo general en constatar que la resolución del asunto se ha verificado conforme a derecho, lo que implica en la mayoría de los casos nada mas y nada menos que hacer una correcta aplicación de la ley para la solución del caso concreto, sobre hechos que se han establecido previamente aproximándose en forma objetiva y en la mayor medida posible a la verdad.

Con un recurso concebido en esos términos, se permite controlar tanto la racionalidad como la justicia de la decisión y asimismo los vicios incurridos durante la tramitación que hayan incidido esencialmente en la dictación del fallo que se impugna.

El segundo principio, consagrado en el artículo segundo del Proyecto, titulado *Iniciativa*, señala que la iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes. El tribunal sólo podrá actuar de oficio cuando la ley lo faculte expresamente.

Este principio recibe plena aplicación en materia de impugnación, dado que la revisión de la sentencia siempre debe ser generada por medio del acto procesal de impugnación que debe emanar de la parte agraviada con la resolución⁶⁷, no contemplándose por ello el trámite de la consulta.

Además, dado que el acto de impugnación emana de la voluntad de la parte agraviada con la resolución impugnada, la competencia del Tribunal de Alzada solo se extiende a las peticiones que hubieren sido objeto del recurso en virtud del principio de la congruencia⁶⁸, incurriendo en ultrapetita el

67 Véase art. 359.

68 Véase art. 362.

tribunal que resolviera más allá o fuera de lo solicitado por el recurrente⁶⁹, a menos que la otra parte hubiere apelado o se hubiere adherido al recurso⁷⁰.

Finalmente, el recurso que radica su existencia en la voluntad de la parte agraviada, reconoce su factibilidad de inicio o permanencia de su vigencia siempre que no hubiere existido una renuncia de la parte agraviada o un desistimiento del recurrente⁷¹.

Excepcionalmente, si el tribunal *ad quem* declarase la inadmisibilidad del recurso de apelación, pero estimare posible que una o más de las causales específicas invocadas por la parte recurrente configuran un vicio de ineficacia de la resolución recurrida, que ocasione su inexistencia o nulidad insaneable, dejará constancia de ello en el proceso y citará a una audiencia pública, en la cual oír a los abogados de las partes, respecto del vicio de ineficacia.

Si el vicio se advirtiere después de celebrada la audiencia pública de vista del recurso, el tribunal solo podrá ejercer las facultades oficiosas referidas en el inciso anterior, después de citar a los abogados a una nueva audiencia pública para oírlos sobre el punto.

En ningún caso podrá declararse de oficio la nulidad ya convalidada ni la inadmisibilidad del recurso en una oportunidad diversa de la prevista en el artículo anterior⁷².

El tercer principio, consagrado en el artículo tercero del Proyecto, titulado *Dirección e impulso procesal*, prescribe que: “la dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto”.

Este principio recibe plena aplicación en materia de impugnación, dado que corresponde al tribunal adoptar las medidas para que las partes de la etapa de la impugnación dispongan de la oportunidad para intervenir en la audiencia en que se procederá a conocer del recurso⁷³, sin que se contemple

69 Véase art. 381, letra d).

70 Véase art. 395.

71 Véase art. 360.

72 Véase art. 393.

73 Véase art. 366.

una actividad de las partes, no teniendo por ello cabida las instituciones de la deserción y prescripción que se contemplan en el actual sistema.

El cuarto principio, consagrado en el artículo cuarto del Proyecto, titulado *Igualdad de oportunidades*, prescribe que: “el tribunal velará por la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso”.

El principio de la igualdad de oportunidades en materia recursiva recibe plena aplicación mediante el reconocimiento a toda parte agraviada para impugnar una sentencia definitiva y concibiendo la vista de la causa como un contradictorio que no se limita a la mera exposición de un abogado de las partes, sino que además a las aclaraciones, rectificaciones y complementaciones a lo señalado por el otro participante como responder a las preguntas, requerimiento de profundización de argumentaciones o complementación respecto de algún aspecto específico de la cuestión debatida⁷⁴.

Dado que la audiencia de vista del recurso es un contradictorio con igualdad de posibilidades entre las partes, si no concurre el recurrente que tiene la mayor carga del contradictorio se produce el abandono del recurso, teniéndose este por no interpuesto. La incomparecencia del recurrido no será obstáculo para proceder en su ausencia a la vista del recurso⁷⁵.

Finalmente, el principio de la igualdad es claramente un interés general dentro del proceso sobre el interés de las partes luego de emitido los pronunciamientos por los tribunales respecto del conflicto específico, habiéndose por ello entregado a nuestra Corte Suprema en el recurso extraordinario la misión de velar por el respeto de los derechos fundamentales y la uniforme existencia de la jurisprudencia en la aplicación del derecho⁷⁶.

El quinto principio consagrado en el artículo quinto, titulado de la *Buena fe procesal*, nos indica que: “las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

74 Véase art. 369.

75 Véase art. 365.

76 Véase art. 409.

El principio de la buena fe procesal en materia recursiva recibe plena aplicación, dado que la interposición de un recurso por regla general no suspende el cumplimiento de lo resuelto siendo procedente la ejecución provisional⁷⁷, sin que por ello pueda jamás entenderse que la voluntad de recurrir obedece a una maniobra solamente dilatoria para postergar la satisfacción a lo resuelto por el tribunal.

El sexto principio consagrado en el artículo sexto, titulado de la *Oralidad*, nos señala que: “el proceso se desarrollará preferentemente en forma oral. No obstante, la demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción, la contestación de la reconvencción, los recursos deducidos fuera de audiencia y demás actuaciones que expresamente señale este Código, deberán realizarse por escrito, de la manera y en la oportunidad que en cada caso se disponga”.

El principio de oralidad en la forma señalada, recibe en materia recursiva plena aplicación, dado que los recursos deducidos dentro de una audiencia como la vista de todos ellos debe verificarse en forma oral, sin perjuicio que la apelación como el recurso extraordinario, que se deducen fuera de una audiencia, deben serlo por escrito⁷⁸ así como las sentencias que se pronuncian para su resolución⁷⁹.

El séptimo principio consagrado en el artículo séptimo del Proyecto, titulado *Inmediación*, dispone que: “las audiencias se realizarán siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones”.

El principio de la inmediación en materia recursiva recibe plena aplicación, dado que la sentencia respecto del recurso solo puede ser pronunciada por los jueces que hubieren asistido a la vista de la causa⁸⁰, y si hubiere de rendirse prueba respecto de alguna causal específica del recurso, ella habrá de efectuarse en la vista del mismo⁸¹.

El octavo principio consagrado en el artículo octavo del Proyecto, titulado *Continuidad y concentración*, nos señala que: “las audiencias se desarrollarán en forma continua, y sólo en los casos en que no fuere posible concluir las podrán prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

77 Véase arts.361, 378, 385, 386 y 411.

78 Véase arts. 382 y 408.

79 Véase arts. 397, 398 y 413.

80 Véase art. 370.

81 Véase art. 371.

El tribunal procurará concentrar en una misma oportunidad procesal todas las actuaciones que así lo permitan, siempre que ello no importe indefensión a una o ambas partes ni afecte su igualdad de oportunidades”.

El principio de concentración y continuidad recibe en materia recursiva plena aplicación dado que se impide la dispersión del proceso permitiendo la impugnación de las diversas resoluciones como regla general que se pronuncian a lo largo del proceso, sino que se permite como regla general impugnar solamente las sentencias definitivas y las sentencias interlocutorias que ponen termino al proceso o hacen imposible su continuación⁸².

Adicionalmente, en cuanto a la tramitación de los recursos, se concentra en la vista de la causa todo lo relativo al contradictorio y prueba que puede verificarse en un recurso, todas las que deberán verificarse preferentemente en una misma oportunidad⁸³.

Finalmente, el principio de publicidad, contemplado en el artículo noveno del Proyecto, titulado *Publicidad*, dispone que: “todas las diligencias y actuaciones de los procesos regulados en este Código serán públicas, salvo que la ley disponga lo contrario o habilite al tribunal para restringir la publicidad”.

El principio de la publicidad recibe en materia recursiva plena aplicación dado que se prevé expresamente que la vista de los recursos ante los tribunales colegiados se realizará en audiencia pública, a menos que la ley contemple una norma especial diversa⁸⁴.

7.- CONCLUSIONES

Una vez efectuada someramente la exposición acerca de la regulación de los recursos en un moderno sistema procesal civil, basado en principios diversos a los contemplados en la actual regulación de nuestro superado históricamente Código de Procedimiento Civil, y teniendo presente la nueva realidad existente en cuanto al derecho en la actualidad compuesto no solo de leyes, sino que también de principios y de reglas, cabe que estructuremos procedimientos modernos que nos conduzcan a logro de los valores del derecho,

82 Véase arts. 380 y 406.

83 Véase arts. 369, 371, 376, 396 y 412.

84 Véase art. 369.

con la utilización de medios modernos de impugnación que permitan que la justicia y la seguridad se encuentre al alcance de la gente.

La regulación del sistema procesal civil es quizás nuestra gran oportunidad para establecer un sistema recursivo uniforme para todos los procesos civiles basados en el principio de la oralidad, de manera de establecer un sistema coherente de funcionamiento de los diversos tribunales y facilitar así a la comunidad comprender cabalmente el desempeño que a ellos les corresponde dentro de un moderno sistema judicial.

La valoración del papel que a nuestros tribunales les corresponde dentro de una sociedad, se logrará de parte de la ciudadanía en la medida en que los dotemos de medios para la resolución de los conflictos que le permitan solucionarlos en forma coherente, racional y justa, pudiendo lograr una igualdad en su solución, que es la forma en la cual se permite en definitiva la mantención de una paz social o bien común compartido por todos.

Confiamos en que nuestro país, que se encuentra a las puertas del desarrollo en el siglo XXI, pueda establecer un sistema recursivo y una organización de los tribunales que nos garantice la justicia y seguridad en el logro de semejante objetivo, que siempre habrá de tener como base la justicia en la solución de los conflictos, la seguridad en la aplicación de sus normas y el respeto de todos los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Cadiet, L., (2008). *El sistema de la casación francesa*, en Ortells Ramos (coord.) Los recursos ante los tribunales supremos en Europa. (Madrid. Edit. Difusión jurídica).
- Couso, J., y Mera, J., (2011). *Precedentes y justicia penal*. (Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales).
- Guilherme Marinoni, L., *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Facultad de ciencias jurídicas y sociales.
- López Sánchez, J., (2002). *El interés casacional*. (Madrid. Edit. Civitas).
- Martin Diz, F., (2008). *Oralidad y eficiencia del proceso civil*, en Carpi Federico y Ortells Manuel (edit.lit). Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente. (España, Tomo II. Eds.Universitat de Valencia).

- Mosquera, M., y Maturana, C., (2010). *Los recursos procesales*. (Editorial Jurídica de Chile).
- Nash Rojas, C., *Control de convencionalidad*. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos.
- Nogueira Alcalá, H., (2012). *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*. En Humberto Nogueira Alcalá (Coordinador). El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes Internacionales de derechos humanos. (Santiago. Librotecnia).
- Ortells Ramos, M., (2007). *El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad. El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*. En Vicente Gimeno Sendra (director). Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete. (Madrid. Iustel).
- Pastor, D., (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. (Buenos Aires Ad-Hoc).
- Picó i. Junoy, J., (2008). *El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil*, en Carpi Federico y Ortells Manuel (edit.lit). Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. (España, Tomo II. Eds. Universitat de Valencia).
- Quijano Fernández, A., (1996). *El precedente judicial*. (Santiago. Editorial Alfonso X).
- Radbruch, G., (1967). *El fin del derecho*. En Le Fur, Delos, Radbruch y Caryle. Fines del derecho: Bien común, justicia y seguridad.. (Edit. Universidad Autónoma de México).
- Sagües, N., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Revista estudios constitucionales. Año 8, N°1. Centro de estudios constitucionales de Chile. Campus Santiago. Universidad de Talca.
- Sepúlveda, J., *La Corte Suprema en el nuevo Código Procesal Civil: una perspectiva desde el derecho norteamericano*. Revista de derecho procesal. Departamento de derecho procesal. Facultad de derecho. Universidad de Chile.
- Tavolari Oliveros, R., (2008). *La prueba entre la oralidad y la escritura*, en Federico Carpi y Manuel Ortells (edit.) Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. (España, tomo I. Eds. Universitat de Valencia).
- Vargas Viancos, J., y Fuentes Maureira, C., (2011). *Régimen recursivo para la reforma procesal civil*. En Leturia, Francisco J (edit). Justicia civil y comercial: Una reforma ¿Cercana? (Chile. Universidad Católica de Chile. Universidad Diego Portales. Libertad y desarrollo).

Normativa citada

Código del Trabajo

Constitución Política de la República

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto San José de Costa Rica

Jurisprudencia citada

Herrera Ulloa con Costa Rica. Corte Interamericana. Consultar en www.corte-idh.or.cr.

Tribunal Constitucional. Rol N° 1718/2012. Sentencia de 14 de junio del 2011.

FUNCIONALIDAD DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

FUNCTIONALITY OF THE PROCEDURAL PRINCIPLES IN THE PROJECT OF LAW OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

JOSÉ PEDRO SILVA PRADO¹

NICOLÁS FRÍAS OSSANDÓN²

Resumen: El presente artículo realiza un análisis del proceso de positivización de principios procesales desde la perspectiva de la reforma procesal civil en actual tramitación en el Congreso Nacional y sus efectos, tanto a nivel comparado como dentro de la legislación nacional, con énfasis en el tratamiento que le ha venido dando la Corte Suprema. Se concluye enfatizando la complejidad asociada al hecho que la consagración positiva de principios dado que incide en las normas procedimentales, incluso dotando de contenido a las causales de los medios de impugnación, y asimismo potencialmente implica una transferencia al menos de parte de la potestad normativa del legislador al juzgador.

Palabras claves: Principios procesales. Proyecto del Código Procesal Civil. Positivización de los principios.

Abstract: This article analyzes the process of the explicit regulation of procedural principles from the perspective of the civil procedural reform, currently underway in the National Congress, both at a comparative level and within the domestic regulation, with emphasis on the treatment that has been giving by the Supreme Court. It concludes analyzing the complexity associated to the fact that the positive

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Procesal de la mencionada casa de estudios. Director del Programa Reformas a la Justicia UC. Ha integrado las distintas comisiones convocadas por el Ministerio de Justicia relacionadas con la reforma procesal civil, incluyendo el Foro Procesal Civil (2004-2009) y la Comisión Redactora (2010-2012).

2 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de California, Los Ángeles. Profesor de Derecho Procesal de la P. Universidad Católica de Chile. Subdirector del Programa Reformas a la Justicia UC.

consecration of principles affects the procedural rules, even giving substance to the causes of the means of challenge, and potentially involving transfer of the regulatory power of the legislator to the judge.

Key words: Procedural principles. Project of the Civil Procedure Code. Positivation of the principles.

I.- INTRODUCCIÓN

Con independencia del estancamiento que ha sufrido la tramitación legislativa del Proyecto del Código Procesal Civil en el Senado de la República a contar del año 2014³, ello por múltiples razones esgrimidas en su oportunidad por parte de los senadores, relativas a la necesidad de contar con estudios presupuestarios, indicaciones sustitutivas y normas orgánicas, entre otras, no debemos desechar ni desentendernos de su texto que, siendo fruto del trabajo por muchos años de los más prestigiados procesalistas de las más connotadas universidades nacionales, ciertamente es y será el cuerpo central de la compleja estructura de normas orgánicas, funcionales e incluso eventualmente constitucionales que requerirá la impostergable reforma procesal civil en nuestra patria.

Durante el gobierno que termina se ha avanzado muy poco en la materia, sencillamente porque no ha existido la disposición de sacar adelante esta política pública por razones difíciles de comprender, no obstante su indudable importancia, urgente necesidad y el gran avance y consensos logrados en los gobiernos precedentes. Sin embargo, se abre una luz de esperanza en el futuro inmediato puesto que las nuevas autoridades electas han comprometido en su Programa de Gobierno⁴ dar prioridad a la reforma procesal civil, lo cual revive las esperanzas que esta sea una pronta realidad. Lo recién expuesto supone enfrentar, desde el inicio y con decisión, la tarea de obtener la aprobación no solo del Proyecto de Código, sino también del conjunto de normas procesales indefectiblemente asociadas a esta gran transformación jurídica.

Lo anterior, aunque curioso como aproximación al tema de los “principios procesales”, resulta pertinente, desde el convencimiento de la importancia del citado Proyecto y de la confianza en su revitalización, lo que nos induce a razonar sobre sus bases. Más aún, incluso si se trabajara a futuro un Proyecto diferente, la formulación de principios generales como antecedente de un cuerpo normativo codificado, parece ser a esta altura una técnica indiscutible y razonable.

En esa dirección, el Libro Primero, relativo a “Disposiciones Generales”, contempla en su Título I los principios procesales del nuevo código, que denomina precisamente “Principios Generales”, reglamentados entre los

3 Boletín 8197-07.

4 Programa de Gobierno 2018-2022, Sebastián Piñera Echenique, p. 140.

artículos 1 a 9 y que aluden secuencialmente a: la “tutela jurisdiccional”; “iniciativa”; “dirección e impulso procesal”; “igualdad de oportunidades”; “buena fe procesal”; “oralidad”; “inmediación”; “continuidad y concentración”, y “publicidad”. A su vez, y de una manera no excluyente, el inciso segundo del artículo 13 del Proyecto, referido a la “interpretación e integración” de las normas procesales, introduce un aparente orden jerárquico de aplicación de herramientas hermenéuticas, aludiendo en primer término a los Principios Generales del Derecho Procesal y a los indicados en el Título I antes referido, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 19 a 24 del Código Civil.

Sin embargo, según veremos más adelante, la positivización de los principios del derecho, tanto en el ámbito del derecho procesal o en cualquiera otro del ordenamiento jurídico, tiene una plurifuncionalidad que excede el simple expediente consistente en servir de instrumentos para la interpretación o integración de otras normas sean o no sus homónimas, sirviendo en realidad a muchas otras finalidades. Debe considerarse que se trata de normas positivas de aplicación directa que, dada su naturaleza en este caso procesal, se encuentran normalmente vinculadas a derechos y garantías procedimentales y por ende cualificadas como normas sustantivas con impacto concreto en el devenir del proceso, en tanto consideradas como requisitos o presupuestos de determinados actos jurídicos o estadios procesales.

Ello incluye el servir de sustento y complemento de las causales fundantes de los recursos y en general de los medios de impugnación, con posible influencia directa en el sentido y contenido de la decisión jurisdiccional. En unos casos actuarán explicitando o dotando de contenido a las causales del recurso, mientras que en otros, el agravio mismo consistirá en la transgresión de tales principios considerados como normas procesales de naturaleza decisoria litis.

II.- PRINCIPIOS PROCESALES

Es importante empero, antes de seguir con estos comentarios, fijar un entendimiento con respecto al concepto de “principios procesales” del cual nos estamos refiriendo.

Al igual que los “principios generales del derecho”, se trata de uno de los conceptos más discutidos toda vez que la misma voz “principio” se caracteriza por su polisemia. En efecto, “principio” puede designar cuestiones de carácter ontológico y otras esencialmente prosaicas derivadas del uso forense. En una

descripción material, “principio” alude a un punto de partida, la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia, indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; lo mismo hace Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental, conceptualizando dicha voz como “primer instante del ser, de la existencia, de la vida/ razón, fundamento, origen / causa primera/ fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte”⁵.

Así, de alguna forma, las normas obedecen en general a ciertos “principios jurídicos” esgrimidos por el legislador para sustentar y legitimar la necesidad de su dictación, los que, en ocasiones, tienen como fuente la propia Constitución Política, el ordenamiento jurídico infraconstitucional o directamente su sustento viene de máximas experienciales y/o de valores inmanentes como la justicia, la solidaridad y en general aquellos que se ordenan a la consecución del bien común.

Ahora bien y en concreto, ¿en qué consisten estos principios? Entendemos que los “principios” de que hablamos constituyen un conjunto de criterios, máximas y axiomas de contenido experiencial y valórico, caracterizados por ser juicios sintéticos y constantes, susceptibles de comprobarse mediante el análisis lógico y sistemático de un cuerpo de normas jurídicas de carácter general o particular.

Esa “masa” de criterios, máximas y axiomas tiene la virtud de atribuir “identidad” a un cuerpo de normas jurídicas en términos que lo hacen perfectamente reconocible y permiten su comparación con otros cuerpos jurídicos del mismo ordenamiento jurídico u otros de derecho comparado. Esa “masa” que fluye del análisis sintético de un cuerpo de normas positivas vigentes y que le atribuyen “identidad”, determinan a su turno sus alcances jurídico-prácticos para los casos concretos a los que esas normas se apliquen, así como también posibilitan al legislador, diseñar, sobre la base de ese invaluable material, las improntas de las nuevas regulaciones jurídicas que la evolución social, económica, cultural y valórica van imponiendo de la mano de una incesante y progresiva actividad humana. Los principios, por decirlo así, tienen la idoneidad de identificar quiénes somos y de contribuir a perfilar lo que queremos llegar a ser.

5 Cabanellas de Torres, G., (2006). *Diccionario Jurídico Elemental, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*, (Editorial Heliasta).

Queda en evidencia de lo expuesto que los “principios” de que hablamos no constituyen necesariamente verdades absolutas o improntas que por su validez intrínseca y universal resulten inmodificables o no admitan excepciones, sin perjuicio de que los hay, desde que nadie puede poner en duda, por ejemplo, que el principio de la “buena fe” no admite excepciones ni el derecho podría tolerar o legitimar un comportamiento antónimo. Empero hay también denominados “principios” que, basados más bien en fundamentos experienciales, representan constantes en normas o conjunto de normas y que responden nada más que a opciones de conveniencia del legislador.

En efecto, si bien no pareciera posible sustentar un ordenamiento jurídico procesal en contradicción con el principio de buena fe o de la bilateralidad de la audiencia, es perfectamente concebible que el mismo sistema se estructure conforme al principio de la oralidad e intermediación o de la escritura y mediación (a veces con elementos de unos y otros), o del impulso procesal de parte u oficioso, pues en ello no se juegan valores esenciales sino simples cuestiones de conveniencia.

Por ello al hablar de “principios” nos referíamos además de “axiomas”, a “criterios” y “máximas”, es decir, a juicios humanos basados en cuestiones y nociones en permanente cambio. Por consiguiente, su discernimiento es cuestión de coyuntura y oportunidad.

En virtud de lo anterior, cuando estos principios se positivizan, es decir, salen del mundo de la mera abstracción y se concretan en normas, no debe perderse de vista que ellos mismos son mandatos generales e inespecíficos, de forma tal que, para cumplir su funcionalidad normativa, requieren ellos a su vez ser interpretados por el juzgador. Esta actividad, que tiene algo de tautológica, reviste la máxima importancia pues pone a prueba la actuación de la jurisdicción en resguardo de la igualdad ante la ley y la coherencia del sistema normativo. Basta pensar el caos que supondría que distintos tribunales atribuyeran significados y contenidos diversos a estos principios, agravando la actual incertidumbre que genera la disímil interpretación y fijación del alcance de normas jurídicas dotadas de una mayor especificidad.

Desde el punto de vista de una reforma procesal civil como la que plantea el proyecto chileno, debe entenderse que los principios con que este se inicia implican tomar partido por una determinada orientación técnica. Ahora bien, esa opción se ha formulado por cierto con base en un proceso reflexivo pensando en un mejor y más eficiente servicio jurisdiccional para ciudadanos

concretos. Como nos enseñara Couture, la redacción de un código no es una obra académica sino una obra política, agregando el maestro que: “No tiene por finalidad consagrar principios de cátedra, sino solucionar los problemas que la realidad social, económica cultural y ética presenta al legislador”⁶.

Este ejercicio de realidad exige dirigir la mirada a las experiencias comparadas y a las experimentadas por las reformas que en nuestra patria se han anticipado por lustros a la aún pendiente reforma al sistema de enjuiciamiento civil. En este sentido, el retraso experimentado por la reforma ha tenido como beneficio la incorporación de la experiencia comparada e interna que dan cuenta de modelos procesales estructurados a base de cruciales principios como los de oralidad, intermediación, concentración, impulso procesal de oficio, buena fe, entre otros. La proyección y concreción de esos principios en modelos procedimentales y orgánicos aplicados por largo tiempo, han evidenciado de mejor manera los propósitos aspiracionales de una justicia oportuna y de calidad, ambos aspectos inseparables de las garantías propias de un moderno “debido proceso”.

III.- DE LA SISTEMATIZACIÓN A LA POSITIVIZACIÓN

En su excelente libro sobre el principio de buena fe procesal, el gran procesalista catalán, y buen amigo Joan Picó I Junoy, se refiere a los esfuerzos históricos por sistematizar los principios procesales desde el punto de vista dogmático de la mano con la autonomía científica de nuestra disciplina, adquirida progresivamente a partir del desarrollo de relevantes conceptos e instituciones propias como los de acción, jurisdicción y proceso.

Nos señala Picó I Junoy que las doctrinas alemana, italiana, francesa y española tuvieron diversas aproximaciones al fenómeno sistematizador. Así con mucho éxito, la doctrina alemana, ya al inicio del siglo XX y de la mano de juristas de la talla de Hellwig, Goldschmidt, Kisch, Shönke, Rosenberg o Lent, efectuó un completo y sistemático análisis de los principios procesales. Los italianos, a su turno e igualmente a inicios del mismo siglo, si bien se abocaron al estudio de los principios del proceso, no lo hicieron de manera sistemática o unitaria, como lo demuestran sus principales y originales exponentes Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei, como tampoco autores

6 Couture, E., (1945). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. (Montevideo), p. 31.

posteriores como Zanzucchi, Satta, Rocco, Liebman, Micheli, Costa Lugo o Andrioli. En la doctrina francesa tampoco se formuló tal sistematización, salvo en obras actuales como las de Brulliard, Cornu y Foyer, Croze y Morel Couchez, Corize y Laporte, Heron y Le Bars o Guinchard. En España, en cambio, esa sistematización aparece en época temprana del siglo XX, en trabajos de Prieto Castro, De la Plaza, Gómez Orbaneja y Fairén Guillén y en otros de autores actuales como Montero Aroca, Ramos Méndez, De la Oliva y Ortells Ramos, por nombrar algunos⁷.

El esfuerzo sistematizador de la dogmática ha sido muy importante pues ha permitido la comprensión integral de los diversos ordenamientos jurídicos-procesales, facilitando la actividad de los comparatistas, permitiendo un juzgamiento de su bondad y eficacia y otorgando la materia prima para la elaboración, a partir de ellos, de las reformas procesales más relevantes del siglo XX. Obviamente la sistematización referida ha supuesto el estudio profundo de cada uno de los principios objeto de sistematización. Adolfo E.C. Borthwick en su libro *Principios procesales*, prologado por Jorge W. Peirano, abunda en el concepto que da título a su texto y en cada uno de los principios procesales conocidos, evidenciando la gran diversidad de visiones y conceptos de la doctrina que, si bien complejizan los criterios sistematizadores, terminan en lo particular enriqueciendo cada concepto y con ello a la disciplina.

Es interesante constatar que ese esfuerzo sistematizador de los “principios procesales” y el análisis de cada uno de ellos efectuado por la doctrina, ha significado un formidable cambio de paradigma, pues, desde el ámbito dogmático en el cual fueron concebidos y al que parecían confinados para irradiar desde allí a las normas positivas, se han incorporado ellos mismos como ley positiva. Este fenómeno ha ido paulatinamente generalizándose desde luego en los códigos procesales contemporáneos, así como en diversos cuerpos normativos agrupadores de normas que regulan una misma actividad y que, dada su teleología y necesidad de coherencia, utilizan esta técnica legislativa que se presenta útil a tales propósitos.

Al menos en Iberoamérica, Couture dio un paso muy importante en esta materia al incorporar, en la Parte Preliminar de su Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945, lo que denominó “Principios generales”, consignando entre estos los de iniciativa en el proceso, dirección, impulso

7 Picó I Junoy, J., *El Principio de la Buena Fe Procesal*. (Segunda Edición, Bosch Editor), pp. 43 a 49.

procesal, igualdad, libertad de formas, probidad, economía y concentración. Sin duda ese paso dado por Couture como los que diera en tantos otros ámbitos abrió un camino virtuoso, de difícil retorno, siendo incorporada esa técnica legislativa en la mayoría de los códigos procesales civiles posteriores. Desde luego se agregaron nuevas y potentes señales en esa dirección, en especial en el “Proyecto de Código Procesal Modelo para Iberoamérica” elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal hace ya prácticamente treinta años.

Conforme a su objetivo, ese Código modelo ha servido de inspiración para la casi totalidad de los códigos procesales civiles contemporáneos de Iberoamérica y, desde luego, al Proyecto de Código Procesal chileno al que se deben estos comentarios. Ese Código modelo en versión similar a la de Couture de 1945, incorpora en su primer libro y título los que asimismo denomina “Principios generales”, enumerando y explicando su contenido. Así, figuran los relativos a la iniciativa en el proceso, dirección del proceso, impulso procesal, igualdad procesal, buena fe y lealtad procesal, ordenación del proceso, publicidad del proceso, intermediación procesal, pronta y eficiente administración de justicia, concentración procesal y derecho al proceso.

La misma técnica legislativa fue seguida por muchos códigos procesales posteriores. En efecto, el Código General del Proceso uruguayo se inicia con un “Libro I. Disposiciones Generales”, cuyo Título I se denomina “Principios Procesales”, enunciándose los principios de iniciativa (artículo 1), dirección (artículo 2), impulso procesal (artículo 3), igualdad procesal (artículo 4), buena fe, lealtad y colaboración procesal (artículo 5), orientación del proceso (artículo 6), publicidad del proceso (artículo 7), intermediación procesal (artículo 8), pronta y eficiente administración de justicia (artículo 9), concentración procesal (artículo 10), y derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 11).

En la misma línea se encuentra la legislación peruana, cuyo Código de Procedimiento Civil de 1975, no solo dispone que las normas procesales han de ser interpretadas conforme a los “principios generales del derecho procesal”, sino que, además, comienza su “Capítulo VI” sobre “Prueba” con una “Sección I” que se titula “Principios Generales” cuyo contenido responde a una serie de principios que rigen la actividad procesal probatoria. Así también, el Código de Procedimiento Civil colombiano se inicia con un “Título Preliminar” en que se contemplan diversos principios, tales como gratuidad de la justicia civil (artículo 1), iniciación e impulso de los procesos (artículo 2), instancias (artículo 3), así como también se dispone que “las

dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes” (artículo 4).

En materia de legislación nacional, si bien en sus primeros momentos el legislador nacional rehusó de estructurar el derecho codificado mediante la enunciación inicial de ciertos principios, la tendencia moderna ha mostrado una práctica distinta, en el sentido de que ha aumentado la frecuencia con que el legislador reconoce los principios que inspiran el cuerpo normativo en sus primeras disposiciones. Un análisis de los principales y más recientes cuerpos de leyes permite arribar a esa conclusión.

Lo anterior, aunque predicable de los principios inspiradores de todas las ramas del derecho, resulta particularmente efectivo en el ámbito del derecho procesal. En efecto, el estudio de la legislación nacional más próxima –en el ámbito civil– muestra la preocupación intensa del legislador por la consagración positiva de principios al inicio de reglamentaciones sistemáticas en el ámbito procesal jurisdiccional y procedimental administrativo.

Así, la ley N°19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo, además de enunciar los principios que la inspiran, los desarrolla uno a uno entre los artículos 5 a 16, incorporando los principios de escrituración (artículo 5), gratuidad (artículo 6), celeridad (artículo 7), conclusivo (artículo 8), economía procedimental (artículo 9), contradictoriedad (artículo 10), imparcialidad (artículo 11), abstención (artículo 12), no formalización (artículo 13), inexcusabilidad (artículo 14), impugnabilidad (artículo 15), y transparencia y publicidad (artículo 16).

Según lo expuesto, la ley N°19.880 no está sola en esa tendencia, antes bien acompañada por otras legislaciones. El artículo 9 de la ley N°19.968, sobre tribunales de familia, enuncia seis principios procesales, los cuales son desarrollados a partir del artículo 10, incluyéndose como tales los de oralidad (artículo 10), concentración (artículo 11), intermediación (artículo 12), actuación de oficio (artículo 13), colaboración (artículo 14), publicidad (artículo 15) e interés superior del niño y derecho a ser oído (artículo 16). A su turno, el Código del Trabajo enuncia y desarrolla los principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

En lo que respecta a legislación de tipo más específico, la intensidad de la tendencia disminuye. La ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público positiviza el principio de objetividad (artículo 55 y 70), en tanto que el Decreto N°374, que incorpora como norma el Código de Derecho Internacional Privado, en su Título Primero del Libro Cuarto, artículos 314 a 317, consagra diversos principios de Derecho Procesal Internacional. Lo propio ocurre con el Código Sanitario, cuyo reciente artículo 119 bis instituyó el principio de confidencialidad.

Ciertas estructuras normativas integrales de corte internacional se añaden a los ejemplos nacionales ya transcritos. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra los principios de legalidad y retroactividad en el artículo 9, y el de no discriminación los artículos 1, 17 y 24.

IV.- FUNCIONALIDAD DE LA POSITIVIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

La elaboración y sistematización de estos “principios”, como hemos anticipado, cumplen una serie de trascendentes funciones jurídicas y desde luego constituyen un elemento formidable para elaborar las políticas públicas incidentes en la reforma y modernización de los sistemas procesales. Se agregan a ello, múltiples finalidades relevantes como la de servir de criterios para la interpretación e integración por analogía de normas procesales funcionales y orgánicas, especialmente más eficaces en todas las ocasiones en que una norma impera su aplicación con tal propósito, como hace el inciso segundo del artículo 13 de nuestro Proyecto o los artículos 11 y 12 del Código General del Proceso de Colombia. También podríamos abundar en la enorme utilidad de estos “principios” para el estudio del derecho procesal histórico y vigente, nacional y comparado, al punto en que no resulta aventurado sostener que, razonablemente, no es posible comprender cabalmente las normas procesales y el sistema del que participan sino es a través del análisis previo de los principios procesales que las inspiran.

No obstante lo anterior, la positivización de estos principios como tales, constituye un decidido paso dado por el legislador que, probablemente, no ha acabado de ser comprendido en toda su dimensión. En efecto, no existe claridad acerca de la razón por la cual se ha ido haciendo cada vez más frecuente la incorporación de estos “principios” en códigos y otros cuerpos legales sistemáticos, cuestión que por cierto trasciende la mera utilidad

hermenéutica, declarada o no. El legislador no solo enuncia el principio, sino que lo define en sus alcances, sin por ello dejar de ser una formulación general con menor o mayor especificidad. Así, sería de menor especificidad el artículo 4º del Proyecto, relativo a la igualdad de oportunidades, al señalar: “El tribunal velará por la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso”; en tanto que de mayor especificidad el artículo 7º del mismo Proyecto que, relativo a la intermediación, señala: “Las audiencias se realizarán siempre con la presencia del juez. A quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones”.

Como quiera sea el caso, en la positivización de los principios pareciera subyacer otra manifestación del fenómeno de impotencia del legislador para anticipar la multiplicidad de situaciones que presentan las relaciones jurídicas y la constante evolución y mutación de los fenómenos sociales, políticos y económicos caracterizados por su permanente inestabilidad. El mismo caso se presenta con motivo de la configuración por parte del legislador de tipos normativos indeterminados, tales como “derechos adquiridos”, “interés superior del niño”, “buena fe”, “interés público”, “buen padre de familia”, “orden público”, “cosa juzgada”, por citar algunos. La impotencia en la exhaustividad regulatoria que conduce a positivizar tanto principios como tipos normativos indeterminados, tiene evidentes consecuencias jurídicas puesto que, en los hechos, importa transferir al menos parte de la potestad regulatoria desde el legislador al órgano jurisdiccional, junto con abrir un formidable expediente a las partes en el que puedan sustentar alegaciones, excepciones o defensas e incluso sustentar en ellos el ejercicio de los medios de impugnación incidentales y/o recursivos como lo refleja la jurisprudencia de nuestros tribunales, a la que aludiremos más adelante.

Por otro lado, desde el punto de vista del proceso, los principios positivizados además de servir para fines hermenéuticos e integradores según vimos, contribuyen a dotar de contenido a las garantías y derechos procesales de los justiciables, por ejemplo, para configurar y fundar la causal típicamente genérica de recursos de nulidad, consistente en la vulneración sustancial de derechos y garantías procesales asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales vigentes y en general de preceptos indeterminados. Además, pueden erigirse por sí mismos en requisitos complementarios de actos jurídicos procesales y/o de estadios procesales más allá de lo estrictamente concebido por el legislador. Ello implica que el principio deviene en requisito por sí mismo, sin necesitar que el legislador lo desarrolle o lo concrete en preceptos determinados.

Un ejemplo de lo que se viene sosteniendo lo encontramos en el ámbito contencioso administrativo, perfectamente transmutable al territorio procesal jurisdiccional. Mediante sentencia dictada con fecha 31 de octubre del 2017, en causa Rol N°40-2014, vinculada a la calificación ambiental del Proyecto Hidroeléctrico Aysén, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, rechazó la reclamación judicial interpuesta por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. en contra de la Resolución Exenta N°569/2011 dictada por el Comité de Ministros, que resolvió la invalidación de los Acuerdos adoptados N°s. 1 al 19, todos del año 2014 y sus respectivas resoluciones, adoptados por ese mismo órgano, ello por haberse cometido en estos últimos, vicios de ilegalidad al haberse fraccionado el procedimiento de evaluación ambiental en su etapa recursiva.

Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental respaldó la Resolución Exenta N°569/2011, y entre otros argumentos, hizo suyos los esgrimidos por el Comité de Ministros relativos a la infracción de los principios conclusivo, de economía procedimental y de impugnabilidad, todos ellos consagrados positivamente en la Ley N°19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo. En este sentido, señaló el Tribunal Ambiental lo siguiente:

(i) En relación con la supuesta infracción del artículo 8, de la Ley N°19.880, el Tribunal Ambiental respalda la Resolución Exenta N°569/2014, indicando que “se infringió este principio, pues, habiendo varias reclamaciones interpuestas, se resolvieron sólo algunas de ellas, dejando pendientes otras que se refieren a un mismo proyecto cuyos componentes ambientales por su propia naturaleza se relacionan entre sí. El acto administrativo que se pronuncie sobre una reclamación debe resolver en el fondo las cuestiones planteadas en ella”. (Considerando Décimo Séptimo);

(ii) En relación con el principio de economía procedimental, el mencionado tribunal sostuvo “que el principio de economía procedimental consagrado en el artículo 9 de la Ley N°19.880 establece que la Administración debe evitar trámites dilatorios. En ese sentido, a juicio del Tribunal Ambiental, el Comité de Ministros infringió este principio, cuando enfrentado a diversas reclamaciones vinculadas a una RCA, emitió pronunciamientos que eventualmente debieron revisarse” (Considerando Décimo Octavo), y

(iii) En relación con el principio de impugnabilidad consagrado en el artículo 15 de la Ley 19.880; el fallo indicó que: “éste ha de vincularse con el principio del orden consecutivo legal, según el cual las controversias ambientales deben ser resueltas primeramente por la Administración, para luego ser conocidas

por los tribunales. De este modo, el Comité de Ministros habría infringido también el artículo 15 referido” (Considerando décimo noveno).

En lo relacionado a la aplicación de “principios procesales”, incluso no positivizados con motivo fundante de las causales de casación, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal permite vislumbrar la importancia que la consagración en comento tiene en el contexto del sistema recursivo. Así, la Corte Suprema en distintos fallos, ha aceptado o rechazado recursos de casación, sobre la base de los siguientes principios y afirmaciones:

(i) En lo relacionado con el principio de congruencia, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido en un fallo del año 2014 “que, en íntima conexión con lo anterior resulta imprescindible traer a colación los artículos 160 y 170 N°6, de la recopilación adjetiva del ramo. El precepto preliminar de esta normativa -consideradas como expresión positiva de uno de los principios formativos del proceso al que ya se ha hecho alusión: el de la congruencia- estatuye que los fallos deben extenderse de acuerdo al mérito del mismo, no pudiendo extenderse a puntos no sometidos expresamente a juicio por los contradictores (salvo en cuanto las leyes autoricen o permitan proceder de oficio)”⁸;

(ii) A su vez, en lo relacionado a los principios de contradictoriedad y debido proceso, la Corte Suprema ha sostenido, en un fallo del año 2010 que “si bien: ‘el proceso tiene como fin lógico la sentencia, acto por el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda’ (G. Chioyenda, Principios de Derecho Procesal Civil, pp. 412 y siguientes), ello supone que sea producto de un debido proceso, respecto del cual la doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista “un proceso racional y justo” incluye siempre un procedimiento que ostente la presencia de un contradictor y que las partes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones”⁹;

(iii) A su turno, en lo que respecta al rol que cumplen los mencionados principios procesales en relación al ejercicio jurisdiccional, como asimismo y en particular a los principios dispositivo y de congruencia, el mencionado tribunal en un fallo del año 2014, ha establecido que “es necesario recordar, que entre los principios rectores del proceso –constituidos por ciertas ideas centrales referidas a la estructuración del proceso y que deben tomarse en

8 Corte Suprema. Rol N° 7934-2013, 15 de enero del 2014.

9 Corte Suprema. Rol N° 2.929-2010, 27 de octubre del 2010.

cuenta tanto por el juez al tramitar y decidir las controversias sometidas a su conocimiento como por el legislador al sancionar las leyes— figura el de la congruencia, que sustancialmente se refiere a la conformidad que ha de existir entre la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que las partes han expuesto oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales agregados al proceso; (...) y guarda estrecha vinculación con otro principio formativo del proceso: el dispositivo. El principio dispositivo —ha dicho Prieto Castro— impone la regla de que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el tema decidendum, pues el juez debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquéllas. A las partes incumbe, en otras palabras, fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica”¹⁰.

(iv) Asimismo, el mencionado órgano jurisdiccional se ha referido también al principio de bilateralidad de la audiencia y de debido proceso al fundamentar su decisión, en los siguientes términos: “las infracciones de ley o errores de derecho denunciados deben referirse a las materias que han sido discutidas en el juicio, pues de otro modo se atentaría en contra del principio de bilateralidad de la audiencia y, consecuentemente, del debido proceso”¹¹;

(v) Del mismo modo, en un reciente fallo del año 2017 relacionado a los principios de celeridad y concentración, el Máximo Tribunal ha dispuesto que “una interpretación armónica de la norma citada junto a los principios que informan el procedimiento de familia conduce a la conclusión de que (...) excluye la procedencia del recurso de casación en la forma respecto de las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia. Lo anterior por cuanto el inciso primero de la referida disposición, al establecer el marco de regulación de los recursos procesales en el procedimiento de familia, si bien acepta la procedencia de aquellos medios de impugnación que establece el Código de Procedimiento Civil, excluye aquellos recursos que resulten incompatibles con los principios formativos que establece la referida ley y sin perjuicio de las modificaciones que, con posterioridad, la misma norma establece.

Dentro de dichos principios se encuentran los de celeridad y concentración que inspiran a esta clase de procesos, los que constituye una limitación prevista por la ley para hacer aplicables las normas comunes del procedimiento civil que ceden ante la regulación especial, razón que lleva a concluir la exclusión

10 Corte Suprema. Rol N° 1.862-2013, 11 de junio del 2014.

11 Corte Suprema. Rol N° 16.248-2015, 23 de mayo del 2016.

de la nulidad formal respecto de las sentencias que participan de la naturaleza jurídica de la que por esta vía se revisa, por lo que el recurso deducido en estos autos no puede acogerse a tramitación y será declarado inadmisibles¹².

(vi) Siguiendo el análisis de los fallos de la Excelentísima Corte, en un reciente fallo del año 2017, relacionado al principio dispositivo, nuestro Máximo Tribunal sostuvo “que en cuanto al impulso del procedimiento civil, si bien la regla general es la vigencia del principio dispositivo recogido en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo con el cual los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte salvo en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio, dicho principio no resulta absoluto, desde que la ley procesal civil entrega al tribunal de la causa diversas facultades para obrar de oficio, paradigma incuestionable de lo cual es la hipótesis normativa prevista en el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil¹³, y

(vii) Por último, en otro reciente fallo de la Corte Suprema, asimismo del año 2017, se ha referido igualmente a los principios procesales, en particular a los principios de pasividad y congruencia, afirmando que “los tribunales de justicia deben ceñirse al principio de pasividad que rige su actuar, como al de congruencia determinado por los asuntos sometidos a su decisión, principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, siendo la congruencia procesal en la sentencia un imperativo a respetar por el magistrado al decidir la controversia” y que “en íntima conexión con lo anterior resulta imprescindible traer a colación los artículos 160 y 170 N°6 del Código de Procedimiento Civil. El precepto preliminar de esta normativa –considerada como expresión positiva de uno de los principios formativos del proceso al que ya se ha hecho alusión: el de la congruencia- estatuye que los fallos deben extenderse de acuerdo al mérito del mismo, no pudiendo considerar puntos no sometidos expresamente a juicio por los contradictores, salvo en cuanto las leyes autoricen o permitan proceder de oficio¹⁴.

12 Corte Suprema, Rol N° 10.250-2017, 8 de mayo del 2017.

13 Corte Suprema. Rol N° 22.264-2015, 5 de enero del 2017.

14 Corte Suprema. Rol N° 34.799-2016, 7 de diciembre del 2017. Principio Congruencia y Principio de Pasividad.

V.- COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

La incorporación al Proyecto del Código Procesal Civil, específicamente en su Título I del Libro Primero relativo a “Disposiciones Generales”, da una serie de “Principios Generales” de naturaleza procesal, que contribuye a dar plena identidad al Proyecto, en tanto reflejan una opción por una determinada “orientación técnica” expresiva de las mejores experiencias nacionales y comparadas de desarrollo e implementación de una concepción contemporánea y moderna de un debido proceso jurisdiccional.

Las instituciones del Proyecto reflejan con nitidez esos principios y son consecuentes con ellos. Así, por ejemplo, la opción preferente por la oralidad sustenta procedimientos desarrollados por audiencias en los que predomina por cierto la oralidad, la inmediación y la concentración de trámites y estadios procesales hoy desagregados, pero en los que la escrituración está también presente allí donde resulta útil, como ocurre en los períodos de discusión y formulación de recursos fuera de audiencia. Es la acción combinada, razonada pero consecuente con los principios enunciados lo que atribuye identidad al Proyecto, y permite constatar su plena coherencia con opciones ya adoptadas y probadas en el ámbito procedimental tanto en el derecho interno como comprado.

A tal “orientación técnica” se agrega la plurifuncionalidad propia de los principios jurídicos, con relevancia decisiva a partir de su positivización. Ello atañe a cuestiones atinentes a la interpretación e integración de normas procesales que el artículo 13 del mismo Proyecto se encarga de señalar, pero proyecta su importancia en ámbitos que, el propio pre legislador, posiblemente no haya advertido en toda su potencialidad. A ello nos referimos al señalar que transformados los principios en normas positivas, estos ineludiblemente inciden en las normas procesales, complementando los requisitos de un acto jurídico procesal o de estadios procesales, dotando de contenido a las causales de los medios de impugnación, especialmente los recursos o sencillamente sustentando la motivación de las resoluciones jurisdiccionales.

Con todo, siendo una herramienta poderosa para los fines indicados que nace desde una cierta impotencia de exhaustividad legislativa, presenta sin duda la complejidad asociada a esta verdadera transferencia de la potestad normativa del legislador al órgano jurisdiccional. Ciertamente la amplitud e indeterminación de los principios requerirá de nuestros jueces especial atención al fijar los límites y dotar de contenido y especificidad a los principios procesales

cuya positivización postula el Proyecto. Ello entraña una oportunidad pero asimismo un grave peligro de afectar no solo la igualdad ante la ley sino la coherencia sistémica del Proyecto y en general del ordenamiento procesal general de la nación, habida cuenta a la naturaleza y vocación subsidiaria que las normas civiles tienen en los demás ámbitos procesales. La necesidad y búsqueda de mecanismos que garanticen esa coherencia y uniformidad, será uno de los más grandes desafíos para el éxito del proceso reformador.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas de Torres, G., (2006). *Diccionario Jurídico Elemental, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*, (Edit. Heliasta).
- Couture, E., (1945). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. (Montevideo).
- Picó I Junoy, J., *El Principio de la Buena Fe Procesal*. (Segunda Edición, Bosch Editor).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Rol N°2.929-2010, 27 de octubre del 2010.
- Corte Suprema. Rol N°1.862-2013, 11 de junio del 2014.
- Corte Suprema. Rol N°7.934-2013, 15 de enero del 2014.
- Corte Suprema. Rol N°16.248-2015, 23 de mayo del 2016.
- Corte Suprema. Rol N°10.250-2017, 8 de mayo del 2017.
- Corte Suprema. Rol N°22.264-2015, 5 de enero del 2017.
- Corte Suprema. Rol N°34.799-2016, 7 de diciembre del 2017.

Otros documentos citados

- Boletín 8197-07.
- Programa de Gobierno 2018-2022, Sebastián Piñera Echenique.

SOLILOQUIOS SOBRE EJECUCIÓN CIVIL EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

SOLILOQUIES ON CIVIL EXECUTION IN THE DRAFT NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS¹

Resumen: El presente trabajo se referirá a la propuesta del Proyecto del nuevo Código Procesal Civil, más específicamente sobre la ejecución civil y su controversia más llamativa generadas con motivo de la inclusión del denominado oficial de ejecución.

Palabras claves: Proyecto Código Procesal Civil. Ejecución civil. Oficial de ejecución. Desjudicialización.

Abstract: The present work will refer to the proposal of the Project of the new Civil Procedural Code, more specifically on the civil execution and its most striking controversies generated due to the inclusion of the so-called execution officer.

Key words: Project Civil Procedure Code. Civil execution. Execution officer. Dejudicialization.

¹ Abogado de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesor emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso (antigua Universidad de Chile de Valparaíso). Profesor visitante de Universidades de Argentina, Brasil, México y Perú. Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación (CAM Santiago) de la Cámara de Comercio de Santiago.

Hablar sobre el tema de la ejecución civil, en los inicios del 2018 en Chile, podrá revelar una notable manifestación de optimismo, esperanza y convicción de que, en el futuro, las cosas van a salir de buena manera. Y no puedo decirlo de otra forma, porque vivimos en un país donde ocurren hechos curiosos, aunque no por ello, menos lamentables, entre las cuales cabe anotar que una de las ramas del parlamento apruebe un Código, –no cualquiera: un código procesal– y al darlo por aprobado, nada menos y nada más, deje afuera todo el capítulo de la ejecución. Esto, con el agregado que si lo anterior, no fuese suficiente, dejando sin aprobar, además, una parte importante del tema de los recursos. De modo que es una aprobación bastante singular, bastante *sui generis* aquella de que, como todos sabemos, ha sido objeto nuestro Código Procesal que sigue en el parlamento chileno.

Establecido lo anterior, pues, tengo que decir que esto no es baladí: no fue fortuito que no se aprobara el Código completo, que se aprobara el Código a medias. Alguien se preguntará por los motivos de esta situación y yo quisiera compartir algunas de las razones por las cuales, en mi opinión, esta aprobación no tuvo lugar.

Desde luego, cabe citar que con motivo de la propuesta desjudicializadora que se contiene en el proyecto, se generaron intensos debates, lo que constituye una realidad frente a la cual solo resta expresar complacencia: sabemos que el debate jurídico nacional ha sido, tradicionalmente escaso, reservado y, en general, desoladoramente pobre.

Pues bien, entre las controversias más llamativas generadas con motivo del nuevo proyecto, destaca la que pone en entredicho la inclusión en el ordenamiento nacional, del denominado oficial de ejecución, tanto porque se controvierte su aptitud para realizar las tareas que se le encomiendan, como porque se estima dudosa la constitucionalidad de su actuar.

Éste me parece un punto relevante, porque siguiendo a Couture, creo que la actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional o como afirmaba “la jurisdicción abarca tanto el conocimiento como la ejecución”, idea que graficaba afirmando que “... en el orden de derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad, pero conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión significa hacer ilusorio los fines de la función jurisdiccional...”.

En otros términos, milito entre quienes creen que en un concepto de ejecución unitario en el sentido de que la actividad jurisdiccional se desenvuelve indistintamente en actos de conocimiento y actos materiales de realización.

Con todo, también hubo oposición de éstas que dan rubor, para no decir, francamente vergüenza: cito brevemente una intervención parlamentaria contraria: “Quiero ser bien claro el código procesal civil que vamos a votar es el peor mecanismo para los deudores. Es un código hecho de mala fe con el propósito de hacerle un traje a medida a los dueños de este país, es decir a los bancos y otros grandes acreedores masivos. Las cláusulas abusivas del Jumbo, las triquiñuelas de los hermanos Elgueta son un juego de niños al lado de este código hecho para los bancos y los retails. Los más escandaloso de este nuevo código, por lo que llamo a rechazarlo de plano, es el ejercicio de la acción ejecutiva que ya no se hace frente a un tribunal sino ante un ente administrativo llamado “oficial de ejecución”. Hoy las cobranzas de los títulos ejecutivos se hacen ante un juez civil, con el nuevo código frente al oficial de ejecución. En buenas cuentas, la cobranza de créditos de las deudas que tienen los chilenos y las chilenas -¡que simpática esta fórmula! “los chilenos y las chilenas”- se hará ante un personaje que eventualmente puede ser pagado por el mismo acreedor. Es la cobranza extra jurisdiccional del crédito que consta en un título extrajudicial y todo con utilización de la fuerza pública. Es la fuerza pública puesta al servicio de un particular llamado acreedor para que cobre su crédito frente a otro particular”².

Esta fue la tónica bajo la cual se discutió en la Cámara, el Código Procesal Civil y particularmente el tema de la ejecución.

Sin embargo, en razón de una oposición, en general, política y severa, que exigía estructurar el tema de la ejecución de un modo distinto, es que en el primer trámite legislativo –Cámara de Diputados– él se dejó de lado y el Código fue aprobado sin todo aquello que venía a partir del artículo 422, con el que comenzaba la ejecución. En la esperanza, claro está, de que en el trámite legislativo siguiente –entiéndase, en el Senado– se diera una regulación que resultara suficiente para obtener su aprobación.

Era un tema eventual, complejo. El gobierno de la Presidente Bachelet informó, sin embargo, a través del Ministro de Justicia de la época, que la estructura, esto es, el modo en que, en el Proyecto se organizó la ejecución, no prosperaría, porque el entonces Ministro, tenía una lectura diferente: se reabría así, un debate extremadamente respetable y complejo que, quienes trabajamos en el

2 Opinión de un diputado del Partido Comunista, el 22 de enero del 2014, en la comisión respectiva de la Cámara.

tema durante la primera administración de Piñera, pensábamos que estaba superado: ¿cómo pensar la ejecución en Chile?

¿Qué es lo que traía el Proyecto? El Proyecto tenía, tintes de realismo, de sentido de la utilidad, de sentido común. Un ejemplo: en la ciudad de Santiago o, mejor dicho, en el territorio que está bajo la competencia de los 30 juzgados civiles que hay en la comuna de Santiago, sobre el 90% de los ingresos son juicios y gestiones vinculadas con la ejecución. Esa es la realidad hoy en día.

Cada juzgado civil de Santiago, tiene un promedio de rango de ingresos de 33 a 36 mil causas. De éstas, reitero, el 90% están vinculadas a la ejecución. Si, solamente, fueran 30.000 las causas, en un año, el 90% sería de 810.000 causas ejecutivas, aunque sea necesario, de inmediato, advertir que más o menos un 40% de las mismas, no se tramitan, esto es, la gestión se agota en la presentación de la demanda, de suerte que las que se tramitan, son del rango de 486.000.

Así las cosas, a cada uno de los 30 Juzgados de Santiago, le corresponde sustanciar 16.200 juicios y si la jornada de trabajo anual, es de 20 días mensualmente, durante 11 meses, tenemos 220 días para decidir estas causas, lo que significaría dictar 74 sentencia diariamente, para estar con la tarea cumplida.

Queda así en evidencia que la desjudicialización en estos ámbitos, no es urgente: es vital. El sistema de justicia no resiste estas cargas. Es pues, en esta perspectiva, que hay que entender la entronización del oficial de ejecución.

Las bases sobre las que el Proyecto se construyó fue a partir de esta idea de la desjudicialización: la ejecución es muy importante, pero es importante también no abrumar al sistema judicial civil, a tal grado, que no pueda cumplir su función de manera regular.

No es ninguna novedad comentar que hoy, la justicia civil de primera instancia que se imparte en la ciudad de Santiago es lentísima, es abrumadoramente lenta y quizás por tratar de revertir esa lentitud es claramente una justicia de muy poca calidad.

¿Qué hacer? Hay una preocupación por la desjudicialización, no sólo de cara a un mejor régimen de ejecución sino también por el efecto colateral que esto produce en la impartición de justicia en general. De allí que, sin que el Proyecto pretendiera atribuirse niveles únicos de originalidad, de autenticidad, de novedad, lo que se hizo fue copiar. Copiar algo que parece

adecuado, que sí tiene buenos resultados es positivo y no cabe desdeñarlo. Así se llegó a esta institución –que marca el nuevo sistema ejecutivo– que es el oficial de ejecución: él está trasladado del sistema europeo, básicamente de su país, Francia, hacia nosotros.

Hoy día, claro está, es cosa de mirar el panorama para ver que prácticamente en toda la Europa occidental es éste el régimen aplicable. Entonces, pues, nos vuelve a suceder aquello que nos ha pasado tantas veces y que consiste en que aparece esta fórmula algo críptica de la idiosincrasia. Entonces, ¿será esta institución que se pretende traer, compatible, con la idiosincrasia nacional? Es una aventura. Cada vez que hemos hecho una innovación profunda, ha aparecido un debate semejante.

Es cierto, tiene problemas, no es tan simple de aplicar. Tiene muchísimas virtudes, pero como nuestra realidad jurídico-política es diferente a la de otros países, habrá que resolver algunas cuestiones básicas.

Partidario como soy, sin la menor vacilación del instituto, creo que hemos de tomar resguardos constitucionales, porque lo que se propone en el Proyecto, es que el oficial de ejecución, a la vista de un título ejecutivo perfecto, pueda requerir de pago y embargar, ante la falta de pago. Y soy de los que opinan que el embargo, en cuanto afecta, esencialmente, facultades del dominio, no puede sino ser fruto de una decisión judicial. Creo que probablemente hay que hacer una reforma constitucional para superar este problema, porque entran en juego todas las garantías constitucionales vigentes; ellas colisionan, cuando la simple autoridad administrativa, es capaz de afectar una garantía constitucional en su esencia: el artículo 19, N°26, de la Carta, está ahí, inmediatamente aflorando.

Y esto me lleva entonces de inmediato a un punto que hay que aclarar: el oficial de ejecución no ejercerá entre nosotros funciones jurisdiccionales. Quizás habrá que mejorar la redacción; los términos en uso; se deberán efectuar correcciones, pero el sentido de esta institución no es ejercer funciones jurisdiccionales. De allí que el reproche que se ha levantado al efecto y que concluye sosteniendo que, incluso, se puede recurrir a la fuerza pública, es un reproche equivocado. Cada vez que se afecte una garantía o que esté en riesgo una garantía (con la sola excepción de la traba del embargo) el sistema prevé que intervenga el juez. Hemos dicho, varios de nosotros, muchas veces, que hay un símil muy simple de formular entre oficial de ejecución y juez y ministerio público y juez de garantía.

También el ministerio público ejerce funciones administrativas y cuando quiere afectar garantías individuales, pide el apoyo judicial. Es lo mismo que ocurre acá: si las partes no se ponen de acuerdo con las bases del remate, hay que ir donde el juez a dirimir el asunto, para qué les digo el resto del tema. Entonces, pues, acontece lo propio con todo lo que, a continuación tiene lugar en el juicio, antecediendo a la enajenación

Existe una dificultad que asumir; es efectivo, pero lo es, también que, a la postre es muy simple de dilucidar y que lo que se propone, nos soluciona un cúmulo de problemas.

¿Cómo no va a ser importante, para el sistema judicial, que se regule de un modo mucho más razonable a lo que hoy día tenemos vigente en Chile, algo tan simple, como determinar la forma en que se origina o se inicia un juicio ejecutivo?

Hoy, el acreedor concurre al juez con su demanda, éste la provee, se notifica, se requiere de pago y ahí queda.

El actual artículo 472, que está incorporado al Código de Procedimiento Civil, años después de su entrada en vigor, vale decir, que no formaba parte el texto primitivo y que es una copia del 535, dirá: “si no hay excepciones, basta el mandamiento” y se sigue adelante con la ejecución.

De un modo algo figurativo, ¿quién le da realmente comienzo al juicio ejecutivo? La respuesta parece sorprendente, pero es obvia: Es el deudor quien, en los hechos, lo comienza, porque el juicio ejecutivo, en esencia, no es más que un juicio en contra del título, fundado en las excepciones. Claro, pero esto es ya una mirada o perspectiva más diferente.

¿Qué es lo que propone el Proyecto? Simplemente, lo obvio, que consiste en que, si el deudor no tiene reparos sustanciales que hacer, o sea, si la deuda no está pagada, si el título no es falso, si no hay una prescripción, que no haya juicio ejecutivo.

Si, en cambio, el deudor tiene reparos que formular, pues entonces, él se presenta al juez e “interpone” una demanda (entiéndase, “deduce excepciones”) en contra del título. Es muy parecido a lo que hoy existe, solo que entre ambos sistemas hay una diferencia sideral. Ese solo hecho, es de una importancia enorme: sobre el 90% de los juicios ejecutivos en este país, se ventila sin excepciones y, en tal caso, solo resta realizar el procedimiento de apremio.

Es lo que dispone el actual artículo 472: basta el mandamiento. De tal manera que, si generamos un sistema en el que hay ejecución sin demanda del acreedor al juez, no va a cambiar radicalmente la situación. Solo que, previamente, tenemos que contestarnos algunas preguntas, tenemos que ser capaces de tomar algunas soluciones que nos den tranquilidad. Lo que se ha planteado desde los inicios: ¿cuál es el estatuto jurídico de este oficial de ejecución? ¿Es un funcionario público, un auxiliar de administración de justicia o es un particular? Hay un tema a resolver, mediante una ley orgánica, porque tenemos que darles garantías a las personas, sin caer en la demagogia.

La democracia tiene virtudes y defectos, pero es una realidad que, de pronto, abre la puerta a niveles de discusión demagógica. El juicio ejecutivo es un juicio en contra del título, no es un juicio entre iguales, no hay paridad, no es la misma situación entre dos que van ante el juez, para que declare quién de ellos tiene el derecho. En este juicio, el derecho es indubitado; lo que vamos a discutir ahora, es si sobrevinieron, eventualmente, circunstancias que hacen que ese derecho, preexistente, se haya extinguido.

Esto explica muchas cosas, por ejemplo, que en algunas legislaciones como ocurre en el D.F. de México, la circunstancia que se opongan excepciones manda el tema a un juicio ordinario; en otros países se han limitado las excepciones. Y ésta es la gran lucha de los procedimientos ejecutivos: circunscribir el debate a lo que es realmente materia de juicio ejecutivo y no de un juicio declarativo. Por analizar tan solo brevemente el asunto, quisiera recordar una legislación que siempre me ha parecido muy impresionante. Hay, en la Edad Media española, lo que, quizás con alguna exageración, se da en llamar, “la primera reglamentación del juicio ejecutivo” y que tuvo lugar a través de una legislación que se llamaba “pragmática” y la dictó el rey Enrique III, en el lejano 1360.

¿Qué decía este rey, allá en esa época, casi 700 años atrás? “Por excusar malicias los deudores que alegan contra los acreedores excepciones y razones no verdaderas excepciones y razones no verdaderas, por alongar las pagas y por no pagar lo que verdaderamente deben, ordenamos y mandamos que cuando los mercaderes y otra cualquier persona de ciudades o villas de nuestros reinos mostraren ante los alcaldes de justicia de las dichas ciudades cartas, contratos y recaudos ciertos de obligaciones que tengan contra cualesquiera personas, que las dichas justicias las cumplan y las lleven a debida ejecución, seiendo pasado los plazos de las pagas, no seiendo legítimas las excepciones que contra el contrato fueran alegadas, de tal manera que a los acreedores sean pagadas sus deudas y que la justicia no dejen de hacerse”.

¿Algo nuevo bajo el sol?

Mucho tiempo después, se hizo un avance y un sucesor de este rey –Enrique IV– en una ley que dio en Madrid, en 1458, por primera vez, puso una enumeración taxativa de las excepciones, para poner atajo a lo que pasaba en esa época. Y comenzó una evolución que, como suele suceder en el derecho, tiene altos y bajos y así, llegamos, copiando nosotros la ley de enjuiciamiento civil española de 1881, al exceso mayor: la enumeración de las excepciones que el Código de Procedimiento Civil chileno admite no tiene parangón en Hispanoamérica.

Y no la tiene no solamente por la enumeración, sino por el contenido. Todos sabemos que, entre nosotros, se puede oponer como excepción a la demanda ejecutiva, la nulidad de la obligación ¿habrá en el derecho, una cosa más compleja de dilucidar, que una nulidad por falta de causa, o por falta de objeto, o por objeto ilícito? Las cuestiones que podrían demandar el más intenso de los juicios declarativos, entre nosotros se autorizan para oponerse como excepción, en un juicio ejecutivo, lo que no es otra cosa que perder enteramente de vista el sentido de la ejecución.

Es cierto, me refiero a títulos extrajudiciales y no a títulos jurisdiccionales. Pero esto no permite olvidar que el título extrajudicial, para llegar a la condición de tal, nace de una declaración formulada por el deudor, en presencia o bajo la autorización de un ministro de fe.

El Proyecto limita razonablemente el número de excepciones y dice algo que simplifica mucho las cosas, en términos muy superiores a los del Código actual. Afirma el Proyecto que “al deudor de pleno derecho, por ministerio de la ley, le queda a salvo su derecho para plantear, en juicio ordinario, cualquiera otra excepción...” o sea, un reconocimiento que se formula, sin necesidad de que el deudor tenga que hacer, como en el sistema actual, una reserva de derechos.

Eso en cuanto al debate. En cuanto a la ejecución misma, la idea es tener un personaje que tenga versación jurídica pero que, al mismo tiempo, pueda superar esa indiferencia que tienen los tribunales frente a la suerte de los procesos.

De allí que al oficial de ejecución se le encomienden, entre otras funciones, la de intentar provocar un acuerdo y decirle al acreedor “mire yo ya fui a notificar al deudor y es una persona sin bienes, de modo que le sugiero que Ud. busque un acuerdo...” y, al mismo tiempo, que pueda decir al deudor algo

semejante “no es favorable a sus intereses que esto se lleve a cabo del modo en que está dispuesto en la ley, así que busque Ud. una solución”.

Cito estos ejemplos porque, en algún minuto en la Cámara de Diputados, insólitamente, se objetó que se otorgara al oficial, la facultad de provocar acuerdos entre acreedor y deudor, planteándose que habría una imposición; o que se le daba fuerza de cosa juzgada a las declaraciones del oficial de ejecución (!) o que se le confería una autoridad que no tenía, en circunstancias que lo que el Proyecto sostiene es, simplemente, que una de las funciones que se encomiendan a este personaje, es la de provocar entendimientos, que si los hay, en buena hora y que, si no los hay, será por decisión de los propios interesados.

El sentido, el propósito, es un oficial de ejecución que tenga esas posibilidades y que, en su momento, pueda provocar el remate, si no hay acuerdo. Adelanté que si el deudor no acepta o difiere, está en su derecho para dirigirse, directamente al juez y su oposición detendrá, inmediatamente, el procedimiento de apremio hasta el embargo, sin que continúe, en tanto el juez no resuelva. Se reitera así la regla: el asunto estará siempre bajo el poder del juez.

Si hay sentencia que desestime las excepciones, entonces se sigue adelante. El oficial de ejecución propondrá bases para el remate y si las partes no las aceptan: resuelve el juez. Finalmente, tendrá lugar un remate, a cargo de un martillero, y no de un juez, tampoco del oficial de ejecución; el oficial debe estar presente, pero no es el que remata, hay un martillero que, por ley, tiene que tener esa condición. Verificado el remate, tratándose de bienes raíces, se levanta un acta, la que se remite por la vía más expedita, al Conservador de Bienes Raíces o al encargado de registro si fuera otro bien, sujeto a propiedad registral.

Inmediatamente y con la sola recepción del acta, se entiende provisionalmente enajenada la especie y sujeta a una prohibición de gravar y enajenar, hasta que el juez, a quien finalmente se le van a llevar todos los antecedentes, resuelva en una audiencia, con intervención de todos los participantes, si hay objeciones que formular al remate.

Si declara que no las hay, esto es, que el remate está aprobado, no se extiende esa escritura pública con todas las menciones exigidas hoy por el Código y que toma tanto tiempo, sino meramente, se protocoliza el acta con los demás antecedentes. El acta protocolizada, hace las veces de escritura pública, para los efectos de la inscripción por lo que el tema queda inmediatamente resuelto.

Se trata de generar un sistema eficiente, pero al buscarlo, deben tomarse todos los resguardos. Esto importa que, si hay riesgos de que los oficiales no cumplan cabalmente con su cometido, sea porque les interese proteger a un interés sobre otro, sea porque el sistema de control no resulte el más adecuado, sea por los motivos que sea, entonces se efectuarán los ajustes necesarios.

El Ministerio de Justicia tiene hechos los estudios, para cuyo efecto convocó a un panel de expertos para que le formulara las propuestas pertinentes.

Esta propuesta: la del oficial de ejecución, es la del Proyecto.

La fórmula que debe ser contrastada con la otra alternativa que se ha levantado, que es la de tribunales de ejecución –y lo digo de esta manera porque esa es una opción que cuenta con gran simpatía– no obstante que, según dicen quienes conocen del tema, la experiencia que tenemos con la ejecución laboral no ha sido la mejor.

Entonces hay dudas. Ese es el tema, es lo que hay que contrastar.

El sistema de ejecución que se propone, de verdad, innova, está probado, no es una aventura, camina, funciona. Si tenemos que adecuarlo a nuestra realidad, pues tomemos esas medidas. Pero es inaceptable que, porque nos resulta tan innovador, pongamos absolutamente una luz roja adelante.

Los abogados somos muy reticentes frente a los cambios, aquí hay temas que nos inquietan y tenemos razón de tomar las precauciones, pero el rechazo liminar de esta idea, por lo avanzado que resulta, parece peligroso.

Permítanme entonces insistir: el oficial de ejecución es un funcionario que no ejerce funciones jurisdiccionales, no las debe ejercer. Y no contraría grandemente el sistema.

También tuvimos un debate respecto de si podía o no el oficial de ejecución intervenir en el cumplimiento de las sentencias judiciales y esto, porque como recordamos el art. 76 de la Constitución dispone que es facultad de los tribunales “hacer ejecutar lo juzgado”. Esto se ha resuelto en los distintos países de muchas maneras, por ejemplo, los hay, en los que a la sentencia definitiva se le agrega la frase “cúmplase como según la ley, o la Constitución o como corresponde conforme a derecho” o cualquier fórmula que imponga que el juez está decretando el cumplimiento a esas alturas, en la espera de lo que viene más adelante.

No trataré acá de la ejecución de las resoluciones, porque opino que tenemos un capítulo formidable en el Código vigente, que es todo lo que viene a partir de los artículos 231 y siguientes. La innovadora propuesta del Proyecto sigue modelos que nos parece que deben mirarse con precaución, como es la ejecución sin caución, pero se trata de un tema que excede de estas líneas.

Lo cierto es que, en materia de ejecución, tenemos un proyecto verdaderamente atractivo, desafiante, con temas de los que hay que atender con atención pero que traen aparejadas grandes ventajas. El desafío es encontrar modalidades que nos hagan superar los riesgos, los peligros, porque todo lo que viene a continuación, pareciera ser solo utilidad y ventaja, no solamente de cara a una ejecución eficaz y garantista, sino para la impartición de justicia civil en general.

DOCUMENTOS CITADOS

Opinión de un diputado del Partido Comunista, el 22 de enero del 2014, en la comisión respectiva de la Cámara.

TRATADOS Y CONVENIO 169 EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO¹

TREATIES AND AGREEMENT 169 IN JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN²

Resumen: El presente artículo abarcará el tratamiento de los tratados internacionales en el control preventivo y a posteriori del Tribunal Constitucional, y continuará con el tratamiento que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en materia del Convenio 169.

Palabras clave: Tribunal Constitucional. Tratados internacionales. Control preventivo. Requerimiento de inaplicabilidad. Consulta indígena. Convenio 169 de la OIT.

Abstract: This article will cover the treatment of International Treaties in the preventive and a posteriori control of the Constitutional Court, and will continue with the treatment that constitutional jurisprudence has developed in the matter of the agreement 169.

Key words: Constitutional Court. International deals. Preventive control Requirement of inapplicability. Indigenous consultation Convention 169 of the ILO.

1 Este artículo reúne, en parte, las ponencias presentadas en las “Jornadas de Derecho Público” organizadas por la Universidad Católica de Valparaíso (2012) y Universidad de Valparaíso (2015).

2 Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

I. PRECISIÓN PRELIMINAR

A modo de introducción es importante tener presente que la doctrina nacional ha debatido fuertemente sobre la jerarquía que le cabe en nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones contenidas en un tratado internacional.

La aludida controversia se justifica desde el momento que el artículo 5° de la Constitución Política, reformado en 1989, impone a los órganos del Estado el “respetar y promover” no solo los “derechos garantizados” en la Constitución sino que también “por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Como consecuencia de lo anterior existen diversos criterios.

Así, por ejemplo, algunos consideran que los tratados tendrían rango constitucional e, incluso, supra constitucional³.

Una segunda posición sitúa los tratados a nivel superior que la ley⁴.

Una variante de la anterior es aquella que diferencia ambas normas desde el punto de vista competencial⁵.

3 En tal sentido, puede leerse las opiniones de los profesores HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (“*La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N° 1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales*”, en *La Constitución Reformada*, Editorial Librotecnia, año 2005, pp. 383-404); CECILIA MEDINA QUIROGA (“*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, pp. 53 y ss., Cuaderno de Análisis Jurídico N° 6, Universidad Diego Portales, Chile, 1996); FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA (“*Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, 1996); JOSE LUIS CEA EGAÑA (“*Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional*”, Exposición efectuada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados el 31 de agosto de 1999. También del mismo autor: “*Derecho Constitucional Chileno*”, Ediciones UIC, año 2008, pp. 217-232), y HUGO LLANOS MANCILLA (“*Los Tratados y la Reforma Constitucional*”, en “*La Constitución Reformada de 2005*”, pp. 345-379).

4 Este segundo planteamiento sobre la jerarquía de los tratados, es sostenido por el profesor ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, quien postula que aquellas normas internacionales tendrían una jerarquía supra legal (Véase al efecto el “*Tratado de Derecho Constitucional*”, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 124). También del mismo autor: “*Reformas sobre Derechos Humanos*”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre, 1989.

5 Una posición que diferencia según el ámbito competencial de la ley y tratados, en SALVADOR MOHORA., y GUSTAVO FIAMMA O. (“*La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales*”, en *Revista de Derecho Público* 55/56, 1994, pp. 115 y ss.).

Finalmente, existen autores que sitúan los tratados como normas de carácter legal⁶.

Ciertamente, en esta oportunidad no se ahondará sobre este tema, sino que se pasará revista a las diferentes tesis que se han acuñado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1981, en lo que se refiere a los tratados internacionales, tanto en su control a priori como a posteriori.

Obviamente, las reformas constitucionales de 1989 y 2005 han reforzado las posiciones de los autores sobre esta importante temática y han ido configurando precisiones por parte de la Magistratura Constitucional.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En este segundo capítulo se abordará la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional, en adelante TC y Tribunal, en relación a la ubicación de los tratados internacionales dentro de la estructura normativa interna.

1. Jerarquía normativa de los tratados antes de la reforma constitucional de 2005

Sobre este punto se han resuelto distintos asuntos, de los que es posible ir configurando ciertas líneas jurisprudenciales, que a continuación se sintetizan.

1.1. El Tribunal ha resuelto que las normas constitucionales prevalecen sobre aquellas contenidas en los tratados internacionales

Para sostener esta postura, el Tribunal cita la doctrina kelseniana, conforme a la cual, ante una contradicción entre normas de derecho internacional y normas constitucionales, el conflicto debe ser resuelto sobre la base del derecho nacional correspondiente.

6 Así se sostiene, por los profesores ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA (*“Los Derechos Constitucionales”*, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, pp. 14-29) y TEODORO RIBERA (*“Incorporación de los Tratados Internacionales al Orden Jurídico Chileno”*, en *Revista de Derecho Público* 2007, Tomo I, pp 511 y ss.), para quienes los tratados tienen rango de ley.

En merito de dicha tesis, el Tribunal, basándose en diversas normas constitucionales, a saber, artículos 6°, 32, N°17, 50, N°1 –hoy 54– y 82 N°2 –hoy 93–, concluye la prevalencia de las disposiciones constitucionales.

Precisa que, sostener la superioridad normativa de los preceptos constitucionales por sobre las normas de derecho internacional es coherente con el sistema jurídico, pues la tesis contraria importaría permitir la reforma constitucional por un medio distinto al mecanismo de reforma consagrado en la Carta Fundamental.

Agrega –finalmente– que solo puede afirmarse que no existe tal prevalencia cuando así lo establezca la propia Constitución⁷.

1.2. En cuanto a la naturaleza de las normas, se ha sentenciado que tratado y ley son fuentes de derecho diferentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 5°, 50 –hoy 54– y 82 –hoy 93– de la Constitución

Específicamente, la Magistratura Constitucional, sin entrar a profundizar sobre el tema, ha explicitado que, el texto expreso de diversos preceptos constitucionales decantan la distinción anotada.

En efecto, así pueden citarse los artículos 5° (que alude a la Constitución y tratados internacionales), 50 –hoy 54– (que habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley) y el artículo 82, N°2° –hoy 93, N°3– (que distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso)⁸.

1.3. Precisando lo anterior, el Tribunal aclaró que si bien el tratado internacional se somete a los trámites de una ley, en su aprobación no es propiamente una ley

Para fundar este aserto, se razonó acerca del sentido y alcance del artículo 50, N°1, de la Constitución –hoy 54–⁹ e indicó al efecto que tanto de aquel precepto como de los principios generales de Derecho que rigen la materia se

7 TC, Rol N° 46/1987, cc. 27° y 28°.

8 TC, Rol N°288/1999, c. 6°.

9 El artículo 50, N°1, de la Carta Fundamental, expresaba con anterioridad a la reforma Constitucional del 2005 que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.”.

inferen “con nitidez, dos reglas básicas que deben observarse en la aprobación de un tratado internacional por el Congreso: 1) que el tratado debe aprobarse o desecharse como un todo sin que sea admisible que el Parlamento le introduzca modificaciones y 2) que si bien el tratado no es propiamente una ley, su aprobación se someterá a los trámites de ésta”¹⁰.

1.4. Por otra parte, se ha sentenciado que el tratado puede modificar una norma de igual jerarquía –como lo es la ley– toda vez que goza de fuerza de ley

El Tribunal manifestó al respecto que, en el caso de tratarse de una materia que conforme a la Constitución Política debe regularse por ley, sin adjetivos, de conformidad a lo ya resuelto en su sentencia Rol N°260, “se entiende que es una ley común, porque dicha clase de leyes constituyen la regla general en nuestro Código Político, representando las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado, la excepción dentro de la denominación genérica de ley”.

En relación al problema planteado en los autos pertinentes y, unido a lo anterior, cabe recalcar que la Magistratura Constitucional precisó que, al tener el tratado fuerza de ley, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, esto es, la ley, sin que ello lesione el ordenamiento jurídico vigente.

A su vez –aclaró– que si un tratado contradice una norma de rango legal no le correspondía al Tribunal resolver el asunto, toda vez que no es de su competencia pronunciarse sobre conflictos de legalidad¹¹.

1.5. Adicionalmente, ha precisado, que si bien las normas internacionales constituyen una jerarquía de normas que está sobre la ley común y las demás normas internas, se sujetan en definitiva a la Constitución Política

Para sustentar esta tesis, el Tribunal se explayó, en su sentencia Rol N° 346, de 2002, respecto de distintos criterios hermenéuticos que permitirían fundamentarla y que surgen desde la interpretación del artículo 5° de la Carta Fundamental.

A modo de síntesis, los aludidos criterios son:

10 TC, Rol N°309/2000, c. 11°.

11 Rol N° 312/2000.

- a) la interpretación literal del citado precepto¹²
- b) la historia fidedigna del artículo¹³
- c) la doctrina nacional sobre la materia¹⁴

12 Sobre este punto el Tribunal señaló que el precepto constitucional –luego de la reforma de 1989– no consagra que los tratados sobre derechos humanos tengan una jerarquía igual o superior a la Carta Fundamental (Considerando 62).

13 El Tribunal concluye que los antecedentes emanados de la reforma constitucional efectuada al artículo 5º en el año 1989 –y, en especial, emanados del Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno–, corroboran que el inciso segundo de dicho artículo, no consagra que los tratados internacionales sobre derechos humanos tengan una jerarquía igual o superior a la ley Fundamental. En otras palabras, sobre la base de la historia fidedigna, el Tribunal afirma que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución, ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental. Son tres las cuestiones planteadas en el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, que le permiten arribar a tal conclusión: 1.- El fin de la disposición –del artículo 5º– es reafirmar el principio de servicialidad del Estado, y por tanto, el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que no puede vulnerar; 2.- Al brotar de esa naturaleza, la Constitución sólo reconoce a aquellos derechos, estando la ley y tratados internacionales limitados a desarrollarlos sin afectar su esencia, y 3.- A modo de consecuencia de lo anterior, la relación del artículo 5º con los tratados, importa que su vigencia, no impide la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El Tribunal, desprende de esta posibilidad de control sobre los tratados, sugerida en el informe en comento, que éstos quedan sujetos a la supremacía constitucional, y que por tanto, no gozan de una jerarquía que les permita enmendar normas de la Ley Fundamental. (Considerandos 63 y 69).

14 En relación al tercer argumento que se desprende de los canales constitucionales (referido a la posibilidad de control constitucional de los tratados), el Tribunal hace referencia para sustentar aquel razonamiento, a la lógica –expresada mediante un cuestionamiento– que desarrolla el profesor Bertelsen respecto del informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, cual es: “¿Cabe, entonces, alguna duda, que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables?”. Continúa el Tribunal agregando dos fundamentos entregados por la doctrina, en orden a descartar la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. El primero, es relativo a la opinión del profesor Lautaro Ríos, quien señala que el supuesto rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos atentaría contra el mecanismo de reforma constitucional, cual es especialmente rígido en materia de derechos y deberes constitucionales –porque el constituyente busca asegurar la preservación y estabilidad de estos–. Específicamente, se configuraría el atentado, en razón de que el quórum simple y los trámites de una ley ordinaria reemplazarían el quórum especial de reforma y los trámites propios de una ley de reforma constitucional teniendo el efecto de modificar la Constitución. Adicionalmente, se cita al profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien afirma que, pese a no haberse consagrado en el texto constitucional el precepto elaborado por la Comisión Ortúzar, que señalaba expresamente la jerarquía normativa de los tratados –esto es, una jerarquía por debajo de los preceptos constitucionales, pero antes de la ley común–, se conserva en el texto constitucional dicho rango normativo, toda vez que desde el punto de vista formal los tratados internacionales cuando inciden en derechos humanos quedan comprendidos en la categoría formal de ley, ya que de acuerdo con la Constitución chilena toda normativa

- d) los precedentes jurisprudenciales¹⁵ y
- e) la aplicación del principio hermenéutico sistemático¹⁶

2. Jurisprudencia del tribunal constitucional a partir de la reforma constitucional de 2005

Sobre este punto, cabe destacar la línea jurisprudencial que sostiene hoy en día el Tribunal Constitucional.

Éste se ha explicitado recientemente sobre la materia, con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto de ley modificatorio de su ley orgánica constitucional, como consecuencia de la reforma constitucional de 2005, lo que ha generado interesante controversia doctrinaria¹⁷.

En la referida sentencia¹⁸, la Magistratura Constitucional desarrolla diversas consideraciones sobre la jerarquía de los tratados en relación a una norma contenida en el proyecto, que le impedía declarar la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en tratados internacionales.

sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. (Considerandos 63º, 68º, 70º y 75º).

- 15 El Tribunal indica que, en fallos anteriores, se ha sostenido la tesis de que en el orden interno las normas constitucionales prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales, citando para estos efectos las sentencias Roles N°s. 46 y 309.
- 16 En razón de este elemento interpretativo, razona el Tribunal en orden a que el inciso segundo del artículo 5º debe ser interpretado relacionándolo con el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6, y con el control de constitucionalidad preventivo y represivo, contenido en los artículos 80 y 82 n° 2. De lo anterior, resultaría que los tratados sobre derechos humanos no tendrían rango constitucional. Así, ante una eventual contradicción del tratado con el Código Político, aquel solo podrá incorporarse válidamente al ordenamiento jurídico interno previa reforma constitucional. (Considerandos 72º, 73º y 74º).
- 17 Con posterioridad a la reforma constitucional de 2005, en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales y a su control por el Tribunal Constitucional, existen dos posiciones marcadas. En primer lugar, puede citarse al profesor HUMBERTO NOGUEIRA A., en su artículo “*Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 5, N°1, 2007, pp. 59-88. En una tesis contraria se sitúa el profesor TEODORO RIBERA N. en su artículo “*Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 5, N°1, 2007, pp. 89-120. Véase también sobre la materia el interesante artículo de ANA M. GARCÍA B., “*Control de constitucionalidad de los tratados internacionales, según la nueva Ley Orgánica*”, *Revista de Derecho Público* N°72, 2010, pp. 28-39.
- 18 TC, Rol N°1.288/2008.

Al efecto, razonó acerca de si la disposición de un tratado podía considerarse dentro de la voz “precepto legal”, contenida en el artículo 93, N°6, de la Constitución. Señaló al respecto que los tratados, si bien no son propiamente una ley, tienen una jerarquía inferior a la Constitución, tal como lo ya lo había señalado en su jurisprudencia anterior.

En cuanto a la validez de los tratados, indicó que ésta deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y que es en ese marco y respetando la Carta, que el tratado internacional puede tener vigencia interna.

Precisó que si bien las normas internacionales en cuanto a su rango no son propiamente una ley deben sujetarse a la Constitución Política, tal como ya se había entendido anteriormente en otros pronunciamientos.

Luego, desde una perspectiva doctrinaria, hizo suya la tesis sostenida por el profesor Alejandro Silva Bascuñan en cuanto a que la Constitución Política autoriza el control de los tratados internacionales que, si bien pertenecen a una órbita superior a la ley, desde el punto de vista formal quedan comprendidos en ésta, pues de acuerdo a la Constitución toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa.

Se puntualizó, además, que la reforma constitucional de 2005 no añadía nada que permitiera establecer un criterio diferente al sostenido por el Tribunal bajo el texto original de la Constitución de 1980 o en su texto reformado de 1989, por lo que no variarían los criterios ya expuestos en su jurisprudencia sobre la jerarquía de los tratados internacionales y su calidad de preceptos legales a efectos del control.

Añadió, por otra parte, que un ejemplo reciente respecto de la jerarquía de rango legal que tienen los tratados y sus disposiciones en nuestro sistema se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N°20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el tratado sobre el Estatuto de Roma. Lo anterior, atendido que si fue necesario reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que éste tiene un rango inferior a la Constitución.

Precisa que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54, N°1, de la Carta, no es posible desprender que el Tribunal Constitucional no se encuentra facultado para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Lo anterior, pues si bien el tratado no se somete al mismo procedimiento que la ley -desde el momento que su formación se rige por la voluntad de dos o más Estados- ello no impide que luego de ser aprobado y ratificado se integre a nuestro

derecho interno como un precepto legal, tal como lo entendió el Tribunal y anteriormente la Corte Suprema. El tratado, de conformidad al citado artículo, puede regular materias propias de ley y confirmaría lo anterior su texto expreso, que indica: “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria”.

Finaliza su sentencia expresando que, de otro modo, “no se explicaría cómo el constituyente de 2005 estableció el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad” “de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (artículo 93, inciso primero, N°1°, de la Constitución), haciendo referencia directa a las leyes orgánicas constitucionales. A ello debe agregarse el control preventivo y facultativo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad al artículo 93, inciso primero, N°3°, de la Constitución, que también supone que el tratado pueda contener disposiciones propias de ley¹⁹.

III. TRATADOS Y MATERIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

Sobre este punto se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal diversos criterios, algunos referidos exclusivamente a aspectos propios de los tratados internacionales y otros que constituyen una aplicación a los mismos de la jurisprudencia emanada del control preventivo obligatorio de la ley.

1. Jurisprudencia referida a los tratados que contienen normas orgánicas constitucionales

Actualmente, entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional chileno, y que le fueran otorgadas en virtud de la reforma constitucional

19 Véase la sentencia Rol N°1.288, recaída en el control preventivo del proyecto de ley que modifica la Ley N°17.997. El Tribunal se pronunció sobre la jerarquía de los tratados en sus considerandos 41 a 44.

de 2005²⁰, resulta importante destacar el control preventivo obligatorio de ciertos tratados internacionales.

Específicamente, el artículo 93, inciso primero de la Constitución, ordena que le toca al Tribunal Constitucional conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánicas constitucionales.

Sobre este punto, hay que recordar que el constituyente no innovó, por cuanto solo vino a consolidar la obligatoriedad del mencionado control que había estado sosteniendo el propio Tribunal en diversos fallos anteriores²¹.

A la fecha, al Tribunal ya le ha correspondido –entre otros– conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía normas especiales en materia de atribuciones del Banco Central²² y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas²³.

Del mismo modo, lo ha habido respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁴.

20 Vid. Enrique Navarro Beltrán, “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, en RDP 68 (2005) pp. 11 y ss.

21 Véase la sentencia Rol N°346/2002.

22 TC, Roles N°s.1891/2011, 3 de marzo del 2011; 1898/2011, de 1 de marzo del 2011 (Quincuagésimo Tercer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica N°35, sobre el comercio de servicios, celebrado entre los Gobiernos de los Estados Partes del MERCOSUR y el Gobierno de la República de Chile); N°1891/2011, de 3 de marzo del 2011 (Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y la Corporación Andina de Fomento para el desarrollo de las actividades de la CAF en Chile); N°1818/2010, de 9 de noviembre del 2010 (Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversión); N°1315/2009, de 29 de enero del 2009 (Tratado de libre comercio entre los Gobiernos de la República de Chile y de Australia); N°830/2007, de 1 de agosto del 2007 (Acuerdo entre la República de Chile y Japón); y N°553/2006, de 30 de agosto del 2006 (Acuerdo estratégico Transpacífico de asociación económica).

23 TC, Rol N°1050/2008.

24 TC, Roles N°s.1415/2009 y 2813/2015. En ambos se concluye, en todo caso, que no corresponden a leyes orgánicas constitucionales. En el primero, habida consideración que “observando lo decidido por esta Magistratura en la sentencia antedicha, la Ley de Reforma Constitucional N°20.352, publicada en el *Diario Oficial* el treinta de mayo de dos mil nueve, introdujo en la Carta Fundamental una disposición Vigésimocuarta Transitoria, nueva, que en su inciso primero dispone lo siguiente: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte”; agregando que “en consecuencia, habiéndose pronunciado el Poder Constituyente Derivado en los términos indicados por el precepto constitucional transcrito, este Tribunal constata que el Proyecto de Acuerdo que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Boletín N°6.560-10, sometido

Finalmente, se ha señalado que ciertas convenciones internacionales no contemplan normas orgánicas, razón por la cual no se ha revisado su texto²⁵.

2. Tratados que incluyen normas autoejecutables

Respecto a las normas de un tratado internacional que son objeto de control preventivo de constitucionalidad el Tribunal explicó que solo debe pronunciarse sobre su constitucionalidad en el evento que tengan el carácter de norma “self executing”, esto es, autosuficiente²⁶.

Señaló que, de conformidad a la doctrina, los tratados pueden contener dos clases de normas, a saber, las “self executing” y las “non self exexuting”, teniendo en consideración para este distingo si las disposiciones son o no autosuficientes, es decir, si pueden ser o no aplicadas sin más trámite en el país como fuente

a control, es constitucional”. En la segunda, se sostiene que la disposición vigésimo cuarta transitoria es suficiente habilitación para la aprobación del tratado. Funda lo anterior en diversas consideraciones. En primer lugar, la reforma constitucional de la Ley N°20.352 facultó a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En ello no se innova por el tratado examinado. Este no innova en la competencia de la Corte Penal Internacional. En segundo lugar, la propia disposición vigésimo cuarta transitoria señala que la suscripción del tratado sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es “en los términos previstos en el tratado”. El artículo 121 de este tratado contempla su modificación. Por lo mismo, el poder constituyente previó modificaciones al texto del Estatuto. En tercer lugar, de acuerdo al artículo 54, N°1, de la Constitución, las disposiciones de un tratado pueden ser modificadas en la forma prevista en el propio tratado. Ello se enmarca perfectamente en la situación recién descrita. Finalmente, el objetivo de la presente reforma al Estatuto es incorporar en el mismo el delito de agresión. Hay que considerar que durante la discusión de la reforma constitucional que dio origen a la disposición vigésimo cuarta transitoria, se contemplaba una norma en este sentido. Pero se estimó innecesario, porque esto perfectamente podía incorporarse por medio de una enmienda al propio tratado, el que luego tendría que ser sometido a la aprobación o rechazo del Congreso Nacional (Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, asuntos interparlamentarios e integración latinoamericana, de fecha 30 de septiembre de 2014, Boletín N°8182, pp. 9-10). Ahora bien, el TC arriba además a dicha conclusión “teniendo en consideración que, en relación con el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, el texto del artículo único del proyecto de acuerdo sometido a control y las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no modifican ni innovan de manera sustancial respecto de la competencia y atribuciones de los tribunales que, conforme a la legislación interna y al propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, corresponden a la jurisdicción nacional del Estado de Chile”. De esta forma “Este Tribunal Constitucional entiende que el proyecto de acuerdo aprobado por el Congreso Nacional no altera, en lo relativo a las atribuciones de los tribunales de justicia en el orden interno, lo dispuesto en esta disposición vigesimocuarta transitoria de la Carta Fundamental”.

25 TC, Rol N°1483/2009, de 29 de enero del 2009, en relación a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

26 TC, Roles N°s.309/ 2000 y 1504/2009.

de derecho interno. Indicó al efecto que, las primeras, son las que entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente y, de esta manera, pueden ser aplicadas directamente. Solo esta clase de disposiciones son objeto de control de constitucionalidad.

Las segundas, en cambio, son aquellas que requieren para entrar en vigencia de la dictación de normas –sean leyes, reglamentos o decretos– que las implementen y así las hagan aplicables en el país (es decir, aquellas que imponen al Estado la obligación de sancionar la normativa que sea necesaria para que puedan cobrar efectiva vigencia). Por lo anterior, este tipo de disposiciones no pueden entrar en contradicción con la Carta Fundamental pues no son normas vigentes pese que el presidente haya ratificado el tratado que las contiene.

Lo anterior conlleva que su constitucionalidad no deba ser examinada por el Tribunal Constitucional. Lo que sí debe controlar ése órgano jurisdiccional, cuando se trata de normas “non self executing” es si los preceptos nacionales que llegan a implementarlas contendrían o no disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, cuestión que debe decidirse de conformidad a las instancias que para ello establece la Constitución Política²⁷.

Más recientemente, se ha señalado que “si a juicio de este Tribunal la obligación que imponen las normas de un tratado de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas permite inferir, razonablemente, que se configurará una inconstitucionalidad de fondo que es posible prever de inmediato haciendo la correspondiente declaración, no resulta posible postergar el examen de constitucionalidad aunque se trate de una disposición non self executing. Tal conclusión apunta a proteger cabalmente la supremacía constitucional en forma acorde con la naturaleza misma del control preventivo de constitucionalidad como el que se ejerce en esta oportunidad”.

Sin perjuicio de lo anterior, se concluye que “pese a que, de conformidad con lo señalado precedentemente, el carácter no autoejecutable de alguna de las normas impugnadas resulta inequívoco, a este Tribunal le asiste la convicción que la obligación que imponen las normas referidas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o UPOV 91 de desarrollar sus

27 Véase la sentencia Rol N°383/2003, que es en la que se fundamenta esta excepción, referida a que si la norma no es autoejecutable y requiere de la aprobación de preceptos que, conforme a la Constitución conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución.

enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas, hace aconsejable desde ya revisar los fundamentos constitucionales de las aludidas disposiciones, sin perjuicio de que –en su oportunidad– se efectúe el control de las leyes que se dicten; sin alterar, por ello, la doctrina mantenida por este Tribunal de reservar el examen de constitucionalidad de normas de un tratado no autoejecutables para el examen de la legislación interna respectiva que les dé concreción”²⁸.

3. Quórum de aprobación de los tratados que incluyen normas orgánicas

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido en la Constitución para esta clase de leyes.

Sobre este punto señaló expresamente que “una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50, N°1) y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella”²⁹.

Pero, además, hizo aplicable en materia de control de tratados su jurisprudencia referida a la forma en que se da cumplimiento a los quorums establecidos por la Constitución para las diversas clases de leyes, explicitando al efecto que “en ambas ramas del Congreso, el tratado fue aprobado con un quórum superior al exigido por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución, para los efectos de aprobar, modificar o derogar una ley orgánica constitucional” por lo que “aun cuando la aprobación del tratado en la Cámara de Diputados se

28 TC, Rol N°1988/2011.

29 TC, Rol N°309/2000. Cabe precisar que el año 2008, en sentencia Rol N°1.050/2008, el Tribunal controló el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N°169, sobre pueblos indígenas, adoptado por la OIT, y que fuera objeto de un requerimiento resuelto por el Tribunal en la aludida sentencia Rol N° 309.

haya tramitado como ley simple, lo cierto es que la votación cumple con la exigencia del ya mencionado artículo 63 de la Carta Fundamental”³⁰.

4. Tratados e informe previo de la Corte Suprema

El Tribunal –precisó– que si las normas de un tratado involucran materias propias de la ley orgánica constitucional que dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, es menester que se dé cumplimiento a la exigencia constitucional de informe previo de la Corte Suprema³¹.

5. Oportunidad de impugnación de los tratados

Sobre este punto, el Tribunal entendió que, tratándose de tratados internacionales, la cuestión de constitucionalidad solo puede formularse mientras se encuentren sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

Concluyó lo anterior tendiendo en consideración “la necesidad de certeza jurídica” respecto de la obligatoriedad del tratado internacional.

Adicionalmente, argumentó que la promulgación y la publicación de un tratado, no previstas en la Constitución Política, obedecen a una práctica impuesta por la doctrina y la jurisprudencia.

Explicitó que, el problema en esta materia consiste en que no existe una oportunidad determinada para efectuar la ratificación del tratado –desde el momento que representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar– motivo por el cual su promulgación carece de fecha cierta “–al extremo que en nuestra práctica institucional se registran casos en que han pasado décadas sin que se promulgue un convenio ya aprobado y ratificado–”.

Por ello, indica el Tribunal, se erosiona la seguridad jurídica “tanto en el ámbito nacional como en el internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”.

De esta manera resolvió que, atendida la dificultad señalada, “no es posible fijar la promulgación de la ley como la oportunidad límite para formular un

30 TC, Roles N°s.309/2000, 312/2000, 383/2003 y 1504/2009.

31 TC, Rol N°312/2000.

requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional” y, por consiguiente, éste sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso³².

6. Requerimiento de parlamentarios contra tratados internacionales

Tal como ya se ha señalado, después de la reforma de 2005, existen dos casos relevantes, en los que se cuestionó durante su proceso de aprobación la constitucionalidad de tratados internacionales.

La primera, referida a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en la que el TC acogió el requerimiento de los parlamentarios, haciendo presente que la cláusula IV, del referido acuerdo internacional no regulaba materias propias de ley orgánica constitucional, razón por la cual el proyecto de acuerdo relativo a dicho tratado debía considerarse aprobado por la Cámara de Diputados³³.

El segundo requerimiento, dirigido contra las normas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o UPOV 91, el TC rechazó la acción, haciendo sí presente, diversos alcances a dicha normativa respecto de la propiedad ancestral³⁴.

En este último caso el tribunal realizó audiencias públicas, escuchando a los diversos interesados.

Cabe hacer presente que, con antelación a la reforma constitucional de 2005, se habían presentado seis casos³⁵, la casi totalidad desechados, salvo el referido a la Corte Penal Internacional, en la que se señaló que la materia requería reforma constitucional.³⁶ Igualmente, se declaró uno inconstitucional por vicios de forma, en razón del quórum.³⁷

32 TC, Rol N°288/1999.

33 TC, Rol N°1504/2009, 3 de noviembre del 2009.

34 TC, Rol N°1988/2011, 24 de junio del 2011.

35 TC, Roles N°s.288/1999 (acuerdo con Argentina sobre límites, declarado inadmisibles por extemporáneo); 309/2000 (Convenio 169, ya citado); 311/2000 y 312/2000 (Acuerdo de Integración minera con Argentina, siendo rechazado), y 383/2003 (Convención sobre desaparición forzada de personas).

36 TC, Rol N°346/2002.

37 TC, Rol N°383/2003 (Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas).

IV. TRATADOS E INAPLICABILIDAD

Siguiendo la revisión de la jurisprudencia del Tribunal, cabe resaltar que los tratados internacionales pueden ser objeto de declaración de inaplicabilidad pero no de declaración de inconstitucionalidad a posteriori.

La Magistratura, en su sentencia Rol N°1.288, explicitó las razones que sustentan aquella postura y que lo llevaron a declarar la inconstitucionalidad del artículo 47 B, del proyecto de ley modificatorio de su ley orgánica, que establecía como causal de inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad el que éste versara sobre las normas de un tratado internacional.

Precisó al respecto que no es posible declarar la inconstitucionalidad a posteriori de las disposiciones de un tratado desde el momento que éste es un acuerdo de voluntades entre dos Estados y tal declaración implicaría una contravención a las normas de derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados.

A su vez, importaría la conculcación de las disposiciones constitucionales que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales, la negociación, conclusión y ratificación de los tratados. Todo lo anterior, por cuanto aquella declaración tiene los mismos efectos que una ley derogatoria, esto es, expulsa el precepto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, indicó, sí es posible declarar la inaplicabilidad de la disposición de un tratado, toda vez que ésta atiende a las particularidades del caso concreto y solo tiene efectos en la gestión judicial determinada, por lo que la norma mantiene su vigencia en el Estado. Se trata, además, de la aplicación del precepto a un caso, de manera que no importa suspensión del tratado, como lo prohíbe el artículo 54, de la Carta Fundamental.

Agregó que, por lo demás, en España³⁸ (país que sirvió como referente para la reforma de 2005) se ha señalado que lo único que no es posible realizar, es

38 Señala el Tribunal Constitucional que: “el artículo 96.1 de la Constitución Española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Y como destaca Manuel Díez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a)

declarar la nulidad de un tratado mediante el control de constitucionalidad, toda vez que ésta debe fundarse exclusivamente en las causas previstas en el derecho internacional. Por otra parte, también se tuvo consideración lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania³⁹.

Finalmente, el Tribunal señala que el artículo 47 B del proyecto aludido, trata una materia referida a las atribuciones del Tribunal Constitucional, cuestión que no es de competencia del legislador sino que está reservada a la Carta Fundamental⁴⁰.

1. Inadmisibilidades

Se han declarado inadmisibles diversos requerimientos sobre tratados internacionales.

Así se hizo, por ejemplo, respecto de una presentación dirigida en contra de los artículos 1º, 3º y 12º de la Convención sobre Secuestro Internacional de

de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes” (Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ª Edición, Editorial Tecnos, 1997, p. 198).

39 La aludida disposición indica que: “si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”.

40 Respecto de esta materia, se escribieron numerosos artículos criticando y apoyando lo resuelto por el Tribunal en orden a la procedencia de la inaplicabilidad de los tratados internacionales. Véase al efecto: “Un fallo del TC sujeto a la crítica” de los profesores de derecho internacional Edgardo Riveros Marín, Hugo Llanos Mansilla, Claudio Troncoso Repetto, Alberto Rioseco Vásquez, Edmundo Vargas Carreño, Astrid Espaliat Larson, Fernando Gamboa Serazzi, Samuel Fernández Illanes y Álvaro Arévalo Cunich, el día 22 de septiembre de 2009. En sentido contrario, “*Constitución y tratados*”, del doctor en derecho Teodoro Ribera Neumann, Universidad Autónoma de Chile, el 29 de septiembre del 2009. Asimismo véanse los artículos de Humberto Nogueira (“*Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido respetuoso de la Constitución o poder constituyente en sesión permanente?*”, en Estudios Constitucionales, Año 7, N°2. Universidad de Talca, 2009, pp. 389-427) y de Manuel Nuñez (“Las representaciones internas del Derecho Internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en obra colectiva Jurisprudencia Constitucional destacada, 2011, pp. 19-35).

Niños. Se consideró que el requerimiento carecía de fundamento razonable, atendido que tenía como razón de ser el que no se resolviera respecto de la tuición de la menor sobre la base de normas que se impugnaban ante el TC en circunstancias que en la gestión pendiente no se discutía la tuición de un menor.⁴¹

Con antelación, también se había declarado inadmisibile una presentación en la que más se cuestionaba el mérito de la resolución judicial, lo que no se compeadece con el propósito de la acción de inaplicabilidad⁴².

También, en autos se declaró inadmisibile un requerimiento que se dirigía contra el artículo 22, del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII, del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1991. La Magistratura sentenció que el requerimiento no se encontraba razonablemente fundado en atención a que no se indicaba claramente la forma en que la norma impugnada podía contrariar la Constitución⁴³.

Del mismo modo, se declaró inadmisibile una presentación en que se le solicitaba al Tribunal Constitucional declarar la vigencia de una determinada norma internacional⁴⁴.

En concordancia con lo anterior, se desecha también un asunto en que no se plantea un conflicto de constitucionalidad, sino que una cuestión de mera legalidad, en la medida que el requerimiento se sustenta en la determinación del sentido y alcance que debe darse a la competencia del Tribunal de Garantía de los Andes a partir del tratado internacional aludido, alegándose como infringidas un conjunto de disposiciones del Código Orgánico de Tribunales⁴⁵.

En un caso más reciente, se declaró inadmisibile el requerimiento por estimar que al cuestionarse una disposición contenida en un tratado internacional no tenía el carácter de precepto legal⁴⁶.

41 TC, Rol N°572/2006, 31 de enero del 2007.

42 TC, Rol N°531/2006, 8 de agosto del 2006. En el mismo sentido, Rol N°551/2006, de la misma fecha.

43 TC, Rol N°1.832/2010, 17 de noviembre del 2010.

44 TC, Rol N°586/2006, 4 de octubre del 2006.

45 TC, Rol N°2353/2012, 4 de diciembre del 2012.

46 TC, Rol N°2789/2015, 25 de marzo del 2015.

2. Sentencias definitivas

Se impugnaron mediante una acción de inaplicabilidad diversas disposiciones de la denominada “Convención de Varsovia”, (esto es, del “Convenio para la unificación de ciertas normas relativas al transporte aéreo internacional”). El requerimiento fue declarado admisible y en su sentencia definitiva el Tribunal juzgó si los preceptos reprochados atentaban contra el derecho a la igualdad ante la ley y contra el debido proceso.

Como cuestión previa, la Magistratura recordó lo que fue su pronunciamiento respecto a la inaplicabilidad de las normas de un tratado, indicando, en síntesis, que para los efectos del ejercicio de la acción de inaplicabilidad las normas del tratado son consideradas como un precepto legal⁴⁷.

En cuanto al fondo del asunto, se resolvió que no se vulneran los derechos aludidos por cuanto no resultaría arbitrario el establecimiento de un límite en la indemnización por la pérdida de equipaje, atendido que, si el pasajero no declara el valor del mismo, la compañía aérea no tiene cómo asegurarlo. Se precisó además que era lógico que se limitara el monto de la indemnización por tratarse de una responsabilidad objetiva a todo evento, sin perjuicio que, además, si la persona declaraba y pagaba una determinada suma podía asegurar el valor total del equipaje trasladado⁴⁸.

Por otra parte, se sentenció que no se vulneraban las normas del debido proceso ya que si bien la Convención alteraba las reglas de la carga de la prueba –en el proceso destinado a lograr el pago de todos los perjuicios para el caso en que el pasajero no hubiere declarado el valor de lo transportado- ello no impedía rendir probanzas ni recibir una indemnización.

47 Véase sobre este punto la sentencia Rol N°1288/2009, referida al control preventivo de la ley modificatoria de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. En el pronunciamiento respectivo, el Tribunal da sus razonamientos para concluir la factibilidad de impugnar, vía inaplicabilidad, los preceptos de un tratado.

48 TC, Rol N°1307/2009, 20 de enero del 2011.

V. CRITERIOS HERMENÉUTICOS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En esta materia, el Tribunal ha aplicado los criterios de interpretación constitucional incorporados en su jurisprudencia emanada del control preventivo de los proyectos de ley. A su vez, cabe destacar que ha tenido en consideración la gravedad que supone para un Estado declarar la inconstitucionalidad de una norma de derecho internacional.

Sobre la base de lo anterior, la Magistratura ha explicitado que dos son los criterios hermenéuticos que deben utilizarse al momento de efectuar el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado:

1. Presunción de constitucionalidad

Este criterio consiste en que el Tribunal solo declara la inconstitucionalidad de una norma aprobada por los poderes del Estado, solo cuando llega a la íntima convicción que la pugna entre esa norma y la Constitución es clara y resulta imposible armonizarlas.

2. Interpretación conciliadora

En relación al criterio anterior, se encuentra la interpretación conciliadora que tiene como fuente la doctrina alemana –que el Tribunal ha hecho suya– que acude al principio de la “interpretación amigable con el derecho internacional”. Esto quiere decir que la Magistratura Constitucional debe efectuar los máximos esfuerzos para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución⁴⁹.

49 En relación a los dos criterios enunciados, la Magistratura ha explicitado en su sentencia Rol N°309 del año 2000: “1°. Que para la adecuada resolución del asunto sometido a su consideración, este Tribunal estima conveniente precisar, desde ya, tanto para una debida comprensión de su sentencia, como para evitar repeticiones en cada caso, que en sus razonamientos y decisiones se inspirará en dos principios de hermenéutica jurídica que se indicarán en los motivos 2° y 3°: uno, constantemente recogido por esta Magistratura y avalado por la unanimidad de la doctrina y otro, que si bien se relaciona íntimamente con el anterior, es sustentado, principalmente, por los estudiosos del Derecho Internacional. Lo anterior, naturalmente, no excluye otras reglas de interpretación constitucional a las que se referirá en casos determinados; 2°. Que el primero se ha denominado de “presunción de constitucionalidad” por algunos y “presunción de legitimidad”, por otros, vinculándose estrechamente con el que unos últimos denominan “de conformidad a la Constitución”. Sin

VI. REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD EN LOS QUE SE HA INVOCADO LA VULNERACIÓN A PRINCIPIOS O DERECHOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

En diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional ha invocado disposiciones contenidas en tratados internacionales que establecen derechos esenciales que deben ser respetados por el Estado, por expreso mandato del artículo 5° de la Carta Fundamental.

1. Prisión por Deudas

Se solicitó, en la gestión constituida por el juicio ejecutivo sustanciado ante un Juez del Trabajo, que se inaplicaran los artículos 12 y 14 de la Ley N°17.322 (sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de la institución de seguridad social), por cuanto al permitir aplicar el arresto –como medida de apremio por deudas provisionales– crearían un caso de prisión por deudas, prohibido en los tratados internacionales.

El Tribunal rechazó el requerimiento, estimando que las disposiciones se ajustaban a la Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la prisión por deuda, mientras que en este caso se trataba de obligaciones legales y no civiles, asimilables a deudas alimentarias⁵⁰.

embargo, cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre si y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley. Este principio ha sido constantemente aplicado por este Tribunal como lo evidencian las sentencias dictadas en las causas Roles N°s.257, 271, 293 y 297, entre otras; 3°. Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”.

50 Sentencias Roles N°s.576/ 2006 y 519/2006.

Más recientemente, el TC ha sentenciado que el incumplimiento injustificado de las obligaciones de familia en materia de compensación económica con respecto a la mujer divorciada, importa de suyo y por sí mismo una forma de discriminación omisiva inaceptable, de modo que se dispone la medida de apremio de arresto para corregirla. No calificándola como una forma de prisión por deuda. En tal sentido, se ha indicado que “mediante esa medida de última ratio, se tiende a crear de facto igualdad de oportunidades entre los ex cónyuges y a no perpetuar diferencias arbitrarias entre ambos”. Por consiguiente, consideró “justificada o proporcionada la medida de apremio dispuesta, por lo que la aplicación legal de la misma no vulnera el derecho a la libertad personal y seguridad individual”⁵¹.

2. Derechos del niño

Un grupo de parlamentarios impugnó un proyecto de ley, modificatorio de la Ley N°20.084, que establece el sistema de responsabilidad juvenil de los adolescentes por infracciones a la ley penal, por considerar que infringía lo dispuesto en tratados internacionales. Se resolvió que no se vulneraba el artículo 5° de la Constitución Política, en relación con diversos preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵².

3. Libertad vigilada

Se solicitó la inaplicabilidad de los artículos 17 y 19 de la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, por cuanto permitían al juez revocar el beneficio de libertad vigilada en el evento que el condenado no pagara la indemnización de perjuicios impuesta en la sentencia. Se rechazó la infracción denunciada al artículo 5°, inciso 2°.

Al respecto el Tribunal entendió que: “No advirtiéndose contradicción alguna entre los efectos que produciría la aplicación de los preceptos legales impugnados y la norma de derecho internacional que se alega infringida, resulta inoficioso, un ejercicio puramente teórico, impropio de un Tribunal e inconducente para resolver el libelo, razonar acerca de si una eventual contradicción, que en este caso no se verifica, sería suficiente para inaplicar

51 TC, Rol N°2102/2011.

52 TC, Rol N°786/2007.

el precepto legal. En consecuencia, esta Magistratura no decidirá en esta causa si, a virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el derecho a no sufrir prisión por deudas es uno fundamental que emana de la naturaleza humana y si, por estar contenido en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, es o no apto y suficiente para servir de fundamento para declarar inaplicable un precepto legal”⁵³.

4. Acceso a la información

La Corte de Apelaciones de Valparaíso solicitó la inaplicabilidad del artículo 13, de la Ley N°18.575, por cuanto podría vulnerar el artículo 8, de la Constitución.

El Tribunal rechazó el requerimiento por diversas razones, entre las cuales tuvo en consideración que la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N°19)”⁵⁴.

En relación al mismo principio, el Tribunal rechazó un requerimiento de funcionarios directivos de Televisión Nacional de Chile, quienes impugnaban el artículo décimo, letra h), de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que establece la publicidad de las remuneraciones de quienes ocupen labores directivas superiores. Se tuvo en consideración, en tal sentido, además, una sentencia de la Corte Interamericana de Justicia sobre el acceso a la información⁵⁵.

5. Derecho a la identidad

El conflicto constitucional sometido a la decisión de la Magistratura consistía en que, la aplicación del artículo 206, del Código Civil, a la resolución de la gestión judicial pendiente, eventualmente podía vulnerar la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos

53 TC, Rol N°807/2007.

54 TC, Rol N°634/2007.

55 TC, Rol N°1849/2011.

esenciales que emanan de la naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. El requerimiento fue acogido y el Tribunal expresó que, entre dichos derechos, se encontraba el derecho a la identidad personal, consagrado en diversos tratados internacionales de aquellos que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁵⁶.

En algunos casos, se ha estimado que esta disposición legal sólo importa una infracción a la igualdad ante la ley⁵⁷. Más recientemente, se ha acogido sólo en lo que atinge a la exigencia de que el presunto padre haya debido fallecer dentro del plazo de 180 días posteriores al nacimiento del hijo para que sea procedente la reclamación de la filiación respecto de los herederos de aquél⁵⁸.

6. Derecho a aclaración y rectificación

En otro caso, en el que analizó la naturaleza jurídica del derecho de aclaración y rectificación, el Tribunal Constitucional invoca el artículo 19, N°12, de la Carta Fundamental en conjunto con el artículo 14, de Pacto de San José de Costa Rica, “preceptos que habilitan al legislador para regular su ejercicio, sin afectar la esencia del mismo, ni vulnerar el principio de igualdad”⁵⁹.

7. Protección del trabajo

Finalmente, en una reciente decisión que declara inaplicable una disposición del Código del Trabajo (artículo 26 bis), se estima infringido el derecho a la protección del trabajo que establece el artículo 19, N°16, de la Constitución Política, a la vez que el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre que reconoce la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁰.

Similar criterio se ha empleado respecto del inciso primero del artículo 25, del Código del Trabajo, que señala “y de las esperas que les corresponda

56 TC, Rol N°1340/2009.

57 En tal sentido, Roles N°s.1656/2010, 1537/2010 y 1563/2009.

58 TC, Roles N°2035/2011 y 2105/2011.

59 TC, Rol N°1247/2008.

60 TC, Rol N°1852/2011.

cumplir entre turnos sin realizar labor”, por contravenir también la garantía del artículo 19 N°16 constitucional⁶¹.

El TC ha señalado que, la protección del trabajo se vincula con el deber que el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental impone a los órganos del Estado en el sentido de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁶².

8. Presunción de inocencia

Se ha sentenciado que una determinada disposición legal –el artículo 207 de la Ley del Tránsito– que como consecuencia de dos infracciones graves aplica inmediatamente una medida de suspensión, sin proceso judicial previo, afecta el principio de inocencia, claramente consignado en tratados internacionales suscritos por Chile, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³.

Cabe señalar sobre este punto que, el TC ha declarado que “la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas”.

Ahora bien, se ha puntualizado que en tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”–, en el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” y que “durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas” que enuncia.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se

61 TC, Roles N°s.2110/2011, 2086/2011, 2114/2011, 2182/2012, y 2197/2012.

62 TC, Rol N°1968/2011.

63 TC, Rol N°2045/2011.

presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”⁶⁴.

9. Principio non bis in idem

Nuestra Magistratura Constitucional ha precisado que, aun cuando se estimara que el principio del debido proceso legal, consagrado en nuestra Constitución, no incluye la prohibición de ser juzgado y penado dos veces por un mismo hecho (*non bis in idem*), igualmente ha de entenderse que forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Así resulta pertinente recordar, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, promulgado por Decreto Supremo N°778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, indica, en su artículo 14 N°7, que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. La Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, promulgada por Decreto Supremo N°873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, establece, a su vez, en su artículo 8, N°4, que: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”⁶⁵.

VII. CONVENIO 169 Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se sabe, el artículo 6º, N°1º, letra a), del tratado en estudio establece lo siguiente: “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

64 TC, Rol N°1718/10, en relación con Rol N°793/2007.

65 TC, Rol N°1968/2011.

vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

1. Carácter autoejecutable de la normativa

El TC señaló en su momento que específicamente el artículo 6°, N°1°, letra a), tendría “el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22, de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula ”La facultad de las comisiones –se refiere a las comisiones legislativas– para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado”⁶⁶.

En todo caso, según se dejó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, los preceptos contenidos en el Convenio N°169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no son completamente autoejecutables, teniendo así el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador.

En efecto, el propio Ejecutivo hizo presente que “tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado”.⁶⁷ Por su parte, el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo, recordó que –tal como lo indicó el fallo del Tribunal Constitucional– las disposiciones del Convenio “revisten carácter programático, es decir, que son compromisos del Estado y sus poderes que se comprometen a realizar”, concluyendo que, en consecuencia, “la mayoría de las normas del tratado no son autoejecutables”⁶⁸.

En igual sentido, el Director Jurídico de la Cancillería manifestó que “el Convenio contempla disposiciones programáticas, redactadas como meras aspiraciones, cuya realización debería darse en la medida de lo posible”⁶⁹.

66 TC, Rol N°309/2000, c. 7.

67 ARENAS, Gonzalo (2008), Subsecretario del Ministerio de Planificación, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, p. 33.

68 Ibid., p. 62.

69 Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, 9 de enero del 2008, p. 16.

Resulta esencial de tener presente, pues si bien este mismo Tribunal, en sentencias recaídas en los roles N°s.309 y 1050, ha calificado al artículo 6°, del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como una norma autoejecutable o self-executing, “ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno, de los parámetros conceptuales que ellas contienen. Este margen de discrecionalidad sobre la oportunidad y materia de la consulta puede ser perfectamente delimitado por la experiencia, guías y buenas prácticas que la Organización Internacional del Trabajo ha acumulado a lo largo de los años de vigencia del Convenio N° 169. Así, por lo demás, se desprende del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁷⁰.

2. Debe ejecutarse de buena fe

Del mismo modo, se hizo presente que la consulta a que se refiere el artículo 6°, N°1º, letra a), de la Convención N°169, tiene diferencia con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. En efecto, “si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante estricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N°2º, del mismo artículo 6º, que dice: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”⁷¹.

Debe tenerse presente que el propio Convenio N°169, contempla una norma de clausura, ubicada en su parte novena, “Disposiciones Generales”, que recoge el principio de flexibilidad aplicable a todas sus cláusulas. Su artículo 34º, dispone: “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”⁷².

70 TC, Rol N°2387/2012.

71 TC, Rol N°309/2000, c. 7.

72 Un comité tripartito de la OIT ha establecido que “no hay un modelo único de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas” (cit. en JORGE CONTESE SING Y OTROS,

De esta manera, como también lo ha señalado el TC, para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones. Luego, este principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa, que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual⁷³.

La Corte Suprema ha indicado que este principio de aplicación del tratado necesariamente implica que “para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos”⁷⁴.

Más recientemente, con motivo del Convenio UIPOV, el TC puntualizó que “dado el carácter flexible de las normas de dicho tratado, según se establece en su artículo 34 y es reconocido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su Informe del año 2011 y por el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya, corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios”⁷⁵.

Por lo mismo, se precisa que a la fecha, “el establecimiento de tales mecanismos de consulta, aunque sea en forma provisoria, ha sido solo parcial”. En efecto, el Gobierno ha dictado un reglamento provisorio del artículo 34, de la Ley Indígena N°19.253, mediante Decreto N°124, de MIDEPLAN, de 25 de septiembre del 2009, actualmente en proceso de consulta. A su vez, “el Congreso Nacional está estudiando la materia para perfeccionar el artículo 22, de la Ley N°18.918 o implementar adecuadamente su aplicación vía cambios a sus reglamentos”⁷⁶.

Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación, Ed UDP, 2012, p. 196).

73 TC, Rol N°309/2000, c. 49.

74 CS, Rol N°4078/2010, 14 de octubre del 2010.

75 TC, Rol N°1988/2011, c. 19.

76 TC, Rol N°1988/2011, c. 20.

3. Es una forma de recabar la opinión de los pueblos originarios

El TC ha sentenciado que, al disponer el artículo 6, N°2, del Acuerdo, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, “no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”. En este entendido el precepto “resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental”.

En tal sentido, la Corte Suprema ha sentenciado que el Convenio N°169, sobre Pueblos indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, “un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”. De ello se sigue –concluye– que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella” y ello ha de ser así “por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”⁷⁷.

Por lo mismo, se ha sentenciado que la normativa en análisis del Convenio N°169, sobre Pueblos indígenas “viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible”. En efecto, tal cuerpo normativo “establece para un grupo con una especificidad cultural que le es propia que pueda disponer de un mecanismo de participación que asegure el ejercicio de ese derecho esencial que nuestra Constitución Política consagra en su artículo primero”⁷⁸.

77 CS, Rol N°11.040/2011, 30 de marzo del 2012.

78 CS, Rol N°4078/2010, 14 de octubre del 2010.

4. No debe entenderse como ejercicio de soberanía

Por lo mismo, el TC ha entendido que la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1, del artículo 6º, del Acuerdo remitido no puede, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, “pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5º, de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece”. Del mismo modo, se puntualiza que “la forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución”⁷⁹.

Por lo mismo, la Corte Suprema ha puntualizado que la consulta a los pueblos interesados que prevé el numeral 1º, del artículo 6, del Convenio “tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina”. En efecto, la soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5º, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y “ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. Lo anterior, significa que “los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía. Sí se les reconoce el goce de determinados derechos que quedan comprendidos, como se ha dicho, dentro de los ámbitos que define nuestro texto constitucional”⁸⁰.

Esto también se resaltó en el mensaje del Ejecutivo en relación a la aprobación del Convenio.⁸¹

79 TC, Rol N°1050/2008, c. 13.

80 CS, Rol N°4078/2010, 14 de octubre del 2010.

81 Se señala por el Presidente de la República que: “Esta norma constituye un marco de referencia importante para todo Estado que decida incorporarse al Convenio, dándole un límite claro, por lo menos en lo conceptual, a su aplicación y a sus eventuales efectos en el tiempo. En otras palabras, la intención o el objetivo manifiesto del Convenio es no crear situaciones, no obstante, la reglamentación propuesta, que puedan poner en peligro

De esta forma, el ejercicio de la soberanía nacional debe realizarse solo a través de las elecciones y plebiscitos (en caso de reforma constitucional o en el ámbito municipal), previstos al efecto por la Constitución Política, tal como ya lo señaló dicha Magistratura⁸², y por las autoridades, como en la especie los representantes del pueblo democráticamente elegidos por los ciudadanos, según consignan los artículos 13 y 15 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 47 y 49 de la misma.

Por de pronto, que “se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5°”⁸³.

5. No se trata de un mecanismo vinculante

Se ha sentenciado que la posibilidad de participación que las normas del Convenio entregan a los pueblos indígenas “no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante”.

Tal como se señaló en el Senado cuando se aprobó el convenio, la normativa establece el deber del Estado de “consultar a los pueblos interesados cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y formalizar los mecanismos para que puedan participar

la unidad de los Estados o su integridad territorial. Más aún, podría sostenerse que, en este sentido, al intentar mejorar o superar la posición relativa de ciertos grupos étnicos, el Convenio, está sirviendo de freno a cualquier tendencia separatista, pues propicia una mayor participación de estos pueblos en el quehacer nacional cuando éste los afecte. Un mayor respeto a los particularismos étnicos o culturales facilitará la libre expresión de estos grupos haciendo inconducentes las alternativas separatistas o disociadoras. Este criterio de participación será remarcado en diversas disposiciones tales como los artículos 6° y 7°”.

82 En los autos Rol N°279/1998.

83 TC, Roles N°s. 309/2000, 1050/2008, 2387/2013 y 2523/2013.

libremente en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan. Además, establecer los medios para el desarrollo de sus instituciones e iniciativas y proporcionar los recursos necesarios para este fin. (artículo 6)⁸⁴.

6. Normativa internacional podría importar modificación de la Ley Orgánica del Congreso Nacional

Se agrega que, en efecto, la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que “si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender”⁸⁵.

Así, por lo demás, lo entendió el TC al revisar preventivamente el Convenio Internacional e invocar el artículo 22, de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, puntualizando que “Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente”⁸⁶. De esta manera, se precisa que los preceptos consultados pueden obligar a que, “en la tramitación interna de leyes, resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas, lo que constituye una norma especial modificatoria de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional”⁸⁷. Como señaló la Ministra de la época de Planificación, al responder una inquietud de los honorables senadores acerca de las normas sobre participación contenidas en el Convenio, dijo que

84 Informe de la Comisión de RREE del Senado, 9 de enero del 2008.

85 TC, Rol N°309/2000, c. 49.

86 TC, Rol N°1050/2008, c. 6.

87 TC, Rol N°1050/2008, c. 12.

“éstas facilitarán la integración indígena a la sociedad chilena pues abren canales legales e institucionales en los ámbitos en que su intervención se estima pertinente”⁸⁸.

Asimismo, se ha sostenido, que “la auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele.” Y que “es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento”⁸⁹.

Por lo mismo, reitera a los órganos colegisladores, una vez más, tal como lo hizo en la sentencia Rol N°2387/2013, la “necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta” a que se refiere el Convenio N°169, “en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto del 2000 (Rol N°309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio del 2011 (Rol N°1988).” (STC Rol N°2387/2013). Porque “sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro”⁹⁰.

7. En suma, no importa modificación constitucional

De esta forma, se concluye, que los “pueblos indígenas”, entendido como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, en todo caso “no se encuentran dotadas

88 Ministra Alejandra Kraus, en Informe de la Comisión de RREE del Senado, 9 de enero del 2008.

89 TC, Rol N°2387/2013.

90 TC, Rol N°s.2387/2013 y 2523/2013.

de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”⁹¹.

De este modo, se afirma que las disposiciones del Convenio N°169, son suficientemente claras como para concluir que “los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas”⁹².

En el mismo sentido, la Corte Suprema puntualiza que las normas antes transcritas demuestran que la participación consultiva contemplada en el Convenio “no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen”⁹³.

En tal sentido, debe tenerse presente que, tal como se señaló en el Senado, durante la aprobación del acuerdo: “El Convenio respecto del cual corresponde pronunciarse a esta Corporación tiene dos finalidades principales: por una parte, establece un marco legal de protección en beneficio de los pueblos tribales e indígenas en países independientes y, por otra, fija normas especiales aplicables a las etnias en diversas áreas, tales como, laboral, educacional, salud y de procedimiento judicial, entre otras. En todo caso, tales preceptos no podrán contravenir la legislación nacional ni el régimen de garantías constitucionales”⁹⁴.

Incluso, ciertos autores han sostenido que concebir el derecho de consulta como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana “es un error”⁹⁵, en atención a sus características imprecisas.

De esta manera, “Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango

91 TC, Rol N°309/2000, c. 44.

92 TC, Rol N°309/2000, c. 46

93 CS, Rol N°4078/2010, 14 de octubre del 2010.

94 Informe de la Comisión de RR.EE del Senado, 9 de enero del 2008.

95 Lucas Sierra, “*El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, notas para su implementación en Chile*”, en Jorge Contesse, ob. cit., p. 231.

constitucional, podría simplemente procederse a rechazar los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra –artículo 6° del aludido Convenio– que no tiene rango constitucional”⁹⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- Cea Egaña, J., (1999). *Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional*. Exposición efectuada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados.
- Cea Egaña, J., (2008). *Derecho Constitucional Chileno* (Chile. Ediciones UC).
- CONTESSÉ SING, Jorge y otros (2012). *Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación*, (Chile. Ed UDP).
- Cumplido Cereceda, F., (1996). *Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales*. Revista Chilena de Derecho, vol. 23.
- Evans de la Cuadra, E., (1999). *Los derechos constitucionales*. (Chile. Editorial Jurídica de Chile).
- García, A., (2010). *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales, según la nueva Ley Orgánica*. Revista de Derecho Público N°72.
- LLanos Mancilla, H., *Los Tratados y la Reforma Constitucional*, en “La Constitución Reformada de 2005”.
- Medina Quiroga, C., (1996). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, en sistema jurídico y derechos humanos. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 6, Universidad Diego Portales, Chile.
- Mohor, S., y Fiamma G., (1994). *La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales*”. Revista de Derecho Público 55/56.
- Navarro Beltrán, E., (2005). *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público 68.
- Nogueira Alcalá, H., (2005). *La reforma constitucional de 2005 a los artículos 50 N° 1 y 82 de la Constitución en materia de tratados internacionales*, en La Constitución Reformada, (Editorial Librotecnia).

96 TC, Rol N°2387/2012.

- Nogueira Alcalá, H., (2007). *Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*. Revista Estudios Constitucionales, año 5, N°1.
- Nogueira Alcalá, H., (2009). *Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido respetuoso de la Constitución o poder constituyente en sesión permanente?*, en Estudios Constitucionales, Año 7, N°2. Universidad de Talca.
- Nuñez, M., (2011). *Las representaciones internas del derecho Internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en obra colectiva Jurisprudencia Constitucional destacada.
- Ribera Neumann, T., (2009). *Constitución y Tratados*, Universidad Autónoma de Chile.
- Ribera Neumann, T., (2007). *Incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno*. Revista de Derecho Público. Tomo I.
- Ribera Neumann, T., (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5, N°1.
- RIVEROS MARÍN, Edgardo., y otros. “*Un fallo del TC sujeto a la crítica*”.
- SIERRA I, Lucas. *El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, notas para su implementación en Chile*, en Jorge Contesse.
- Silva Bascuñán, A., (1997). *Tratado de derecho constitucional*. (Chile, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile).
- Silva Bascuñán, A., (1989). *Reformas sobre Derechos Humanos*. Revista Chilena de Derecho, volumen 16, Universidad Católica de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CS, Rol N°4078/2010.
- CS, Rol N°11040/2011.
- TC, Rol N°46/1987.
- TC, Rol N°279/1998.
- TC, Rol N°288/1999.
- TC, Rol N°309/2000.
- TC, Rol N°311/2000.
- TC, Rol N°312/2000.

TC, Rol N°346/2002.
TC, Rol N°383/2003.
TC, Rol N°519/2006.
TC, Rol N°531/2006.
TC, Rol N°551/2006.
TC, Rol N°553/2006.
TC, Rol N°572/2006.
TC, Rol N°576/ 2006.
TC, Rol N°586/2006.
TC, Rol N°634/2007.
TC, Rol N°786/2007.
TC, Rol N°793/2007.
TC, Rol N°807/2007.
TC, Rol N°830/2007.
TC, Rol N°1050/2008.
TC, Rol N°1247/2008.
TC, Rol N°1288/2008
TC, Rol N°1307/2009.
TC, Rol N°1315/2009.
TC, Rol N°1340/2009.
TC, Rol N°1415/2009.
TC, Rol N°1483/2009.
TC, Rol N°1504/2009.
TC, Rol N°1563/2009.
TC, Rol N°1537/2010.
TC, Rol N°1656/2010.
TC, Rol N°1718/2010.
TC, Rol N°1818/2010.
TC, Rol N°1832/2010.
TC, Rol N°1891/2011.
TC, Rol N°1898/2011.

TC, Rol N°1988/2011.

TC, Rol N°1849/2011.

TC, Rol N°1852/2011.

TC, Rol N°1968/2011.

TC, Rol N°2035/2011.

TC, Rol N°2045/2011.

TC, Rol N°2086/2011.

TC, Rol N°2102/2011.

TC, Rol N°2105/2011.

TC, Rol N°2110/2011.

TC, Rol N°2114/2011.

TC, Rol N°2182/2012.

TC, Rol N°2197/2012.

TC, Rol N°2353/2012.

TC, Rol N°2387/2012.

TC, Rol N°2523/2013.

TC, Rol N°2789/2015.

TC, Rol N°2813/2015.

Otros documentos citados

ARENAS, Gonzalo (2008). Subsecretario del Ministerio de Planificación, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado.

Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno.

Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, 9 de enero de 2008.

KRAUS, Alejandra (2008). Ministra, en Informe de la Comisión de RREE del Senado, 9 de enero del 2008.

LA CONSULTA INDÍGENA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y SU REGLAMENTACIÓN

THE INDIGENOUS CONSULTATION IN ILO CONVENTION 169 AND ITS REGULATIONS

MARÍA LUISA BALTRA VERGARA¹

Resumen: El presente trabajo hace una revisión de la normativa interna indígena existente, en torno al Convenio 169, y posteriormente hace un análisis de la regulación del proceso de consulta indígena. Cuyo objeto es plantear algunos aspectos a considerar respecto del proceso de consulta.

Palabras claves: Consulta indígena. Convenio 169. Pueblos indígenas. Medidas administrativas y legislativas.

Abstract: The present work makes a revision of the existing indigenous internal normative, around the Agreement 169, and later it makes an analysis of the regulation of the process of indigenous consultation. Whose purpose is to raise some aspects to consider regarding the consultation process.

Key words: Indigenous consultation. Convention 169. Indigenous peoples. Administrative and legislative measures

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Gabriela Mistral. Magíster en Derecho de Minería, Universidad de Atacama. Autora de diversas publicaciones especializadas en Derecho Minero y de Aguas. Profesora de Régimen Legal de los Recursos Naturales.

I. INTRODUCCIÓN

La ratificación que hiciera Chile del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ha generado situaciones que, en su momento, no fueron pensadas y analizadas con profundidad. Si bien fue aprobado por unanimidad en el Congreso, ello fue consecuencia de un compromiso que había asumido el Presidente Patricio Aylwin Azócar durante su mandato. Sin embargo, el proyecto se mantuvo en el Congreso desde el año 1992, sin que hubiese intención de revisar su tramitación para que pasara a ser ley de la República. Solo en el primer mandato de la Presidente Michelle Bachelet Jeria se dio celeridad a su tramitación y, con fecha 15 de septiembre del 2008, habiendo sido aprobado por unanimidad en el Congreso, se depositó en las oficinas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hecho con el que se deja constancia de su ratificación, y dando lugar a su entrada en vigencia como Ley de la República un año después.

Quiero aclarar, que no estoy en contra de la ratificación del Convenio sino que es posible observar la fragilidad del análisis que se hiciera en el parlamento de sus normas, considerando que aquellas no son autoejecutables y que requieren de reglamentación adicional para su aplicabilidad la que, hasta la fecha, no ha sido completada en su totalidad y menos aplicada, provocando que existan situaciones que aún no están reguladas y que, además, han generado entre los pueblos originarios el sentimiento que ha sido poco lo que ha cambiado.

Sin mayores pretensiones, este trabajo se realizó en el contexto del seminario sobre la legislación indígena que desarrolló la Universidad Finis Terrae y solo tiene por objeto plantear algunos aspectos a considerar respecto del proceso de consulta.

II. NORMATIVA APLICABLE

A objeto de entender cómo funciona la normativa indígena en torno al Convenio, debemos realizar una revisión previa de la normativa antes de su entrada en vigencia, para lo cual, es necesario tener presente algunas normas de la Constitución Política y de la Ley N°19. 253.

a) Constitución Política de la República

En cuanto a la Constitución Política, conforme ha lo dispuesto en el artículo 5º, y no existe duda al respecto, se dispone que la soberanía reside esencialmente en la Nación. Asimismo, se reconoce que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificado por Chile y que se encuentren vigentes. Dentro de estos tratados, se encuentre el Convenio 169, el que contiene normas que, de alguna manera ya permitían a los pueblos originarios tener mecanismos de protección. En efecto, en la propia Constitución Política en la medida, que tienen el carácter de personas, ya se encuentran protegidos a través del artículo 19, sin perjuicio de las normas generales que regulan el ordenamiento jurídico interno, especialmente la ley indígena, los tratados y convenios ratificados por Chile.

Incluso, en atención a disposiciones específicas que existen respecto de los pueblos indígenas por aplicación de tratados internacionales, convenio o legislación interna vigente, algunos podrían considerar que se encontrarían en una situación de privilegio respecto de otras personas, que no contarían con los mismos derechos.

b) Ley N° 19.253, ley indígena

En 1993 fue dictada la Ley N°19.253², que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, las que podrían haberse considerado como suficientes para resguardar aspectos vinculados a las tradiciones y costumbres de los pueblos originarios, sumadas a las disposiciones constitucionales y legales que regulan nuestro ordenamiento jurídico según decíamos con anterioridad.

La Ley, en su artículo 1º, plantea que el Estado reconoce que los indígenas en Chile son descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal

2 Diario Oficial de 5 de octubre de 1993.

de su cultura. Asimismo, señala en su inciso 2º, que 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 en el norte del país, las comunidades Kawaskhar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes³. Además, plantea que el mismo Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

Finaliza el artículo, disponiendo en su inciso 3º, que es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. Todo lo anterior, se encuentra regulado para toda persona dentro de nuestra legislación.

La estructura de la Ley Indígena⁴, permite distinguir 8 títulos, un título final y disposiciones transitorias, contemplando los distintos temas que a las etnias preocupa.

- 3 Las etnias indicadas son las que hoy aparecen reconocidas en la ley. Inicialmente algunas de ellas, como la Diaguita, no estaba contemplada.
- 4 El contenido de la ley indígena se encuentra dividido de la siguiente forma: Título I: De los indígenas, sus culturas y sus comunidades. Párrafo 1º Principios Generales (art. 1º), Párrafo 2º De la calidad de Indígena (arts. 2º al 6º), Párrafo 3º De las Culturas Indígenas (arts. 7º y 8º) y Párrafo 4º De la Comunidad Indígena (arts. 9º al 11); Título II: Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas. Párrafo 1º De la protección de las tierras indígenas (arts. 12 al 19), Párrafo 2º Del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas (arts. 20 al 22); Título III: Del desarrollo indígena: Párrafo 1º Del Fondo de Desarrollo Indígena la protección de las tierras indígenas (arts. 23 al 25) Párrafo 2º De las Áreas de Desarrollo Indígena (arts. 26 y 27); Título IV: De la cultura y educación indígena Párrafo 1º Del reconocimiento, respeto y protección de las Culturas Indígenas (arts. 28 al 31) Párrafo 2º De la Educación Indígena (arts. 32 y 33); Título V: Sobre la participación. Párrafo 1º De la participación indígena (arts. 34 y 35) Párrafo 2º De las Asociaciones Indígenas (arts. 36 y 37); Título VI: De la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Párrafo 1º De su naturaleza. Objetivos y domicilio (arts. 38 al 40). Párrafo 2º De la organización (arts. 41 y 42). Párrafo 3º De las Subdirecciones Nacionales, de las Direcciones Regionales y de las Oficinas de Asuntos Indígenas (arts. 45 a 49). Párrafo 4º Del patrimonio (arts. 50 y 51). Párrafo 5º Del Personal (arts. 52 y 53); Título VII: Normas especiales de los procedimientos judiciales. Párrafo 1º De la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia (art. 54). Párrafo 2º De la conciliación y del procedimiento judicial en los conflictos de tierras (arts. 55 y 59); Título VIII: Disposiciones particulares. Párrafo 1º Disposiciones particulares (arts. 60 y 61). Párrafo 2º Disposiciones particulares complementarias para los Aymaras, Atacameños y demás comunidades indígenas del norte del país (arts. 62 a 65). Párrafo 3º Disposiciones particulares complementarias referidas a la etnia Rapa Nui o Pascuense (arts. 66 a 71). Párrafo 4º Disposiciones particulares complementarias referidas a los indígenas de los canales australes (arts. 72 a 74). Párrafo 5º Disposiciones particulares para los indígenas

La ley es perfectible, siempre es necesario revisar y adecuar la normativa a las necesidades y a la evolución y el desarrollo que plantean respecto de las materias que regula. Lo importante es que esta revisión se realice de manera adecuada, ordenada y con cierta lógica, de manera de evitar que existan contradicciones entre diversas normas o bien que, con miras a que aparentemente se exprese de una forma clara la norma, en definitiva, produzca una situación más bien de conflicto que por regla general, deberá ser resuelta en materia de interpretación por los tribunales.

En lo que nos interesa, para efecto de esta presentación, debemos contemplar tres temas que contiene la ley indígena: el primero, está relacionado con el valor que se da a la costumbre, el segundo, el concepto de áreas de desarrollo indígena y el tercero, con la participación indígena.

Respecto de la costumbre, encontramos un reconocimiento a ella en el artículo 54 de la ley, al referirse a la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.

En materia penal, el citado artículo señala que la costumbre se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

En cuanto a la forma de probar la costumbre en juicio, la norma plantea que podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la CONADI a requerimiento del tribunal.

Finalmente, agrega una norma dirigida al juez, en el sentido que, si aquel está encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna, debiendo al efecto hacerse asesorar por un traductor idóneo, el que será proporcionado por la CONADI.

Por su parte, en lo que se refiere a áreas de desarrollo indígena, la ley en su artículo 26, señala que son espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo

urbanos y migrantes (arts. 75 a 77); Título Final (arts. 78 al 80), y Disposiciones Transitorias (arts. 1º a 16).

armónico de los indígenas y sus comunidades, y que para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios: a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

Estos terrenos junto con las tierras indígenas pueden ser objeto de conflicto en cuanto se pretenda, por ejemplo, desarrollar una actividad o proyecto que pueda impactar ambientalmente el sector o bien pueda ser objeto de decisiones a nivel legislativo o administrativo que pudieren afectar el desarrollo de la comunidad.

El tercer tema que nos interesa en la participación indígena que en la ley N°19.253 está tratado en los artículos 34 y siguientes.

Al respecto, el referido artículo 34, plantea 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. Y agrega que, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

Ya en el año 1993 la ley contemplaba la necesidad de buscar mecanismos para escuchar a los pueblos indígenas. Si bien, no se refería a ellos con el término de consulta, claramente se trataba de ella, para lo cual se dictó el Decreto Supremo, en adelante, DS N°124, de 4 de septiembre del 2009, del Ministerio de Planificación que reglamentaba el artículo 34 de la Ley N°19.253, a fin de regular la participación de los pueblos indígenas.

En el mismo contexto, el artículo 35, en lo referente a la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, considera la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, tienen a su cargo determinar en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las comunidades indígenas.

En cuanto a otros reglamentos para dar cumplimiento a las normas de la Ley Indígena, se dictaron el DS N°150, del Ministerio de Planificación y Cooperación que fija el Reglamento sobre Organización y Funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas⁵. Asimismo, se dictó el DS N°395, del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprobó el Reglamento sobre Fondo de Tierras y Aguas Indígenas⁶.

c) Convenio N° 169, de la OIT

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, nace en 1989 como consecuencia de la Conferencia Internacional del Trabajo convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en Ginebra. Si bien, ya existían normas internacionales en el Convenio y en la Recomendación sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, en atención a las experiencias y circunstancias que los nuevos tiempos contemplaban, tales normas no eran lo suficientemente protectoras de las personas a las cuales congregaba. Ello, sumado a los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación, se consideró que era necesario efectuar una actualización en la normativa y reglas, lo que derivó en el Convenio.

No es extraño, entonces, que quedara de manifiesto el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos en cuanto a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, siempre dentro del marco de los Estados en que viven. Lo anterior, complementado con la contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales, marcaba un nuevo desafío en continuar esa colaboración, por lo que las disposiciones del Convenio 169 podían ser un buen nexo para promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones.

Respecto a la ratificación del Convenio, a la fecha ha sido ratificado por países, especialmente latinoamericanos, entre los que se encuentra Chile.

5 *Diario Oficial* de 17 de mayo de 1994.

6 *Diario Oficial* de 17 de mayo de 1994.

Respecto a la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten respecto del Convenio, el artículo 34, señala que deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, como también, según versa el artículo 35, la aplicación de las disposiciones del Convenio no deben menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales. Esto último, lleva a los países a analizar los tratados e instrumentos sobre derechos de la persona humana, ratificados y vigentes, así como la legislación nacional, Constitución Política, Códigos Civil, del Trabajo, etc., para lo cual, deberían constituirse equipos especializados y, en definitiva, determinar bajo qué parámetros se ratifica el convenio, en el sentido de determinar la necesidad de excluir o no disposiciones del mismo que puedan contradecir la normativa interna del estado que lo ratifica.

Sobre la ratificación, la formalidad es comunicarla, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. En efecto, en el artículo 38, se indica que el Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General y entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

En cuanto a la duración del Convenio, el artículo 39, da la posibilidad que todo miembro que haya ratificado este Convenio pueda denunciar su expiración de un período de 10 años⁷, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que haya sido registrado.

Asimismo, todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de 10 años, mencionado en el párrafo precedente no haga uso del derecho de renuncia previsto en este

7 Llama la atención que al leer sobre el Convenio o escuchar defensas del mismo, los autores o sus defensores no hacen mención al hecho que el Convenio tiene una duración de 10 años, ratificable, pero con una regulación especial para ello. Lo anterior significa que, en el año 2018, el Gobierno de turno tendrá que evaluar si se pretende continuar con el Convenio, situación que puede ocasionar diversos tipos de efectos, más de tipo político y hacer la propuesta al congreso si su intención es no mantenerlo. En todo caso, considerando los demás tratados y convenios ratificados por Chile y el estado actual de la legislación nacional, existen los mecanismos de defensa necesarios y suficientes para que los pueblos originarios puedan velar por sus intereses en el evento que no se ratificara el Convenio.

artículo quedará obligado durante un nuevo período de 10 años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de 10 años, en las condiciones previstas en el artículo 39. Dentro de lo mismo, el artículo 40, dispone que el Director General de la OIT notificará a todos los miembros de la Organización, el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización. Al realizar la notificación a los miembros de la Organización el registro de la segunda notificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Estados miembros sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Finalmente, en esta materia el artículo 41, expresa que el Director General comunicará al Secretario General de la ONU los efectos del registro y de conformidad con el Art. 102⁸, de la Carta Constitutiva de la ONU, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Se puede observar, en otro aspecto, que el Convenio realiza declaraciones que van más allá del rol que la Oficina Internacional del Trabajo puede tener al entregar directrices que sobrepasan el aspecto netamente laboral y, por el contrario, se encuentra integrado por diversas normas que permiten regular las situaciones de los pueblos originarios y tribales, en donde mención especial debe efectuarse a la importancia que entrega a la costumbre.

En efecto, el artículo 8º plantea que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Asimismo, señala que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Asimismo, agrega que, siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para

8 El artículo 102, de la Carta Constitutiva de la ONU dispone lo siguiente: 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas. Es decir, el instrumento no registrado es inoponible ante el Sistema de las Naciones Unidas, tanto a nivel universal como regional. La Organización (u “Oficina”) Internacional del Trabajo, es Agencia especializada de las Naciones Unidas, al igual que la UNESCO y la OMS.

solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio, lo que de alguna manera estaba reflejado en la Ley Indígena y en las normas generales en materia de procedimientos.

Finalmente, el Convenio expresa que la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Como veremos más adelante, para efectos de la materia objeto de esta presentación, se suscitará un problema básico de orden cultural; siendo en ocasiones tan diferente el nivel entre los pueblos indígenas y tribales respecto de aquel de la población nacional propiamente tal, por lo que puede ser extremadamente difícil, por no decir imposible, cumplir esta normativa que, por lo demás es extremadamente vaga e imprecisa en su redacción.

En materia penal, también dentro del contexto de la costumbre, el artículo 9º, dispone que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, a lo cual, agrega que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Esto último, la expresión “tener en cuenta las costumbres”, no significa aplicación por parte del juez de las normas con fuerza, sino que debe entender que existen ciertas creencias y tradiciones que en circunstancias normales podrían revestir el carácter de tipo penal (delito o cuasidelito). En todo caso, ello no significa que no deba sancionarse el actuar contrario a la ley y que se enmarque dentro de un tipo penal. Esto ya estaba consagrado en la ley indígena, por lo que no presenta una novedad el Convenio en esta materia.

Así, conforme lo indica el artículo 10, cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Lo anterior, es necesario tenerlo presente junto con lo dispuesto en el artículo 11, en cuanto la ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Al ser ratificado el Convenio es considerado como ley, razón por la cual debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico interno en términos que no se produzcan contradicciones. Es por ello, que el artículo 2º del referido Convenio, plantea la necesidad que los gobiernos asuman la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Para ellos, de acuerdo con la intención de la OIT, las acciones que se inicien deben necesariamente contar con la participación de los pueblos interesados, conforme lo indica en el Manual para los mandantes tripartitos de la OIT titulado “Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)”⁹.

Para la realización de esta acción, el Convenio ha señalado la necesidad que dentro de las medidas que se tomen se asegure a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; se promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; se ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

La tarea de coordinar estas acciones requiere que el Gobierno adecue la legislación interna al contenido del tratado, obligación que solo puede producirse de manera paulatina en el tiempo, proceso que no es fácil y que puede resultar largo en el tiempo, en atención a las materias de que se trata y las características de cada una de las etnias que puedan verse involucradas.

Así, en la implementación, el Gobierno debe observar lo que dispone el artículo 4º, del Convenio en cuanto deben las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Ahora bien, el artículo 4º, plantea que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. Finalmente, expresa que el goce sin discriminación de los derechos generales

9 El referido manual fue preparado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, dentro del Programa para promover el Convenio 169.

de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Esto último plantea una situación de difícil implementación toda vez que tratar de armonizar, en la legislación, el derecho político emanado de la ciudadanía con las tradiciones de los pueblos indígenas que puede dar a origen a situaciones difícilmente conciliables. Ello por cuanto, el deseo de los pueblos interesados, como plantea la norma, debe necesariamente estar centrado dentro del marco jurídico que nos regula y no dentro de una normativa que crea o distingue situaciones de privilegio entre las personas.

Más aún si el artículo 6º, plantea que al aplicar las disposiciones del presente Convenio, el Gobierno debe 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; establecer mecanismos de participación libre de los pueblos interesados; establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Tan clara resulta la participación que en la implementación de las medidas gubernamentales corresponde a los pueblos indígenas, toda vez que el artículo 7º, plantea que deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Agrega, deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

En este artículo de alguna manera se refleja la “conciencia” de la identidad indígena a que alude el artículo 1º, más aún cuando el número 2º del artículo 7º, considera que debe priorizarse y promoverse en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan, el mejoramiento de las condiciones de vida, de trabajo, del nivel de salud y de educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, entregando en el número 3, la responsabilidad al gobierno de velar porque se efectúen estudios y sus conclusiones se consideren como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades que incidan en lo social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.

Además, en el numeral 4 del artículo 7º, se plantea que los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Sin embargo, es necesario reiterar que las disposiciones descritas con anterioridad no son obligatorias, sino que declaraciones que habrá que tratar de armonizar, en el sentido que el Estado, debe velar que por una parte tengan el espacio para ser oídos, pero que las decisiones que se tomen sean armónicas con el contexto legal y de estado de derecho que se tiene.

Además, de acuerdo a lo que se observa el artículo 7º, las consultas no están referidas a todas las decisiones que se toman a nivel de Estado, sino que en aquellos casos en que organismos de la administración del Estado y el Congreso, dejando fuera las decisiones que tome el Poder Judicial que, en todo caso, al dictar sentencia debe considerar las actuaciones propias de la costumbre de los pueblos originarios.

III. REGULACIÓN DEL PROCESO DE LA CONSULTA INDÍGENA

Con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, se hizo necesario dictar el Decreto N°66, que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, en virtud del artículo N°1, letra a) y N° 2, del Convenio 169 y deroga normativa que indica,¹⁰ refiriéndose en este último caso, al Decreto Supremo N° 124 de 2009, antes señalado.

Sobre este último, dentro de los considerandos del Decreto Supremo N°66, se expresaba el que si bien contemplaba el procedimiento, las etapas mínimas que debe contemplar todo proceso de consulta, los plazos y la identificación de los intervinientes se consideró que sus normas no eran suficiente y por ello, se consideró necesario evolucionar, para lo cual un primer paso era la dictación de un reglamento, pero debía entenderse parte del compromiso asumido por Chile para mantener un diálogo permanente y continuo, con los pueblos indígenas, lo que permitiría un mayor conocimiento recíproco para seguir construyendo confianzas y alcanzar consensos respecto de aquellas medidas susceptibles de afectarles directamente.

10 El Reglamento fue publicado en el *Diario Oficial* 4 de marzo del 2014.

El reglamento de la consulta contempla 2 artículos permanentes y un artículo transitorio. En el artículo primero, justamente es el que aprueba el reglamento en sí y consta de tres títulos que contienen los 19 artículos que lo componen¹¹, mientras que el artículo segundo, deroga el antiguo DS N°124. Por su parte, el artículo transitorio se refiere a la substanciación y ritualidad de los procesos de consulta iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa, se regirán por las normas del presente reglamento contenido en el Decreto N° 66, una vez publicado. Y agrega que, para dicho efecto los procesos ya iniciados deberán homologar la etapa en que se encuentren a la etapa que corresponda definida en este reglamento, respetando todo lo obrado previamente y adoptando los cambios que sean necesarios desde la etapa que se encuentren en adelante.

En cuanto al objeto del reglamento, el artículo 1º, especifica qué es dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza del procedimiento establecido en el reglamento por parte de los órganos señalados en el artículo 4º, del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6, N°1, letra a) y N°2 del convenio N°169 de la OIT, los tratados internacionales ratificados por Chile que versen sobre la materia que se encuentran vigentes y de conformidad a la Constitución Política de la República de Chile.

A fin de que no existan dudas, el artículo 2º del reglamento define la consulta como un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II, del Reglamento.

Esta norma es necesario relacionarla con el artículo 4º, del mismo reglamento, en donde se indica a qué órganos se aplica y especifica que será a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. En este sentido, en la medida que las decisiones que se tomen en alguno de estos órganos pudiesen afectar a los pueblos indígenas necesariamente deberán cumplir con la realización del trámite de consulta, pero no especifica que

11 Título I: Disposiciones generales (arts. 1 a 11); Título II: Principios de la consulta (arts.9 a 11), y Título II: Del procedimiento de consulta (arts. 12 a 19).

deban atenerse al resultado de la misma para la validez de la resolución o decreto que se dicte.

Respecto de los órganos constitucionalmente autónomos, el artículo 4° plantea que podrán sujetarse a las normas del reglamento de consulta no siendo obligatorio para ellos realizarla, salvo cuando deban someterse al mismo por señalarlo la legislación vigente.

Ahora bien, el artículo 4°, debe relacionarse directamente con el artículo 7°, del Reglamento pues en él se determinan las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y que servirán de parámetro a la autoridad para saber cuándo deberán consultar a los pueblos indígenas

Así, se especifica que los órganos de la Administración del Estado deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Para que no existan dudas, qué se entiende por este tipo de medidas, el artículo 7°, las define. Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Si bien el Reglamento no define que se entiende por impacto significativo, sin embargo, la interpretación a la luz de la misma es amplia, pues no sólo puede afectarse la calidad de pueblo indígena sino aspectos propios de su cultura, tradiciones e incluso sus tierras. Consecuencia de lo anterior, a nivel de poder ejecutivo cualquier intención de promover legislación que pudiese afectar en los términos señalados requiere de la consulta, lo que puede producir un retraso importante en las propuestas legislativas que deban hacerse a objeto que, luego, no se vicie la actuación por no haber cumplido con el trámite.

Dentro de estas medidas se incluyen anteproyectos de ley y de reforma constitucional, lo que significaría que, al presentar a tramitación los proyectos, previamente deben haber pasado por el trámite de consulta y en los considerandos debiera hacerse mención a éste. Si observamos proyectos de ley presentado por mensaje del Presidente de la República o mociones donde luego desde el Ejecutivo se hicieron indicaciones modificando el proyecto inicial, como ocurre por ejemplo, con la reforma al Código de Aguas,

debiesen tales proyectos haber pasado por el trámite de la consulta. En efecto, siguiendo el ejemplo del proyecto de reforma al Código de Aguas, donde se pretende fijar un plazo de duración a los derechos de aprovechamiento de aguas, esto afectaría también a los pueblos indígenas respecto de los derechos de aprovechamiento que adquiera para ellos la CONADI. Si bien, la intención es mantener en el status actual los derechos de aprovechamiento de aguas ya existentes, si podría afectar a las futuras adquisiciones que se hicieran de derechos de aguas, los que se entregarían por un tiempo determinado, dependiendo de las características del mismo.

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

Como se puede observar, el artículo 7º, también es amplio y consecuencia de ello, las autoridades deben estar muy conscientes, cada vez que deban tomar decisiones reflejadas en actos administrativos que será necesario evaluar si la decisión de que se trae, cae dentro del contexto que tal artículo plantea, a objeto de no correr el riesgo de que pueda invalidarse el acto por no haber llevado a efecto la consulta. Si bien la norma permite un margen de discrecionalidad de la autoridad, los órganos de la administración deben poner todo de su parte a objeto de lograr acuerdos u obtener consentimientos, aun cuando, en la práctica, esto no es obligatorio que se deba llegar a un consenso.

Por razones que se explican por sí mismas, el artículo 7º, plantea que las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Respecto de actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica, según indica el referido artículo 7º, se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar. Lo anterior se explica por si solo toda vez que el sistema

administrativo no funcionaría en evento de tener que estar consultando cada vez que fuere necesario realizar un acto dentro de los procedimientos.

Aun cuando el artículo 7º, indica que las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.

Debemos recordar que para efectos de la consulta, queda establecida solo para aquellos casos en que sean susceptibles de ser afectados respecto de decisiones que pueda tomar la administración del Estado con excepción, entonces, de aquellas que se indicaron más arriba, en especial las que competen al Poder Judicial y a los tribunales especiales que no forman parte de aquel, sin perjuicio que en sus fallos deberán considerar aspectos propios de la costumbre de la etnia de que se trate.

Importante para los resultados y que no exista vicio que pudiese dejar sin efecto alguna resolución o decreto, es lo dispuesto en el artículo 3º, respecto al cumplimiento del deber de consulta, en el sentido que el organismo responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en el reglamento, lo que también se observa en el artículo 7º, cuando se refiere a las medidas administrativas que deben tomarse en los casos que contempla la norma.

Sin perjuicio de lo que hemos indicado, mención especial tiene el artículo 8º, del reglamento, que se refiere a las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En conformidad a lo que señala el artículo 10, de la ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, deben ingresar al Sistema de Calificación Ambiental (SEIA) todas las actividades que están indicadas en el referido artículo a objeto de obtener una resolución de calificación ambiental del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y los permisos ambientales sectoriales (PAS) que cada actividad o proyecto requieran en particular.

El ingreso al SEIA puede ser por Declaración de Evaluación Ambiental (DIA) o por Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Si es por uno u otro, dependerá

si la actividad o proyecto contempla una o varias de las circunstancias y características que plantea el artículo 11 de la ley, debiendo en este caso, iniciar la tramitación a través de un Estudio.

El procedimiento del SEIA tiene su regulación básica en la propia Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, pero el detalle de tramitación y los aspectos específicos según el proyecto o actividad, se regulan en el Decreto N°40 de 2013, que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental.

Con las modificaciones introducidas a la ley N°19.300 en 2010, se hicieron adecuaciones importantes al SEIA, especialmente en lo que dice relación con la Participación Ciudadana, esto es, instrumento de gestión ambiental que da oportunidad de hacer observaciones a los proyectos que pueden producir o se considera que puedan producir impacto y por tanto, no debieran obtener la resolución de calificación ambiental. Quienes pueden hacer observaciones son las personas en general, grupos intermedios, instituciones privadas, ONG, en definitiva, cualquier persona o institución que se pudiere sentir vulnerada en este ámbito.

Inicialmente, se consideró que los pueblos indígenas respecto de los proyectos sometidos al SEIA tenían la oportunidad de hacer sus observaciones dentro del contexto de Participación Ciudadana. Sin embargo, y en atención a lo dispuesto en el artículo 8º, del reglamento de consulta indígena, los proyectos o actividades que ingresen al SEIA y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en la ley N°19.300 y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16, del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

Además de realizar el proceso de consulta, se exige que el proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11, de la ley N°19.300.

Asimismo, el artículo 8º, agrega que para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos que describe el artículo 14, del Decreto N°66.

Sobre el particular, es necesario hacer una mención especial que se contempla en el artículo 85, del Decreto N°40, que, según decíamos, establece el

Reglamento del SEIA, en el sentido de regula cómo debe hacerse la consulta a los pueblos indígenas., en el sentido que el Servicio de Evaluación Ambiental establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, señala que en el proceso de consulta participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

Como solo participan en la consulta aquellos que en virtud del Convenio y de la ley N°19.253, tengan la calidad de indígena, el artículo 85, plantea que en caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N°19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente, buscando así evitar acciones oportunistas que escapen del contexto que la consulta implica, que incluso, por aplicación de la ley podrían dar lugar a delito y sanciones penales.

El artículo 86, del Decreto N°40, plantea la posibilidad de reunirse con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas cuando proyectos o actividades se sometan al sistema a través de un Estudio de Impacto Ambiental y en donde se indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 85, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio, realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36, del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Si el proyecto o actividad se somete a evaluación a través de una Declaración de Impacto Ambiental y se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, también el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde. El

Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Finaliza el artículo indicando, que las actas de las reuniones podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas para efectos de los artículos 36 y 48 del reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.

Ahora bien, en lo que respecta a los pueblos indígenas, el artículo 5º, considera como tales, a aquellos que define el artículo primero del convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1º de la ley N°19.253. Asimismo, señala que se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2º de la ley N°19.253.

En este contexto, si bien el artículo primero del Convenio N°169, define qué se entiende por pueblos tribales, no quedarían incorporados dentro del trámite de la consulta. Ello, en parte porque la regulación del Convenio 169 y las referencias al mismo siempre se han considerado a los pueblos originales y al hecho que en Chile, en principio no existirían tribus¹². Sin embargo, en atención al concepto de pueblo tribal que especifica el artículo 1 del Convenio, que es más amplio de lo que se estima, podrían considerarse dentro de aquellos, a modo de ejemplo, los afrodescendientes de Arica y si queremos ser más específicos, los grupos de migrantes en la medida que estuvieran regidos “parcialmente” por sus propias tradiciones o costumbres, lo cual los distingue de otros sectores de la colectividad nacional.

En cuanto a cómo están representados en el trámite de la consulta los pueblos indígenas, el artículo 6º del reglamento dispone que se hará a través de sus instituciones representativas, nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación en la medida que sea susceptible de afectarles directamente. Una vez convocados, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la Ley N°19.253.

12 Si bien la referencia a pueblos tribales que contempla el Convenio 169, se relaciona con tribus de origen africano, la forma genérica es que está definido en el artículo 1º del Convenio letra a), que permitiría considerar a los migrantes que mantienen ciertas características sociales, culturales y económicas dentro del concepto, lo que más adelante, en la medida que aumente la migración entre países podría producir efectos importantes.

Si bien podríamos considerar que la representatividad de los pueblos indígenas efectivamente se produce en los términos previstos en el Reglamento, es necesario hacer presente que, en la práctica, la representatividad no es como se espera, pues muchos de los miembros de pueblos indígenas no participan de manera activa en las reuniones explicativas o informativas, pues, el sector donde habitan es alejado, o bien tener que acercarse a los lugares de encuentro implica dejar de trabajar un día, ya sea la tierra o en el pastoreo, y no están dispuesto a ello tan fácilmente. Resulta entonces importante, el poder de convocatoria que tengan las autoridades para dar a conocer la necesidad del pronunciamiento respecto de la consulta específica que se les hace, utilizando otros medios adicionales a los de comunicación que franquea el Reglamento.

Según señalábamos al inicio, el reglamento de consulta indígena tiene tres títulos, en donde el segundo hace referencia a los principios que regulan la consulta. Dentro de los principios reguladores de la consulta encontramos la buena fe, procedimiento apropiado y el carácter previo de la consulta.

En lo que se refiere al principio de la buena fe, el artículo 9º del reglamento, considera que este es un principio rector en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable.

Agrega que, para el Estado, la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal, la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo 10.

Es por ello que, la normativa plantea que los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados.

Si bien, debe respetarse el principio de la buena fe, siguiendo los parámetros que el Reglamento señala y la normativa en general pueda indicar, es necesario recordar que la obligación es que exista el trámite de consulta y la intención es buscar un acuerdo o consenso, pero que no es obligatorio que este exista para que en definitiva se dicte el acto administrativo o se tomen las decisiones por

la autoridad. Lógicamente, el actuar tenderá a ello, pero no lograrse, la ley franquea diversos medios para hacer valer ante los tribunales los derechos que los pueblos indígenas puedan considerar vulnerados.

En cuanto al principio de procedimiento apropiado, el artículo 10, el Reglamento señala que debe aplicarse con flexibilidad, esto es, que debe ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias. Además, los organismos administrativos deben considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada.

Si bien algunas etnias o pueblos indígenas pueden tener aspectos similares, la realidad es que son diversas las formas en que se desarrollan y pueden ser afectados por las decisiones administrativas que se tomen. Consecuencia de lo anterior, es fundamental cómo asume el organismo del Estado en cuestión del proceso de comunicación durante la consulta y cómo puede apoyarse en otras instituciones como la CONADI para lograr que el proceso sea lo más claro y objetivo posible de manera de lograr transmitir la información y lograr el consenso que se espera.

Respecto al carácter previo de la consulta, como principio, el artículo 11, dispone que la consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente. Consecuencia de lo anterior, agrega la norma, que el órgano responsable deberá determinar, con la debida antelación, la procedencia de la consulta. Asimismo, el órgano responsable siempre realizará la consulta antes de la dictación de la medida administrativa y, en el caso de las medidas legislativas, deberá realizarse antes del envío al Congreso el mensaje del Presidente de la República, conforme a las etapas y plazos del procedimiento en el Reglamento.

El título III del procedimiento de consulta inicia con el artículo 12, que se refiere al responsable de los procesos de la consulta, especificando que será el órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.

Por ello, y a objeto de establecer si procede o no el trámite de consulta, el artículo 13, declara que este proceso se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar

directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7º, que revisamos antes. Señala la norma que podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.

Plantea, además, que cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundadamente, al órgano responsable de la medida, la realización de un proceso de consulta. Se entenderán por solicitudes fundadas aquellas peticiones que indiquen a lo menos los hechos y razones que las sustentan. Dentro de los que pueden solicitar la evaluación de la procedencia de la consulta se encuentra el Consejo Nacional de la CONADI.

Respecto de esta solicitud que se haga, el órgano responsable deberá, mediante resolución fundada, pronunciarse en un plazo no superior a 10 días hábiles, plazo que se suspenderá cuando el órgano responsable solicite un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, hasta que ésta emita su informe dentro del plazo de 10 días hábiles, el que una vez vencido se resolverá prescindiendo de aquel.

Siempre y así lo aclara la normativa, la decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable. Así, cualquier requerimiento que tenga por fin impugnar la decisión de no realizar una consulta deberá acreditar su eventual procedencia, señalando de manera clara y específica la forma en la que se produce la afectación directa invocada, de acuerdo al contenido del artículo 7º, del presente reglamento.

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena como organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional, le corresponde la coordinación y ejecución, en su caso, de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado, para la realización de procedimientos de consulta. Así el artículo 14, plantea en qué consiste la asistencia técnica que puede prestar en lo que se refiere a identificación de comunidades, asociaciones e instituciones representativas de los pueblos indígenas, asesoría conforme a las características particulares de los pueblos y cualquier acción de colaboración o apoyo propia de su competencia.

El proceso de consulta se inicia mediante una convocatoria a una primera reunión de planificación del proceso, que se debe sujetar a las reglas que especifica el artículo 15 del Reglamento, en cuando a quien se cita, a través de qué medios, plazos, idioma. Luego, el procedimiento de consulta tiene identificadas cinco etapas. La primera, de planificación del proceso de consulta cuyas finalidades están expresamente indicadas en el artículo 16, letra a), del reglamento; la segunda, de entrega de información y difusión del proceso de consulta, con los detalles que indica la letra b), del mismo artículo; una tercera, de deliberación interna de los pueblos indígena; una cuarta de diálogo, y quinta de sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta, en donde, sin perjuicio de las actas que se levante en cada etapa, en esta debe hacerse entrega de un informe final que detalle el proceso realizado.

En cuanto a los plazos, el artículo 17, plantea que las consultas de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, considerarán los siguientes plazos de acuerdo a las etapas del proceso y distingue: a) Tratándose de medidas legislativas que se deban iniciar por mensaje del Presidente de la República, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 25 días hábiles; b) Tratándose de medidas administrativas, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles.

Ahora bien, el mismo artículo 17 señala que el órgano responsable de la medida, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, podrá, en la etapa de planificación, modificar los plazos señalados por motivos justificados, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular.

La incorporación de este último aspecto respecto de algunos pueblos indígenas resulta una medida adecuada, pues cuando pensamos en un pueblo no puede pretenderse que las distancias entre sus miembros sean mínimas y que viven todos cerca. Entre un vecino y otro que forma parte de un pueblo indígena o bien de las características propias de los miembros de esa comunidad y que deben participar de un proceso de consulta, requieren de plazos mayores, por lo que la flexibilidad según sean las circunstancias ayuda a la realización del proceso.

Es por ello, que el Reglamento se ha puesto en el supuesto de tener que suspender el proceso de consulta cuando, durante éste, se produjeran

actos o hechos ajenos a las partes que impidan la realización u obstaculicen gravemente cualquiera de las etapas de la misma. Así, según indica el artículo 18 del reglamento, el órgano responsable de la medida podrá suspender fundadamente el proceso hasta que se den las condiciones requeridas para su continuación.

También se plantea la posibilidad que el pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente pueda solicitar fundadamente, la suspensión del proceso de consulta conjuntamente con el plazo de la etapa correspondiente.

En todo caso, sea de oficio por el órgano o a petición del pueblo, el responsable de la medida debe evaluar la procedencia de la suspensión y la decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan cualquiera de las etapas del procedimiento de consulta, no pudiendo dicha suspensión, de ser el caso, superar el plazo de quince días hábiles. Una vez cumplido el plazo, se puede reanudar la etapa de consulta suspendida en un lugar y en condiciones que garanticen la continuidad del proceso, en coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

Aun cuando nada se indica, por aplicación de la Ley N°19.880 y en atención que son órganos de la Administración del Estado los llamados a realizar el proceso de consulta, debemos entender aplicable el artículo 25 de la Ley, en cuanto se entiende que son días hábiles, de lunes a viernes.

Finaliza el título con el artículo 19, que se refiere al expediente. Es necesario que el proceso de consulta conste en un expediente escrito, que puede estar en soporte físico o electrónico, el que debe ser llevado por el órgano responsable y en donde se incorporará un registro de todas las actuaciones llevadas a cabo en cada una de las etapas del proceso, tales como, la documentación que dé cuenta de la difusión de la información del proceso, el registro audiovisual de las reuniones sostenidas y las actas de las reuniones convocadas, las que deberán dar cuenta de los asistentes y la forma de invitación de los convocados, así como los documentos presentados por las instituciones representativas de los pueblos indígenas y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha de su recepción. Asimismo, se incorporarán las actuaciones, los documentos y resoluciones que el órgano responsable remita a las instituciones representativas de los pueblos indígenas, a los órganos públicos, y las notificaciones o comunicaciones que se realicen.

En caso de negativa o abstención a participar de los consultados, deberán quedar registradas en el expediente las actuaciones que den cuenta de esta

situación. Dicha negativa o abstención se evaluará al momento de dictar la medida, una vez terminado el proceso de consulta.

Por el interés. Que conlleva en la gestión, el artículo 19, declara que cualquier pueblo indígena o institución representativa afectada directamente por la medida en proceso de consulta se podrá hacer parte de dicho proceso en cualquier tiempo, pero respetando lo obrado.

Asimismo, al término del proceso de consulta, el expediente deberá contener el informe final, el que deberá dar cuenta de la realización del proceso de consulta en sus distintas etapas.

IV CONCLUSIONES

Si bien, a través del Convenio 169 se busca proteger a los pueblos indígenas, las posibilidades de darle aplicación plena no son posibles, dado que sus normas no son autoejecutables y requieren de reglamentación y regulación legal dentro del contexto interno del país, lo que se ve dificultado por la contraposición con normas ya existentes y que se encuentran amparadas dentro del marco regulatorio.

La ratificación de convenios y tratados internacionales previos, la Constitución Política vigente, la dictación de normas respecto de los pueblos indígenas y su reglamentación y, en general, las normas regulan nuestro sistema legislativo podían ser consideradas como suficientes para proteger a los pueblos originarios en cuanto a ser oídos y velar por sus derechos, sin entregar falsas expectativas respecto de temas que aún desde el año 2009, época de entrada en vigencia del convenio no se han resuelto.

El trámite de consulta, en lo que se refiere a la protección de los pueblos originarios y al medio en que se desarrollan, queda protegido a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y de los mecanismos para ejercer acciones judiciales o administrativas en el caso de considerar vulnerados sus derechos.

Finalmente, es necesario tener presente que el convenio dura diez años, que de no decir nada la autoridad se ratificará automáticamente por diez años más, con una situación que puede afectar aún más su implementación, que es el concepto amplio de pueblos tribales que contempla y que puede dar

lugar a situaciones que el Congreso no consideró al momento de aprobar su ratificación.

NORMATIVA CITADA

Carta Constitutiva de la ONU.

Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

Diario Oficial de 17 de mayo de 1994.

Ley N°19.253, Ley Indígena, publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de 1993.

Manual fue preparado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, dentro del Programa para promover el Convenio 169.

Reglamento N°66, publicado en el Diario Oficial 4 de marzo del 2014.

LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

THE SUSCEPTIBILITY OF DIRECT AFFECTION TO INDIGENOUS PEOPLES AS A REQUIREMENT OF THE ORIGIN OF CONSULTATION TO INDIGENOUS PEOPLES IN THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT SYSTEM

ÁLVARO DURÁN SOTO¹

Resumen: El artículo que comienza a leer expone y analiza la evolución normativa, doctrinaria y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos en lo referido a la conceptualización de la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas como requisito de procedencia del derecho-deber de consulta a los pueblos indígenas, establecido en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes N°169 de la Organización del Trabajo OIT y reglamentado de forma general en el Decreto Supremo N°66 del año 2013 del Ministerio de Desarrollo Social y para el sistema de evaluación de impacto ambiental por el Decreto Supremo N°40 del año 2012 del Ministerio del Medio Ambiente y lo instruido por el SEA en la materia mediante el oficio ordinario N°161116 del año 2016. Se analizan además las recomendaciones formuladas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en su informe.

1 Abogado de la Universidad de Concepción, especialista en Derecho Indígena y Derecho Ambiental, Magister en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental de la Universidad Finis Terrae y Diplomado en Postítulo “Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, impartido por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Curso en Pueblos Indígenas y Tribales: Derechos y Desarrollo Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, realizado en el Centro Internacional de Formación de la OIT de Turín, Italia en octubre del 2009 y Consultor Externo de la OIT.

Palabras claves: Consulta. Pueblos indígenas. Susceptibilidad de afectación directa. Convenio 169 de la OIT. Sistema de evaluación de impacto ambiental. Impactos ambientales significativos. Recomendaciones de la OIT. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental e instructivo.

Abstract: The article that begins to read exposes and analyzes the normative, doctrinaire evolution and the jurisprudence of the Chilean superior courts of justice with regard to the conceptualization of the susceptibility of direct affectation to the indigenous peoples as a requisite of the right-duty of consultation to indigenous peoples, established in the Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries No. 169 of the ILO Labor Organization and regulated in a general manner in supreme decree No. 66 of 2013 of the Ministry of Social Development and for the system of environmental impact assessment by supreme decree No. 40 of the year 2012 of the Ministry of the Environment and instructed by the SEA in the matter through the ordinary office No. 161116 of the year 2016. The recommendations formulated by the International Organization are also analyzed. Labor Office (ILO), the United Nations Rapporteur on the Fundamental Rights of Indigenous peoples, the National Institute of Human Rights (INDH), the Presidential Advisory Commission for the Evaluation of the Environmental Impact Assessment System in its report.

Key words: Query. Indigenous peoples Susceptibility of direct affectation. Convention 169 of the ILO. Environmental impact assessment system. Significant environmental impacts. Recommendations of the ILO. National Institute of Human Rights. Presidential Advisory Commission for the Evaluation of the Environmental Impact Assessment System and instructions.

INTRODUCCIÓN

Un buen lector, un buen cineasta o un melómano, cada vez depura más su capacidad de leer, ver o escuchar, donde un neófito no distingue nada, él es capaz de distinguir matices. Algo similar sucede en materia de evaluación ambiental y en especial respecto de la normativa ambiental aplicable, si a ello se le suma la afectación a los pueblos indígenas y sus derechos, vincula inmediatamente las características y principios interpretativos en materia de derechos humanos al entramado normativo administrativo ambiental. El sistema de evaluación de impacto ambiental, en adelante el SEIA, como instancia en que proyectos ya definidos, requieren la calificación ambiental de sus declaraciones o estudios de impacto ambiental, en adelante DIA o EIA respectivamente, transforman esta instancia en el lugar en que el déficit de políticas públicas en materia de ordenamiento territorial, participación ciudadana y otras cuestiones, que no han sido resueltas oportunamente, emergen, suscitando, frente a las demandas de la ciudadanía, conflictos socioambientales, a los que ahora le sumamos aquellos derivados de la demanda de autodeterminación, reivindicación de tierras, territorios y recursos naturales y de respeto y reconocimiento identidad cultural por los pueblos indígenas.

Con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en septiembre del 2009, se comienza a demandar el ejercicio y la ejecución del derecho-deber de la consulta, alojándose primero por decisión jurisdiccional y luego gubernamental, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el SEIA, respecto de proyectos que ingresan a dicho sistema, excluyendo por ende su aplicación a procesos concesionales previos, respecto de recursos naturales objeto de la acción del proyecto o actividad.

En el ejercicio reglamentario y contrario al mandato de la OIT de adecuar la normativa sectorial de los países parte al Convenio 169 de la OIT², se adecúa

2 Ver Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009, pp. 175-177; Hervé Dominique y Sergio Pérez, “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”, pp. 56 y ss, en “El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación” Jorge Contesse Singh. Editor, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012 y también resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales, adoptada el 27 de junio de 1989, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 76a. Reunión.

éste a la ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente³, modificada por la ley N°20.417 del año 2010, mediante esta ley, se incorpora el artículo 4, que establece el principio de participación, un inciso segundo, por el que se compele a los órganos con competencia ambiental a respetar las instituciones, de las personas, comunidades y pueblos indígenas de conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, siendo precisamente el Convenio 169 de la OIT el único Tratado Internacional referido a los derechos de los pueblos indígenas vigente. Lo anterior, sumado al mandato de generar una nueva reglamentación para el SEIA -atendidas las modificaciones introducidas por la ley N°20.417- constituyen el fundamento para que este nuevo reglamento consume el encuadre del Convenio en el sistema lógico de la evaluación de los impactos ambientales, recogiendo la senda establecida por la jurisprudencia.

Tal encuadre supone determinar: cuándo es procedente la consulta en el SEIA. Para ello, se deben analizar los requisitos que la hacen procedente de conformidad al Convenio N°169 de la OIT y específicamente respecto del artículo 6 del mencionado tratado⁴. Ello en razón que por pronunciamiento del Tribunal Constitucional, durante la tramitación del proyecto de acuerdo aprobatorio del instrumento internacional en el Congreso Nacional, la ejecución y exigibilidad inmediata de la consulta quedó circunscrita a la mencionada norma. Los requisitos son la previsión por parte del Estado de una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya no hay duda que el acto administrativo con que concluye el procedimiento de evaluación ambiental, la resolución de calificación ambiental, en adelante RCA, constituye una medida administrativa⁵.

Aquí expondremos la evolución de lo que entiende la institucionalidad ambiental por susceptibilidad de afectación directa, en adelante SAD, a los pueblos indígenas, como requisito que hace procedente su consulta. No expondremos, ni analizaremos las críticas referidas al cumplimiento del estándar de la consulta reglamentada y realizada en el SEIA, las cuáles han

3 Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente de fecha 9 de marzo de 1994, con modificaciones introducidas por la Ley N°20417 de fecha 26 de enero del 2010, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>.

4 Sin perjuicio que el derecho-deber de consulta se consagra en otras disposiciones del Convenio 169 de la OIT, tales como los artículos 15 N°2, 17 N°2, 22, 27 y 28 N°1, el análisis de este artículo se centrará en el análisis del artículo 6 y tangencialmente en el N°2 del artículo 15.

5 Ver artículo 8 del RGC.

sido desarrolladas en un trabajo anterior⁶, sino que nos centraremos en el análisis de cuándo es procedente la consulta en el SEIA.

La consulta a los pueblos indígenas, su regulación y en especial la conceptualización de la SAD

Previo al análisis pasaremos a exponer la normativa referida a la consulta a los pueblos indígenas y en especial aquella que nos entrega una conceptualización o definición de SAD.

A.- El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en adelante el Convenio 169 de la OIT⁷

La norma basal de la consulta, aunque no la única⁸, está contenida en su artículo 6, N°1, letra a) y N°2⁹ referido a la consulta a los pueblos indígenas y en lo que es participación significa, esta en su artículo 7 N°1¹⁰. Normas

6 Durán Soto, A., (2014). *El derecho a consulta de los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno, su estándar a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Derecho y Medio Ambiente, Segunda época año II, N° 2-2014, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, pp. 101-161.

7 Promulgado mediante Decreto Supremo N°236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 02 de octubre del 2008 y publicado en el Diario Oficial con fecha 14 del mismo mes y año, que promulga el Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de La Organización Internacional del Trabajo. Convenio que entró en vigencia con fecha 15 de septiembre del 2009, Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>.

8 Ver cita N°4.

9 “Artículo 6. 1. 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; 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

10 “Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

referidas a la consulta y participación, declaradas autoejecutables por el Tribunal Constitucional de Chile¹¹.

Los reglamentos que se pasarán a analizar regulan la consulta a los pueblos indígenas a que se refiere el artículo 6, N°1, letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la OIT.

Por su parte la OIT, a través, de su entonces Directora de normas, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, en carta enviada, “... en respuesta a consultas hechas por los Senadores en Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 21 de diciembre de 2010, aclaró que la noción “susceptible de afectarles directamente” se entiende en relación al artículo 7 del Convenio que se refiere a la participación. En virtud de esto, señala que el criterio para definir la afectación directa debe entenderse en dos sentidos:

- En relación con el proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera;
- En el marco de que estos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

La Sra. Doumbia-Henry concluye que la aplicación de la consulta a aquellos temas que afecten exclusivamente a pueblos indígenas sería demasiado limitada¹².

Como puede apreciarse, el análisis de la SAD lo circunscribe al contexto del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, como delimitación de los ámbitos en que esta debe producirse cuando se trata del proceso de desarrollo, para luego declarar que debe existir participación de los PPII en los programas de desarrollo nacional y local.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional en causal rol N°309 del año 2000, resuelve reclamo de ilegalidad por inconstitucionalidad al concluir primer trámite constitucional de acuerdo aprobatorio del Convenio.

12 En “Consulta indígena: “Afectación directa” en la experiencia comparada, documento elaborado para la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado. Biblioteca del Congreso Nacional 11.05.12.

B.- El Reglamento General de Consulta a los pueblos indígenas, Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social del 2013¹³

El Decreto Supremo que en adelante denominaremos como DS N°66/2013 Mideso, Reglamento General de Consulta o RGC, establece en su artículo 7, en lo referido a las medidas administrativas que:

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

[...]

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

En directa relación con el análisis de esta materia y a objeto de determinar los ámbitos de aplicación de este Reglamento y del Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental¹⁴, en adelante RSEIA, se debe considerar lo que dispone el artículo 8 del DS N°66/2013 Mideso:

13 Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 15 de noviembre del 2013, publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de marzo del 2014, de fecha 13 de noviembre del 2013, que regula el derecho de consulta de los pueblos indígenas establecido en el artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT y deroga el Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Consulta_IndigenaDS66_Contraloria.pdf y <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961&idVersion=2014-03-04>.

14 Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 30 de octubre del 2012 y publicado en el Diario Oficial 12 de agosto del 2013, Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Disponible en <http://www.leychile.cl/N?i=1053563&f=2013-12-24&p>.

“Artículo 8º: Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento”.

Claramente el ámbito de aplicación del RGC, no alcanza, a la consulta que se regula para el SEIA, salvo en lo referido a las etapas del procedimiento de consulta contemplado en su artículo 16, como expresamente lo señala el artículo 8 ya citado.

En línea con lo anterior y en lo atinente a la determinación de cuándo es procedente la consulta, se colige de la lectura del mencionado artículo, que la determinación de cuando procede la consulta se dispone en la ley y el RSEIA, cuándo se expresa que “... la resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento...”.

Esta exclusión expresa de aplicación de la determinación de la procedencia de la consulta de la normativa general de consulta, se reafirma, por un argumento temporal, pues, siendo posterior el RGC al RSEIA, aquel opta por no imponer su conceptualización de SAD a la contenida en el RSEIA y porque en el hecho, a la entrada en vigencia del RGC, el SEA ya venía realizando varios

procesos de consulta a pueblos indígenas, en adelante PCPI. Sin perjuicio de la especialidad de la normativa de consulta contenida en el DS N°40 RSEIA.

El RGC en carácter de borrador o propuesta fue comentado por el entonces relator de las Naciones Unidas sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya¹⁵, que respecto del artículo 8 del RGC y con ello del RSEIA en lo referido a la consulta y la SAD, señaló que respecto de la asimilación que hacía el borrador del RGC en el artículo 9 referido a la SAD, con los impactos ambientales del artículo 11 de la ley N°19.300:

“... El Relator Especial considera que, tal como se plantean, estos ejemplos podrían llevarse a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta. En primer lugar, es necesario clarificar que el deber de consulta no se limita a tales casos de impactos significativos. En segundo lugar, es importante evitar cualquiera implicación de que los procesos de consulta son simplemente para avalar o legitimar medidas ya definidas que tengan impactos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deberían facilitar el dialogo para la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos”¹⁶.

Con fecha de 28 de marzo del 2016 se hizo público el informe¹⁷ del comité tripartito establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del C. 169 de la OIT, presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago. El informe adopta importantes definiciones o efectúa precisiones sobre el sentido y alcance de las expresiones:

15 Comentarios del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Chile. Noviembre del 2012. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>.

16 Op. Cit. N°17, Párrafo 46.

17 Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:3172732,es.

1.- Medidas administrativas: sobre el particular señala que: “...pueden diferenciar entre actos y medidas administrativas siempre que la distinción no implique impedir o restringir el ejercicio de la consulta...” (Párrafo 150).

2.- Susceptibilidad de afectación directa: en efecto y en línea de lo que ha expresado la Excelentísima Corte Suprema en algunas sentencias¹⁸, entiende que el ámbito que ella se produce, es aquel que señala el artículo 7, párrafo 1, del Convenio que se refiere al derecho de los pueblos interesados de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan de alguna manera. Ámbito que en una redacción similar, pero más restrictiva, establece el artículo 7 del DS N°66.

Complementando lo anterior el Comité precisa que ello debe entenderse en el contexto del derecho al autogobierno, citando al efecto el artículo 7, párrafo 1, que refiere al “derecho de los pueblos interesados de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico social y cultural. Los proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promueva el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación” (Párrafos 148 y 149).

3.- “causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales’ que figura en los incisos segundo y tercero del artículo 7 del Reglamento sobre la consulta indígena, el Comité espera que, en la práctica, los adjetivos ‘significativo y específico’ no limiten la definición de las medidas que afecten a los pueblos indígenas directamente” (Párrafo 151).

Es importantísimo lo aseverado en el sentido que el requerimiento de lo significativo y específico del impacto no limite la definición de las medidas que afecten a los pueblos indígenas.

18 Sentencia de la Corte Suprema de fecha 25.08.1, rol CS N°17599-2014 que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Pto. Montt de fecha 17 de junio del 2014, rechaza recurso de protección interpuesto por la comunidad indígena Ñielay Mapu contra del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) Región de Los Lagos por resolución exenta N°143, de fecha 10 de mayo del 2014, de la Comisión de Evaluación Ambiental, que calificó favorablemente el proyecto “Mini CH Pasada Río Chanleufu”. Considerando *décimo segundo*, rol N°179-2014 y sentencia de la Corte Suprema con fecha 22 de mayo del 2014, conociendo de la apelación de un recurso de protección interpuesto en contra de la RCA que calificó favorablemente el proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” causa rol N°16817-2013.

Respecto de las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la materia es regulada en el artículo 8 del RGC. El Comité luego de reproducir el artículo (Párrafo 152) y analizar cada uno de sus incisos se detiene en la frase final del artículo 8 del RGC, que dispone que el proceso de consulta a los pueblos indígenas que se desarrolle en el SEIA debe respetar el artículo 16 del presente instrumento, en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta (Párrafo 161), procediendo a citar el artículo 16 y 10 del RGC y destacando que dichos artículos fueron consensuados con los pueblos indígenas.

A continuación el Comité:

- 1.- “... Considera que, en consulta con los pueblos indígenas, se pueden establecer distintos textos reglamentarios para regular las diversas situaciones de la consulta siempre y cuando estos textos se encuentren en conformidad con las disposiciones del Convenio.” (Párrafo 163).
- 2.- “... Observa que las resoluciones de impacto ambiental son actos de los organismos competentes y constituyen por ende medidas administrativas que podrían en ciertas circunstancias afectar directamente a los pueblos indígenas.” (Párrafo 164).
- 3.- “... Toma nota que el artículo 8 del decreto supremo núm. 66 se remite al artículo 16 de ese mismo decreto, artículo que fuera acordado y que contiene las etapas de la consulta.”.
- 4.- “... Estima que dichas etapas deberán ser atendidas inclusive en los procedimientos de consultas derivados de proyectos y actividades que ingresen en el SEA.” (Párrafo 165).
- 5.- “Recuerda que, en la observación formulada en 2012, y publicada en 2013; la Comisión de Expertos indicó que, en caso de que un estudio de impacto ambiental conlleve la prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas y/o el reasentamiento de comunidades indígenas, se debe también asegurar el cumplimiento de todos los requerimientos de los artículos 15 y 16 del Convenio” (Párrafo 166).

Sobre el particular se puede concluir que:

- 1.- No se objeta que exista una reglamentación distinta para la consulta en el SEIA, en la medida que ellas se conformen a lo dispuesto en el C. 169 de la OIT.

- 2.- Las RCA son medidas administrativas que podrían en ciertas circunstancias afectar directamente a los pueblos indígenas, considerar que no habla de susceptibilidad, ni hace el análisis acá respecto de ello.
- 3.- Las etapas del procedimiento de consulta que contempla el RGC, “... deberán ser atendidas inclusive en los procedimientos de consultas derivados de proyectos y actividades que ingresen en el SEA”.

Una consecuencia importante es que deja a salvo el mecanismo de determinación de la procedencia, la que está entregada a la reglamentación del SEIA, en la medida que se consulten todas las medidas que impliquen SAD a los PPII.

C.- En el ámbito ambiental: la ley N°19.300 LBGMA, modificada por la ley N°20.417¹⁹

La ley modificatoria incorporó un inciso segundo a su artículo 4, referido al principio de participación, el que establece que: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”²⁰.

En cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, único Tratado Internacional en materia de derechos de los PPII, en lo referido a la consulta del artículo 6, lo resuelto por el Tribunal Constitucional de Chile, en adelante el TC, la disposición precedentemente citada y la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia²¹, se derivan las siguientes consecuencias:

- 19 Ley N°20.417, de fecha 26 de enero del 2010, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459>.
- 20 Si se revisa la historia legislativa de tramitación de la ley N°20.417, se aprecia que el texto de la disposición no sufre variación alguna, lo que supone un acuerdo a su respecto.
- 21 Que asienta la doctrina que la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es una medida administrativa SAD a los PPII, a diferencia del DS N°124/2009 del Ministerio de Planificación, anterior reglamento general de consulta y que respecto de proyectos ingresados al SEIA como Estudios de Impacto Ambiental, en razón de producir respecto de los PPII los efectos, características o circunstancias establecidos en los literales del artículo 11 de la ley N°19.300, se producía SAD y con ello el deber de consultarlos, los fallos que asientan esta doctrina jurisprudencial se contienen en el informe N°62 metas de gestión análisis de tendencia jurisprudencial. Jurisprudencia de la Tercera Sala Corte Suprema: Criterios de la

- 1.- El SEA comienza a realizar procesos de consulta a pueblos indígenas, no sólo a aquellas RCA de proyectos respecto de los cuales los tribunales de justicia lo hayan dispuesto.
- 2.- La consulta en el SEIA se realiza antes de la entrada en vigencia del RSEIA y el RGC.
- 3.- Se procede a la regulación de la consulta en el SEIA de conformidad a lo que se efectuaba ya en la práctica y se consultan las disposiciones referidas a la materia, contenidas en el Reglamento del SEIA.

D.- El Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 30 de octubre del 2012, que aprueba el reglamento del SEIA

La regulación que de la consulta a los pueblos indígenas en el SEIA, se contiene en este reglamento, en los siguientes términos:

“Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la

Corte Suprema en materia de consulta indígena. Unidad de apoyo a la labor jurisprudencial “Aplicación del Convenio 169 de la OIT, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”. Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Disponible en: http://decs.pjud.cl/Documentos/Otros/Informe%2062%20tendencia%20Tercera%20Sala%20primer%20semestre%202015_Indigena.pdf.

finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N°19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.

La primera conclusión de la lectura de dicha disposición es que la consulta procede cuando los proyectos o actividades al SEIA como EIA, por producir determinados impactos ambientales, aquellos a los que se refieren los literales c), d) y f) del artículo 11 de la ley N°19.300 y que corresponden en su desarrollo normativos a los artículos 7, 8 y 10 del reglamento del SEIA. No obstante, como pasaremos a ver, por la aplicación de los incisos finales de los artículos 5, 6 y 9 del mismo Reglamento, referidos respectivamente a los efectos, características o circunstancias establecidos en literales a), b) y e) del artículo 11 de la Ley N°19.300, la consulta también debe realizarse cuando esos impactos se producen respecto de los pueblos indígenas²².

Así, si bien la mencionada norma incorpora formalmente la consulta a los pueblos indígenas en el SEIA, la determinación de la concurrencia de sus requisitos –la previsión de una medida administrativa y que ella sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas–, lo que denominaremos, determinación de la procedencia de la consulta. En lo que a la concurrencia de la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas se refiere, supone el análisis o encuadre de la situación de hecho a los criterios establecidos en una serie de normas, las que configuran un sistema lógico para la determinación de la susceptibilidad de afectación directa, la que como se verá, en el SEIA, es asimilada a la existencia respecto de los pueblos indígenas de efectos, características o circunstancias (impactos ambientales) de un proyecto o actividad a ser calificado por el SEA, mediante una medida administrativa denominada RCA, la medida administrativa, las mencionadas disposiciones son además del artículo 85, las siguientes:

22 Ello se reafirma en el informe de la consulta de los artículos referidos a los PPII en el reglamento del SEIA, DS N°40/2012 MMA. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/contenidos/02_Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA.pdf, pp. 13 y 14. Ver también CARRASCO MATAS, Felipe (2017). *El Derecho Minero Ante la Normativa Indígena Nacional e Internacional*, (Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 418 y siguientes.

- 1.- Como se requiere que el proyecto, obra o actividad ingrese al SEIA, el mismo debe encontrarse en el catálogo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300 y pormenorizado en el artículo 3 del RSEIA.
- 2.- El artículo 11 de la ley N°19.300, que en su inciso primero establece que:
“Artículo 11.- 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 naturales 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”.Cada uno de sus literales es desarrollado, respectivamente por los artículos 5 al 10 del RSEIA, estableciendo criterios para determinar cuándo estamos en presencia de los efectos características o circunstancias descritas en los literales anteriores.
- 3.- Se debe considerar que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra e) del artículo 2 del RSEIA²³, esos efectos, características o

23 “Artículo 2.- *Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se entenderá por: e) Impacto ambiental: Alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada. Los impactos ambientales serán significativos cuando generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, conforme a lo establecido en el Título II de este Reglamento”.*

circunstancias impactos son denominados como impactos ambientales significativos.

- 4.- Por otra parte, y en lo que atañe a los pueblos indígenas, cada uno de los artículos del reglamento del SEIA, que desarrollan los literales del artículo 11 de la Ley N°19.300, señalan que ellos pueden producirse respecto de los pueblos indígenas, como pasaremos a ver:

“Artículo 5.- Riesgo para la salud de la población.

[...] Inciso final

En caso que el proyecto o actividad genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento”.

“Artículo 6.- Efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables.

[...] Inciso final

En caso que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7²⁴.

“Artículo 7.- Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

[...] Inciso final

Para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, además de las circunstancias señaladas precedentemente, se considerará la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular”.

24 El inciso 5° del artículo 7 en su literal a) dispone: A objeto de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias: a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.

“Artículo 8.- Localización y valor ambiental del territorio.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza 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.

Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad.

Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización²⁵.

[...] Inciso 8°:

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan”.

“Artículo 9.- Valor paisajístico o turístico

[...] Inciso final

En caso que el proyecto o actividad genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7.”.

“Artículo 10. Alteración del patrimonio cultural.

25 El literal h) del artículo 2 del reglamento del SEIA nos entrega una definición de pueblos indígenas y de grupos humanos perteneciente a estos pueblos en los siguientes términos: “Artículo 2.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se entenderá por: h) Pueblos Indígenas: Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo N°1, literal b) del Convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo primero inciso segundo de la ley 19.253. Se entenderá que un individuo tiene la calidad de indígena cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N°19.253. A su vez, se considerará que los individuos señalados en el inciso anterior podrán constituir grupos humanos en los términos del artículo 7° del presente reglamento, independientemente de su forma de constitución u organización”.

[...] Inciso segundo

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

[...]

- b) La magnitud en que se modifique o deteriore en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.
- c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas”.

Respecto de los artículos mencionados en el artículo 85 del RSEIA, el artículo 7 contempla expresamente la afectación a los sistemas de vidas y costumbre de los pueblos indígenas y la hipótesis de consentimiento por el reasentamiento o traslado de GHPPI y el artículo 10 la afectación al patrimonio cultural indígena en los términos expuestos previamente. El artículo 8 será analizado a continuación.

ANÁLISIS DE LA SAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 85 Y DEMÁS NORMAS PERTINENTES DEL RSEIA

Considerando las disposiciones citadas retornemos al artículo 85 del Reglamento del SEIA, esta norma dispone que la consulta a los pueblos indígenas procede cuando estamos en presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refieren los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA, que corresponden a los efectos, características o circunstancias de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300, y que se extienden a aquellos referidos a los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento del SEIA -correspondientes respectivamente a los literales a), b) y e) del artículo 11 de la ley N°19.300-, por lo dispuesto en sus incisos finales, que expresan que cuando exista riesgo respecto de la salud de GHPPI, se produzcan efectos adversos significativos, sobre la cantidad y calidad de

los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire en lugares con presencia de GHPI o en el caso que se genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico de una zona o lugares con presencia de PPII, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos en los términos del artículo 8 y en el caso de los artículos 6 y 9, deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7.

En razón de lo anterior solo hay consulta a los PPII, en el caso de EIA en que se reconozca estos impactos por el titular o así se determine por la autoridad y que esta ejerza las facultades legales y reglamentarias a objeto que el titular los reconozca, si en su criterio existen o en su caso ejerza las facultades señaladas en los artículos 15 bis y 18 bis de la ley N°19.300 correspondiente a los artículos 36 y 48 del RSEIA y según se trate de EIA o DIA, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 bis de la Ley N°19.300 en relación con los artículos 37 y 49 del Reglamento del SEIA, esto es poner término anticipado al procedimiento de evaluación por falta de información relevante y esencial y proceder de inmediato al Informe Consolidado de Evaluación²⁶

Disposiciones que tienen su expresión en el contenido de los EIA²⁷ y DIA²⁸, en cuanto la acreditación de la existencia o inexistencia de los impactos ambientales significativos de todos los literales del artículo 11 y de los artículos 5 al 10 del RSEIA.

26 Esta lógica está asentada en el Informe Final del PCPI de artículos del reglamento del SEIA referidos a los pueblos indígenas. Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/informe-final-de-la-consulta-los-pueblos-indigenas-del-reglamento-del-seia-ds-ndeg402012>, pp. 9-14. También *“Declaración Pública SEA afirma que el Reglamento del SEIA cumple con la consulta indígena”* de fecha 08 de julio del 2013. Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>; DONOSO RODRIGUEZ, Sebastián, en *“Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la Tendencia de Homologación de los Impactos Ambientales que Exigen un EIA y la Susceptibilidad de Afectación Directa del Convenio 169 OIT”*, pp. 72-73, en *Sentencias Destacadas año 2013 Libertad y Desarrollo*. Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonos.pdf>; “Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016, p. 36. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf.

27 Artículo 18.- Contenidos mínimos de los Estudios. Letra e.10. RSEIA.

28 Artículo 19.- Contenidos mínimos de las Declaraciones. Letra b.6. RSEIA.

Así en el RSEIA, hay un conjunto de disposiciones referidas a los pueblos indígenas²⁹, que conforman una construcción sistemática, conforme a la cual se logra explicar la inclusión de la consulta indígena en el SEIA, su construcción es el resultado de un trabajo que incluyó un proceso de consulta a los pueblos indígenas, como da cuenta el informe final de dicho proceso elaborado por el SEA³⁰ y en el que se asienta la forma de análisis y de interpretación antes expuesta de la SAD en el SEIA. Ello supone además que cualquier modificación en la materia debe ser consultada a los pueblos indígenas.

En atención a que los incisos finales de los artículos 5, 6 y 9 expresan que: “...se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento...”, nos detendremos especialmente en el análisis de este efecto, característica o circunstancia.

LOCALIZACIÓN EN O PRÓXIMA A POBLACIÓN PROTEGIDA SUSCEPTIBLE DE SER AFECTADA, LETRA D) DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY N°19.300 Y ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO DEL SEIA

En la letra d) del artículo 11 de la ley N°19.300, la hipótesis prevista es la localización en o próxima a población protegida susceptible de ser afectada, así los elementos que copulativamente deben concurrir son:

A.- Que el proyecto o actividad se localice en o próximo a población protegida

El inciso 2° del artículo 8, señala que se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próximo a población protegida cuando esta se encuentra en el área de influencia del proyecto.

Área de influencia que es definida en la letra a) del artículo 2 del RSEIA como: “El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o

29 Artículos: 2 letra h), 5, 6, 7, 8, 9, 10, 18 letra e), 10 inciso final, 19, 27, 61 inciso 2°, 83 inciso 2°, 85, 86, 92 inciso 2° y 96 inciso 4° se refieren a los pueblos indígenas.

30 Ver citas N°19 y 24 anteriores.

circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”.

Así, para los pueblos indígenas, es el área o espacio geográfico, cuyos atributos y/o elementos socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto genera impactos ambientales significativos a los pueblos indígenas.

Población protegida, de conformidad al inciso tercero del artículo 8 son los pueblos indígenas, lo que están definidos en la letra h) del artículo 2 del mismo RSEIA, independiente de su forma de organización.

B.- Que el proyecto o actividad sea susceptible de afectar a dichas poblaciones

Este requisito se presume³¹ que concurre en los casos planteados en los incisos finales de los artículos 5, 6 y 9 del RSEIA, en los dos últimos casos se evaluará además la afectación a los sistemas de vida y costumbres de los GHPII.

El inciso 8° del artículo 8° del RSEIA requiere que para evaluar la susceptibilidad de afectación se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención del proyecto o actividad en áreas donde ellas habitan.

Así no basta que un proyecto o actividad se localice en o próximo a población protegida, sino que necesario además que la intervención provocada por el proyecto o actividad sea susceptible de afectar los objetivos de protección que se propuso resguardar la autoridad ambiental³², en este caso la población protegida.

A continuación y en orden cronológico pasaremos a analizar los esfuerzos interpretativos en la materia, el primero de ellos, si bien no destinado específicamente a la materia, la trata a propósito del término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental, por falta de información relevante y esencial y que para el caso de los pueblos indígenas, tiene injerencia conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del RSEIA, referido a las reuniones con grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, las que pueden

31 DINAMARCA, Jaime (2013). *Evaluación de Impacto Ambiental Análisis del Nuevo Reglamento*. (Ograma Talleres), p. 21.

32 DINAMARCA, Jaime (2013). *Evaluación de Impacto Ambiental Análisis del Nuevo Reglamento*. (Ograma Talleres), p. 117.

llevar a la convicción al SEA sobre la necesidad de la realización de un PCPI y con ello concluir en que el Director del SEA resuelva el término anticipado de la evaluación, pues no se dispuso de toda la información necesaria para determinar la existencia o inexistencia de impactos ambientales significativos a los pueblos indígenas. El primero de estos esfuerzos:

EL INSTRUCTIVO DEL SEA SOBRE CRITERIOS PARA REALIZAR LA EVALUACIÓN AMBIENTAL EN ETAPAS TEMPRANAS Y, SI CORRESPONDIERE, PONER TÉRMINO ANTICIPADO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL³³

Los efectos, características o circunstancias contemplados en los literales del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y en los artículos 5 a 10 del RSEIA, como se dispone en el instructivo sobre criterios para realizar la evaluación ambiental en etapas tempranas y, si correspondiere, poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, se refieren a:

“2) Para el caso de las DIA operará esta causal cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no sea posible determinar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

De lo anterior se desprende claramente que el análisis relativo a si la información omitida es esencial está íntimamente ligado al literal del artículo 11 cuya procedencia haya sido reconocido por el titular, o bien, deba ser descartada por la autoridad.

33 Resolución Exenta del SEA N° 131455 de fecha 12 de septiembre del 2013 que tiene por objeto uniformar criterios respecto de la realización de la evaluación ambiental en etapas tempranas y el ejercicio de la facultad de poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental a que se refieren los artículos 15 bis y 18 bis de la ley N° 19.300. Disponible en: http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/Instructivo_termino_anticipado.pdf. Este instructivo es actualizado mediante el resolución exenta del SEA N° 150575 de fecha 24 de marzo del 2015 que actualiza instrucciones sobre criterios para realizar la evaluación ambiental en etapas tempranas y, si correspondiere, poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/ordndeg_150575_instructivo.pdf este último instructivo no se refiere a aspectos referidos a los pueblos indígenas, por lo mismo debieran estar vigentes las anteriores instrucciones en la materia.

Al respecto, es fundamental notar y tener en consideración la diferencia entre los literales b), c) y e) del artículo 11 de la Ley y los literales a), d) y f) del mismo artículo.

Mientras para los tres primeros (efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovales; reasentamiento de comunidades humanas y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos; y valor paisajístico o turístico), se exige efecto adverso o alteración significativa, en el caso de los literales d) y f) (localización y valor ambiental del territorio; y alteración del patrimonio cultural), la sola susceptibilidad³⁴ de afectación genera la necesidad de que el proyecto ingrese como Estudio, mitigando, reparando y/o compensando los impactos significativos que generan dicha susceptibilidad. Por su parte, en el caso del literal a), correspondiente al análisis de riesgo para la salud de la población ('EIS', evaluación de impacto en la salud o 'HIA', del inglés Health Impact Assessment), la sola generación de dicho riesgo requiere que tal efecto sea mitigado, reparado y/o compensado³⁵.

De esta manera, la obligación de mitigar, compensar o reparar los impactos significativos a que se refieren los efectos, características o circunstancias debe realizarse en tres niveles distintos, de acuerdo a la tolerancia que la sociedad ha definido para dichos efectos, características o circunstancias:

1. En primer lugar, el análisis más exigente indica que la sola presencia de riesgo para la salud de la población genera la obligación de mitigar, reparar y/o compensar (artículo 11, letra a) de la ley).
2. En segundo lugar, y con una exigencia menor, para aquellos elementos a los que se les ha otorgado algún grado de protección social, ambiental o cultural (artículo 11, letra d) y f)), se requiere mitigar, reparar y/o compensar cuando las características del proyecto y/o la magnitud o duración de sus impactos generen susceptibilidad o probabilidad de que aquello que se ha querido proteger se vea afectado negativamente (ya sea por medio de la pérdida o disminución de su valor social, cultural o ambiental).

34 Susceptible (Del lat. *susceptibilis*): Capaz de recibir modificación o impresión (Real Academia Española).

35 Para el análisis detallado de este efecto será necesario tener a la vista la guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población en el seia (ISBN: 978-956-9076-06-0) o la actualización de dicha guía.

3. Por último, para aquellos elementos que no presentan algún grado especial de protección social, cultural o ambiental (recursos naturales renovables no protegidos, incluido suelo, agua y aire, sistemas de vida de grupos humanos y valor paisajístico o turístico), solo se requerirá mitigar, reparar y/o compensar si efectivamente se genera una alteración o efecto adverso significativo, teniendo en consideración su magnitud o duración, según corresponda.

En relación a los pueblos indígenas, la mera susceptibilidad de afectación³⁶ (art. 11 letra d) de la Ley genera la obligación de que dicha susceptibilidad de afectación sea adecuadamente mitigada, reparada y/o compensada y, por otra parte, genera la obligación de consultar la medida administrativa (RCA) de acuerdo al Convenio 169 de la OIT (Art 6.1 Letra a), por ser susceptible de afectarles directamente”.

ALGUNAS CONCLUSIONES POSIBLES RESPECTO DE LA SAD EN EL SEIA

1.- La configuración del efecto adverso o alteración significativa a que se refieren los literales b), c) y e) ya lleva implícita la susceptibilidad de afectar, ya fue capaz de afectar, de ahí entendemos la frase utilizada en los incisos finales de los artículos 6 y 9 del RSEIA, “... se entenderá que el proyecto o actividad es susceptibles de afectarlos en los términos del artículo 8 del Reglamento del SEIA”.

Así, la letra c) del artículo 11 de la ley 19.300 y el artículo 7 del RSEIA, exigirían efecto adverso o alteración significativa respecto de los grupos humanos perteneciente a los pueblos indígenas.

2.- Que respecto del riesgo para la salud establecido en el literal a) del artículo 11 de la Ley N°19.300 y reglamentado en el artículo 5 del RSEIA, la presunción opera en sentido de bajar la exigencia desde la capacidad del impacto al riesgo.

³⁶ Por encontrarse en o cerca de grupos humanos indígenas que sean susceptibles de ser afectados teniendo en consideración la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan.

3.- Para los literales d) y f) de la Ley N°19.300, correspondiente a los artículos 8 y 10, en que expresamente se contempla la hipótesis de la susceptibilidad de afectación directa, ella solo es posible de ocurrir en la hipótesis de las normas.

4.- Se debe considerar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de la letra e) del artículo 2 del RSEIA que define impacto ambiental, se confiere el carácter de significativos a todos impactos ambientales que generen los efectos, características o circunstancias contempladas en el artículo 11 de la ley N°19.300.

5.- Es posible que intervenciones del proyecto o actividad que se encuentre en o próximo (esto es en el área de influencia del proyecto) a población protegida (que habita en el área de influencia) de extensión, magnitud o duración configuren la hipótesis del artículo 8 y que no se encuentren entre los efectos, características o circunstancias de los literales a), b), c), e) y f) del artículo 11 de la ley y en los artículos 5, 6, 7, 9 y 10 o que respecto de los literales b), c) y e) del artículo 11 de la ley N°19.300 y en los artículos 6, 7 y 9 del RSEIA, no logren la significancia, pero si la SAD vía cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del RSEIA.

6.- La utilización de los términos susceptibilidad de afectación (SA) de la letra d) del artículo 11 de la Ley N°19.300, para asimilarlo a la SAD del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es posterior a la idea original de asimilar la SAD solo a los literales c), d) y f) del artículo 11 de la ley N°19.300³⁷, la idea recogida por la jurisprudencia es que impacto ambiental significativo equivale a la SAD, ello implica todos los literales, si bien el artículo 85 habla de afectación directa, no significa que excluya a la SA de la letra d) del artículo 11 por no ser directa, pues todos los impactos son significativos y en este caso la significancia está dada por el objeto de protección que es la población protegida.

37 Ello se vincula a los requerimientos formulados por los pueblos indígenas, en el sentido que fueran todos los literales del artículo 11 que dieran lugar a la consulta, al efecto ver el Informe Final del PCPI de los artículos del reglamento del SEIA referidos a los pueblos indígenas. Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/informe-final-de-la-consulta-los-pueblos-indigenas-del-reglamento-del-seia-ds-ndeg402012> y recurso de protección, caratulado León Bacian Ariel y otro/ Servicio de Evaluación Ambiental, en contra de la Ministra del Medio Ambiente, del Contralor General de la República y el Ministro SEGPRES por el acuerdo del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de mayo del 2012. rol de ingreso a la Corte de Apelaciones de Santiago N°19995, año 2012, Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=1&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&COD_Libro=19&ROL_Recurso=19995&ERA_Recurso=2012&CRR_IdDocRecurso=56394,

7.- Si bien es cierto, los términos “significativo” y “directo” no son realmente sinónimos, en materia ambiental están íntimamente relacionados llegando incluso a identificarse uno con otro, cuando de impactos ambientales se trata.

En efecto, el término “significativo” según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es todo aquello “que tiene importancia por representar o significar algo”.

La SAD a los pueblos indígenas, que hace nacer la obligación de consultar las medidas que adoptan los Estados, partiendo de la lógica que el sistema de análisis de la SAD para el SEIA, esto es respecto de la medida administrativa RCA, es autónomo, de aquel establecido en el RGC, este es coincidente terminológicamente con el primero, pues supone la existencia de impactos significativos y específicos que sean efecto directo de la medida administrativa que se consulta, como se requiere en el inciso 3° de su artículo 7 que define que se entiende por medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En virtud de lo anterior, cuando exista una afectación de esta naturaleza va a cobrar relevancia en materia ambiental en alguna de las categorías del artículo 11 de la Ley N°19.300, por lo que cada vez que estemos frente a una afectación directa se va a cumplir con el requisito de generación de un impacto ambiental significativo necesario para que un proyecto deba ingresar mediante un EIA al SEIA.

Todo lo anterior estaba en línea con lo expresado en el informe de la consulta a los pueblos indígenas del RSEIA³⁸.

El Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas de conformidad al Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental³⁹

El instructivo establece: el procedimiento para la consulta en el SEIA, causales de término de la misma, la naturaleza de la consulta en el procedimiento de evaluación ambiental y cuando es procedente la consulta, es decir cuando estamos en presencia de la SAD⁴⁰.

38 Ver. Op. Cit. 19, pp. 10-11.

39 Dictado mediante el oficio ordinario N°161116 de fecha 26 de agosto del 2016, del Servicio de Evaluación Ambiental, disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf.

40 Un análisis en MANSILLA, Osvaldo (2016). *La Consulta Indígena en el SEIA: Criterios para la Determinación Administrativa de la Susceptibilidad de Afectación Directa*. Tesis para optar al

A continuación, algunos comentarios respecto del mencionado instructivo:

1.- El instructivo originalmente se pensaba solo como una directriz procedimental⁴¹ y no una guía para determinar la existencia de impactos ambientales significativos a los pueblos indígenas o que es lo mismo para determinar la SAD.⁴²

2.- Si se trata de un instructivo interno para los funcionarios del SEA, debe serlo de aquella consulta regulada en el artículo 85 del DS N°40 del MMA, disposición que, para el SEIA, regula la consulta establecida en el Convenio N°169 de la OIT, pues si, a través del instructivo se regula el Convenio 169 de la OIT, el mismo debiera consultarse⁴³, por ello se consultaron las disposiciones referidas a los pueblos indígenas contenidas en el RSEIA.

3.- Pese a que el instructivo se atribuye la regulación de la consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT, no hay un análisis de la naturaleza de la consulta como derecho-deber y proceso-procedimiento.

4.- En el instructivo se expresa (página 4) que él es dictado de conformidad al artículo 7 del DS N°66, ello es un error, pues su artículo 8 dispone que: “la RCA que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16...”. Lo que es recalcado y reiterado en el inciso segundo de la misma disposición.

De ahí que el mandato y conformidad del instructivo debe serlo de la normativa y reglamentación ambiental, debiendo dar cumplimiento al Convenio 169

Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 26 y ss.

41 En esa misma línea se trabajaron más de 40 borradores desde el mes de diciembre del año 2012 por la entonces Unidad de Asuntos Indígenas del SEA.

42 La incorporación del análisis de procedencia de la consulta fue incorporada por el Dpto. de Recursos del SEA, y compartida por la División Jurídica y la División de Evaluación del Medio Humano, PAC y Consulta Indígena. La Unidad de Apoyo de Asuntos Indígenas de la División Jurídica del SEA, era de la postura de no incorporar la materia en el instructivo y restringirlo solo al ámbito procedimental.

43 Fundado en el artículo 7 del Decreto Supremo N°66/2013 del MIDESO, sostiene el SEA que no debe consultarse, por cuanto solo imparte instrucciones a los funcionarios, pero sin duda que al ser una guía para determinar la procedencia de la consulta, interpreta el reglamento del SEIA y afecta los intereses de los pueblos indígenas, por lo que debiera consultarse.

de la OIT por ser normativa ambiental aplicable y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley N°19.300⁴⁴.

Con el texto citado, se pone en evidencia que la norma de exclusión del artículo 8 del mismo RGC, da autonomía al proceso de consulta a los pueblos indígenas, en adelante PCPI, llevado a cabo en el SEIA, con ello la determinación de la SAD en el SEIA, tiene hasta la fecha una especificidad que no debiera ser homologable a lo que dispone el RGC, por las siguientes razones:

- a) Es ajena al SEIA.
- b) En la historia del RGC este reproduce la significancia de los impactos ambientales que demanda el SEIA para el ingreso al mismo (literales artículo 11 de la Ley N°19.300), idea que dado el proceso de revisión por el gobierno del Presidente Piñera y luego de la consulta deriva en una redacción como la que aparece en el texto definitivo del DS N°66 la que no hace sino, a partir de una mezcla de los artículos 11 de la ley N° 19.300 y el artículo 7, N°1, parte final del Convenio N° 169, plantear una visión ajena al SEIA de SAD.
- c) Si hay una cuestión indubitada en los tribunales superiores de justicia chilenos, es que la SAD para efectos del SEIA equivale a los impactos ambientales significativos⁴⁵, ¿por qué innovar al respecto?

5.- En el N°1.3 titulado “Principios del Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas en el SEIA”, no resulta procedente la cita del artículo 11 del RGC, por cuanto su inciso segundo haría aplicable el mecanismo de determinación de la procedencia de la consulta en el SEIA, con la posibilidad que resuelva la materia la Subsecretaría de Servicios Sociales del MIDESO, con lo que se atentaría con la mencionada autonomía que tiene el SEA y el SEIA en la materia y declarada en el artículo del RGC.

6.- El N°2 del instructivo desarrolla y reinterpreta los requisitos de procedencia de la consulta en el SEIA, en forma diversa a la expresada en el RSEIA, en el informe de la consulta de dicho reglamento y como se ha expresado

44 Compartimos en análisis que, sobre jerarquía normativa y cumplimiento de estándar plantea Solís, Osvaldo en Ob. Cit. 39.

45 “Artículo 2.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se entenderá por: e) Impacto ambiental: Alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada. Los impactos ambientales serán significativos cuando generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, conforme a lo establecido en el Título II de este Reglamento”.

previamente a lo expuesto en el instructivo sobre término anticipado de la evaluación y en la doctrina.

6.1.- A partir del N°2.2. “Susceptibilidad de Afectación Directa (SAD)”, comienza todo un análisis e interpretación que es diversa y nueva a la que entonces se planteaba en el SEA, la que difiere de lo que el propio RSEIA plantea y que quedara atestado en su oportunidad en el informe de su proceso de consulta y en el instructivo precedentemente analizado.

6.1.1.- Se parte con una explicación general que en su primer párrafo señala:

“El Convenio N°169, señala en la letra a) N° 1 del artículo 6 que, para que sea procedente la realización de la consulta, la medida administrativa que se prevé adoptar debe tener la capacidad de afectar directamente a los pueblos indígenas.”.

Como hemos visto en el número anterior, dicha afectación directa es definida en el artículo 7° del RGC como “... un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

Resulta innecesaria e improcedente esta cita, puesto que por lo dispuesto en el artículo 8 del RGC, esta disposición no resulta aplicable en el SEIA.

El RSEIA, como se ha expresado, contempla toda una metodología y sistema lógico que en sus disposiciones artículo 85 y artículos 5 a 10, permiten concluir cuándo estamos en presencia de la SAD, la que se asimila a los impactos ambientales significativos.

Desde el punto de vista político si por separado existe algún nivel de rechazo a los RSEIA, DS N°40 del MMA y al RGC DS N°66 del MIDESO, ¿para qué sumar la lógica del DS N°66 a la lógica que se ha aplicado en el SEIA y que hasta ahora tiene respaldo administrativo y jurisprudencial?, lo anterior es sin perjuicio de las mejoras que sobre el particular puedan plantearse⁴⁶.

Esa lógica y sistemática es la que el SEA defendió en la CGR en la reconsideración de su dictamen, el caso del reclamo formulado por la comunidad Aymara

⁴⁶ Ver propuesta contenida en Ob. Cit. 39 y la contenida en la propuesta alternativa del profesor Millaleo, a la propuesta de la CAPE SEIA.

de Cancosa, contra la interpretación del SEA, por el proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado⁴⁷.

Por otra parte, la cita del artículo 7 del RGC antes mencionado, avala que parte de la protección de los PPII en la evaluación ambiental sea la tierra indígena titulada y no: "... su relación con sus tierras". Asumir lo expuesto en el instructivo implica que debemos -en el marco de la evaluación ambiental- hacernos cargo de la protección de la relación con sus tierras, se encuentren tituladas o no y sin que la afectación se encuadre en algún impacto ambiental significativo.

Respecto de los impactos a los PPII ¿qué se entiende por su "calidad de tales"? ya que fuerza el análisis a identificar aspectos específicos indeterminados para demostrar una afectación a lo "indígena", ¿para aquellos que cuentan con una certificación de indígenas por la CONADI es necesario esa acreditación?

6.1.2.- Se utiliza la expresión efecto directo, sin determinar su sentido y alcance.

6.1.3.- Se agrega el número 2.2.3. "SAD en relación al área de influencia", estimamos este acápite descontextualizado del objetivo del instructivo, que es de corte procedimental y no de evaluación de impacto. Se mezclan en este acápite la susceptibilidad de afectación directa en relación al área de influencia. Aspecto redundante si se considera que la SAD por cierto se presenta en el área de emplazamiento y/o de influencia del proyecto.

Además, se incluye el art. 86 del RSEIA, que es una herramienta que permite al SEA determinar la existencia o inexistencia de impactos ambientales significativos a los pueblos indígenas, pero sin mediar explicación del por qué se entiende que en el supuesto de estar en la cercanía a los grupos humanos perteneciente a los pueblos indígenas (GHPPI) supone estar en el área de influencia del proyecto.

6.1.4.- En el N° 2.2.4. "Explicación particular: Afectación directa del Convenio N°169 de la OIT y efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300", se desarrolla la nueva interpretación de cuándo es procedente la consulta, distinguiendo entre "susceptibilidad de afectación

47 Dictámenes de la Contraloría General de la República N°88.248, de fecha 12 de noviembre del 2014, referido a la procedencia de incluir a la comunidad de Cancosa en el proceso de consulta indígena del Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado y N°32.996, de fecha 24 de abril del 2015, que complementa el anterior.

directa” y “afectación directa”, aplicando esta distinción en un análisis que se efectúa a los literales del artículo 11 de la ley N°19.300 y los artículos 5 al 11 del RSEIA, distinguiendo entre impactos ambientales significativos de otras hipótesis contempladas en los literales y artículos mencionados, en contra de la tesis sostenida hasta entonces por el propio SEA⁴⁸ y avalada por la reiterada jurisprudencia que asimilan SAD o afectación directa a la existencia de algún impacto de aquellos señalados en el artículo 11 de la ley N°19.300 a los pueblos indígenas y por último se sostiene que la hipótesis de impacto ambiental significativo establecida en el artículo 8 del RSEIA, no se basta a sí misma, sino que requiere que concurra la de los artículos 7 u otra, contrariando con ello lo dispuesto en el propio artículo 8, como se pasará a ver:

6.1.4.1.- Para la letra a) se señala que lo que se regula es el riesgo, entendiendo este como la posibilidad de un impacto, asimilándolo si se quiere a la susceptibilidad, pero se olvida considerar que los que se regula ahí es la posibilidad actual, es un riesgo actual.

6.1.4.2.- Para la letra b) del artículo 11 y artículo 6 del RSEIA, pese a que este señala expresamente en su inciso final, que: “En caso que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7”.

El artículo 6 dispone que cuando la hipótesis prevista en la norma se dé respecto de los PPII “... se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y dicha afectación deberá ser especialmente analizada en relación a la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7 (en relación al artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300)”.

Se parte por el análisis del propio literal b) del artículo 11 de la LBGMA o artículo 6, del RSEIA para luego entender que la afectación es la señalada en el artículo 8 del RSEIA y a partir de esa afectación debe ser especialmente

48 Ver informe de la consulta del RSEIA, pp. 10-12.

analizada la afectación al literal c) del artículo 11 de la LBGMA o artículo 7 del RSEIA.

Pese a lo anterior concluye el instructivo que: “Cabe destacar que esta posible afectación ya no sería el impacto del artículo 11 letra b) de la Ley –efecto adverso significativo sobre recursos naturales– sino que, como ya se refirió, la posible afectación sería en virtud de lo señalado en el artículo 11 letra c) –alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de GHPPI– o letra d) –localización próxima a población protegida susceptible de ser afectada”.

Se vacía de contenido el artículo 8 del RSEIA, se altera el orden en análisis dispuesto por el artículo 6 del RSEIA.

Por último, puede existir afectación a recursos naturales que son de los PPII o utilizados por ellos y perfectamente pueden ser afectados por un proyecto, obra o actividad.

6.1.4.3.- Para la letra d) del artículo 11 de la ley N°19.300 y artículo 8 RSEIA, señala que: “Este impacto ambiental significativo hace referencia a la “susceptibilidad” o “posibilidad” de generar afectación a GHPPI producto de la proximidad del proyecto”.

Se olvida que expresamente el artículo 8 en su inciso 8°, le confiere un grado de significancia al impacto al exigir que: “A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan”.

Por otra parte, falta un análisis de la hipótesis del artículo 8 del RSEIA, como se ha expuesto previamente en “Localización en o próxima a población protegida susceptible de ser afectada, letra d) del artículo 11 de la Ley N°19.300 y artículo 8 del RSEIA” de este artículo.

6.1.5.- A continuación, como se expresa en el título del número 2.2.5, se realiza una interpretación del artículo 11 letra d) de la Ley N°19.300, se parte de un análisis literal de la norma, para concluir que la hipótesis prevista es la de susceptibilidad o posibilidad de afectación a la población protegida, agregando a continuación las hipótesis de cuándo “... se debe entender que se cumple con el supuesto del artículo 11 letra d) cada vez que:

- a) Se genere el impacto del literal a) –sobre población protegida– pues el *Reglamento del SEIA* presume que se genera por este solo hecho el impacto del literal d);

- b) Se generen los impactos de los literales b) y e) –“en”lugares con presencia de GHPPI– pues, al igual que en el caso anterior, el *Reglamento del SEIA* presume que se genera por este solo hecho el impacto del literal d); y
- c) Cuando, del mérito del procedimiento de evaluación, el SEA estime que existe una duda razonable, cierta y verosímil de que el proyecto “pueda” generar los impactos de los literales c) y f) del artículo 11 de la ley N° 19.300. Para efectos de acreditar dicha duda razonable el SEA deberá valerse de todos los medios idóneos que sean necesarios, por ejemplo, realización de visitas a terreno, reuniones con GHPPI, etc.

Cabe relevar que en aquellos casos en que se haya iniciado una Consulta en virtud de lo establecido en el literal d) del artículo 11 de la Ley N°19.300 y con posterioridad se conozcan antecedentes que justifiquen la inexistencia de aquel, se dará termino al procedimiento administrativo en virtud de los artículos 14 y 41 de la Ley N°19.880”.

Sobre el particular valgan los siguientes comentarios:

La hipótesis prevista en la letra c) anterior no se contempla en el artículo 7 del RSEIA, el que en sus incisos 5 y 6 expresan: “A objeto de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.
- b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.
- c) La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.
- d) La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

Para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, además de las circunstancias señaladas precedentemente, se considerará la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular”.

Por su parte respecto de la hipótesis prevista en el literal f) y desarrollada en el artículo 9 del RSEIA, en su inciso final, expresa: “En caso de que el proyecto o actividad genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7”.

Como se lee de las mencionadas disposiciones, la significancia es requisito, para que la afectación se produzca respecto de los pueblos indígenas.

Por último y contrariando el mandato de respetar las etapas de todo PCPI, de conformidad al RGC, se permite poner término unilateralmente al mismo fundado en los artículos 14 y 41 de la ley N°19.880⁴⁹.

A continuación, y a objeto de establecer una nueva interpretación diversa a lo dispuesto en el RSEIA, respecto del artículo 8 omitiendo toda mención al desarrollo que el mismo efectúa del literal d) del artículo 11 de la Ley N°19.300, aduce como argumento que: “El Reglamento del SEIA, en su artículo 8°, aborda el impacto ambiental significativo establecido en el artículo 11 letra d) de la ley N°19.300. Se debe tener en especial consideración que el Reglamento del SEIA corresponde al ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución de ley, puesto que se encuentra subordinado a la Constitución y a la ley que pretende reglamentar, esto es, la Ley N°19.300. Esto queda aún más claro si tenemos a la vista el Dictamen N°30.558 de 26 de septiembre de 1996 de la Contraloría General de la República, que representó el decreto supremo N°100, de 1996, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, que aprobaba la primera versión del reglamento de la ley N°19.300, precisamente fundado en los distintos tipos de excesos reglamentarios en los que se puede incurrir. En virtud de lo anterior, no se puede reconocer una función creadora o independiente del Reglamento respecto de la Ley, sino que todo lo contrario, los límites interpretativos se encuentran en la ley y la interpretación que se dé a las normas reglamentarias no pueden salirse de dicho marco y, por tanto, la interpretación que se dé al artículo 8 del Reglamento del SEIA no puede ir más allá de aquella parte de la ley N°19.300 que ejecuta, a saber, su artículo 11 letra d)”.

49 Ver instructivo de la consulta en el SEIA del SEA, oficio Ord. N°161116 de fecha 24 de agosto del 2016, pp. 19-20, a propósito de la interpretación de la letra d) del artículo 11 de la ley N°19.300.

Sin duda que un instructivo no es la vía idónea para modificar el RSEIA, las facultades del Director Ejecutivo (artículo 81 letra d) ley N°19.300), no alcanzan a las que corresponden al Presidente de la República, la facultad para generar guías no alcanza para ello. En los hechos con lo expresado en el instructivo se expresa que el Presidente de la República, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y la Contraloría General de la República han actuado al dictar el Reglamento del SEIA respecto de estas normas, contra la ley y la Constitución Política de la República y más aún ha dejado sin efecto lo acordado en el marco de la consulta a los pueblos indígenas en el proceso de consulta del DS N°40/2012 del MMA, dictando este instructivo sin consulta.

6.2.- Para concluir el análisis de los requisitos de procedencia de la consulta en el N°2.3. Referido al “descarte de la afectación directa e interpretación inspirada en los principios de buena fe y flexibilidad”.

No perdería de vista que este es un instructivo para la aplicación de la consulta en el SEIA y no de interpretación del Convenio y ella parece ser la intención al leer el siguiente párrafo: “En razón de lo anterior, al implementar la consulta del Convenio N°169 de la OIT, la interpretación que se realice de las normas que regulan la consulta dentro del SEIA debe estar inspirada en los principios de buena fe y de flexibilidad, para efectos de permitir cumplir con el espíritu del Convenio”.

Esto servirá como un argumento más para sostener que el instructivo debe consultarse.

La buena fe no es un principio de interpretación, sino para la realización de la consulta y la flexibilidad para la implementación de las obligaciones que establece el Convenio 169 de la OIT, artículo 34 de dicho tratado.

Al hablar de este principio, se deben aplicar los principios propios de un tratado de derechos humanos

JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS RESPECTO DE LA SAD

La reiterada jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal y de las Cortes de Apelaciones asimila los impactos significativos del artículo 11 de la ley N°19.300 a la SAD establecida en el Convenio 169 de la OIT.

En materia ambiental la relación existente entre los conceptos “impacto ambiental significativo” y “afectación directa” es tan estrecha que llegan a identificarse⁵⁰.

Lo anterior se debe a que la afectación directa sobre pueblos indígenas se encuentra comprendida en los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, razón por la cual cada vez que se produzca un impacto ambiental significativo sobre algún grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas nacerá la obligación del gobierno de realizar el correspondiente proceso de consulta de conformidad al Convenio 169 de la OIT.

Además, la Excelentísima Corte Suprema y las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones utilizan indistintamente la expresión SAD y afectación directa, pero en uno u otro caso la asimilan a la existencia respecto de los pueblos indígenas de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 a los que se refieren respectivamente los artículos 5 a 10 del DS N° 40/2013 MMA.⁵¹

50 Un análisis de la jurisprudencia que distingue entre SAD y afectación directa en LÓPEZ, Ricardo; y MOHR, Tania (2014). “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?” Revista de Derecho (Valdivia, Vol. XXVII), pp.120 y ss.

51 Lo expresado anteriormente queda de manifiesto en las siguientes sentencias: Sentencia ICA de Valdivia, rol N°1243-2010, de 04 de agosto del 2010, caratulada Comunidad Indígena Puquiñe y otro con la COREMA de la Región de los Ríos. Sentencia ICA de Temuco, rol N°1705-2009, de 21 de enero del 2010, caratulada Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenüñanco con Comisión Regional del Medio Ambiente IX Región. Sentencia ICA de Antofagasta, rol N°782-2010, de 21 diciembre del 2010, caratulada Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta. Sentencia ICA de Pto. Montt, rol N°239-2011, de 11 de octubre del 2011, causa caratulada Comunidad Antulafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos. Sentencia ICA de Temuco, rol N°349-2011, de 20 de enero del 2012, caratulada Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía. Sentencia de la ICA de Temuco, rol N°4366-2014, de fecha 17 de febrero del 2015, caratulada recurso de protección Rodríguez Fernández Osvaldo contra Servicio de Evaluación Ambiental y Otro. Sentencia ICA de Temuco, rol N°1377-2013, de fecha 17 de septiembre del 2013, causa caratulada Comunidad Indígena Juan De Dios Ancamil III, con Comisión de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía. Sentencia de la ICA de Temuco, rol N°6758-2013, de fecha 25 de octubre del 2013, caratulada Comunidad Indígena Manuel Marillanca y otras contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía. Sentencia de la ICA de Temuco, rol N°5707-2013, de fecha 29 de enero del 2014, caratulada Comunidad Indígena Mariano Millahual y otras contra Comisión Evaluadora Ambiental Región de La Araucanía. Sentencia de la ICA de Temuco, rol N°325-2014, de fecha 06 de mayo del 2014, caratulada Comunidad Indígenas Monte Huanqui Viuda De Quinilef y Juan Lican Contra Comisión de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía.

Un aspecto importante de destacar es que las sentencias mencionadas casi como un axioma atribuyen la SAD o la afectación directa a todos y cada uno de los literales del artículo 11 de la Ley N°19.300.

Luego de la entrada en operación de los tribunales ambientales, se asentó la doctrina que la vía jurisdiccional de protección, no resultaba ser la vía idónea para recurrir en contra de las RCA⁵², esta tesis fue alterada en dos casos, que denominaremos proyecto “Minero el Morro”⁵³ y proyecto “Terminal GNL Penco-Lirquén”⁵⁴. Siendo atingente a la materia tratada, nos detendremos en el segundo de ellos en este caso la Dirección de la VIII región del SEA, mediante la resolución exenta N°214 de fecha 17 de junio del 2016, puso término anticipado al procedimiento de consulta a la “Asociación Indígena Koñintu Lafken Mapu de Penco”, en el marco de la evaluación ambiental del EIA del proyecto, que motivó en el artículo 14 inciso 2° de la LBPA⁵⁵, específicamente, en la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, confundiendo el SEA la causa del procedimiento administrativo (de la consulta), como

Sentencia de la ICA de Antofagasta, rol N°1637-2013, de fecha 07 de diciembre del 2013, caratulada Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu con Comisión Regional de Evaluación Ambiental. Sentencia ICA de Valdivia, rol N°1944-2013, de fecha 18 de enero del 2013, caratulada María Quechuyao Vásquez con Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos y el Director Ejecutivo del SEA. Sentencia CS, rol N°1418-2013, de fecha 02 de abril del 2013 sobre desistimiento de los recurrentes en causa caratulada comunidad indígena Eugenio Araya Huliñir con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía.

- 52 DIA proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, cuyo titular es SQM S.A., rechazando el recurso, rol N°16817-2013, en EIA del proyecto “Minero Manganeso Los Pumas”, rechazando el recurso interpuesto, rol CS N°17120-2013. La misma tesis fue establecida por la Corte de Apelaciones de Valdivia respecto del proyecto denominado “Piscicultura Cocule” de la sociedad Inversiones Gramado Limitada, rol N°387-2014 y del proyecto denominado “Piscicultura Río Bueno” de la empresa Eco Salmón S.A. rol N°131-2014 Acumulado 132-2014. La Corte de Apelaciones de Concepción respecto del “Parque Eólico Negrete” rol N°3057-2014 y respecto de la EIA Proyecto “Modernización Ampliación Planta Arauco”, cuyo titular es Celulosa Arauco y Constitución S.A., de 7 de febrero del 2014, rol N°1660-2014.
- 53 Causa caratulada Comunidad Indígena Diaguaita Yastai de Juntas de Valeriano y Otros contra Comisión de Evaluación Ambiental (Cea), rol ingreso Corte Suprema N°11.299-2014.
- 54 Causa caratulada Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco Representada por María Patricia Flores Quilapan y otros contra Servicio de Evaluación Ambiental Región Bio Bio y Comisión de Evaluación Ambiental Región Bio Bio. Ingreso N°65.349-2016 de la Corte Suprema. Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=2731861&CRR_IdDocumento=2250738&Cod_Descarga=11.
- 55 Causal de término anticipado del procedimiento que posteriormente aparecerá plasmada en el instructivo de la consulta del SEA como se ha planteado previamente, ver op. cit., 49.

es la SAD, con su objeto, la búsqueda del consentimiento o acuerdo con la asociación indígena sujeto de la consulta.

Lo anterior quedó de manifiesto en la sentencia de la ECS de fecha 30 de enero del 2017, por la que se expone:

“Séptimo: Que en contradicción con lo previamente señalado y sin mediar previo traslado o emplazamiento de la referida Asociación Indígena, la misma autoridad que dio inicio al proceso de Consulta Indígena y encontrándose éste sin concluir, dictó la RE N°214 de 17 de junio de 2016, por la que se resuelve unilateralmente el proceso iniciado de conformidad a lo señalado en el artículo 14 de la Ley N°19.880. El referido acto sostiene que si bien esa Dirección Ambiental resolvió mediante RE N°417/2015, que se verificaban respecto del proyecto las condiciones establecidas en el artículo 85 del Reglamento del SEIA, siendo procedente un proceso de consulta a pueblos indígenas, de conformidad a la Adenda Complementaria que fue presentada por el titular del proyecto con fecha 4 de mayo de 2016, se presentan antecedentes complementarios a los ya presentados que le permiten afirmar que el impacto ambiental significativo, reconocido de oficio por su parte, ya no se generaba respecto de la Asociación Indígena, para luego hacer referencia a una serie de antecedentes que de acuerdo a la información proporcionada por la Adenda Complementaria le permiten sostener que no se produce el impacto ambiental significativo establecido en el artículo 11 letra c) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, aplicando a este caso lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N°19.880, entendiendo que se configura una situación de desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento.

Octavo: Que la decisión contenida en el acto recurrido, no se ajusta a las especiales características que posee la Consulta Indígena, por cuanto de lo que se trata, es precisamente de implementar un proceso de participación efectiva con la Asociación Indígena supuestamente afectada, no constituyendo argumento suficiente el esgrimido por la autoridad ambiental, al sostener que de la nueva información contenida en la Adenda presentada por el titular del proyecto ha cambiado su parecer y estima actualmente que el proyecto presentado no presenta una alteración significativa del medio ambiente. En efecto, la sola entrega de la Adenda no permitía a la recurrida poner término anticipadamente al proceso de consulta, toda vez este ya se había iniciado y emplazada debidamente la Asociación Indígena supuestamente afectada, las

modificaciones al proyecto presentadas por la titular y contenidas en la Adenda, correspondía que fueran analizadas por la Asociación Indígena quien fue la llamada a participar en este proceso. Lo cierto es que este mecanismo de participación persigue un fin distinto de aquel que pareciera desprenderse de la resolución recurrida, ya que tal instancia, es una etapa previa en todo el proceso de otorgamiento de permisos ambientales y lo que persigue es precisamente que a través de la información completa e informada del titular del proyecto, a las Asociaciones Indígenas supuestamente afectadas, ellas puedan manifestar su conformidad con el proyecto evitando otras instancias recursivas que se establecen en la legislación ambiental y que efectivamente pudieran dilatar la implementación del mismo.

De igual forma, conforme al parecer de estos sentenciadores, la autoridad ambiental recurrida yerra al sostener que en este caso resulta aplicable el artículo 14 de la Ley N°19.880, que regula la extinción de los efectos del acto administrativo por la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, ello porque sin entrar a la discusión previa respecto de la jerarquía normativa del Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que no puede sostenerse que el objeto del proceso de Consulta Indígena es la existencia de una alteración significativa del medio ambiente como consecuencia del proyecto, como pareciera desprenderse de la lectura de la resolución recurrida, sino que conforme a lo antes señalado se desprende claramente que el proceso de consulta persigue informar a los intervinientes y supuestamente afectados por un proyecto ambiental, cada una de las etapas del proyecto y cuáles serían las argumentaciones que el titular del mismo expone para mitigar o desaparecer esta afectación y al interrumpirse el proceso esto no se ha producido, por lo que la referida disposición no puede ser aplicada a este caso. De esta forma, la interrupción abrupta del proceso de consulta causa un agravio a los afectados y a toda la institucionalidad ambiental pues la Asociación Indígena, en ese escenario, no tiene posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad, tampoco podrá en su caso manifestar anticipadamente su conformidad con las modificaciones presentadas por el titular, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural.

Noveno: Que de igual forma, y en cuanto a la continuidad del proceso de Consulta Indígena el artículo 29 de la Ley N°19.300, señala en lo pertinente que “si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustancialmente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días...”. “En el mismo sentido, la propuesta reglamentaria establece que el proceso de consulta es permanente durante todo el proceso de evaluación e, incorpora la obligación de que siempre deberá abrirse un nuevo proceso de consulta en las respectivas adendas, en el evento que ésta se haya efectuado originalmente, lo que permite asegurar que los grupos humanos indígenas participarán durante todo el proceso de evaluación ambiental, independientemente de que haya llegado a su fin el procedimiento de participación convencional”. Argumentos de los que debe necesariamente colegirse que las modificaciones contenidas en la Adenda Complementaria presentadas por la titular del proyecto, en ningún caso facultaban a la autoridad ambiental para terminar anticipadamente el proceso ya iniciado, sino que por el contrario, lo que exigían era incorporar tal información al proceso de consulta ya iniciado.

Tampoco es posible encontrar disposición alguna en el Convenio 169, y en la legislación ambiental que justifique el actuar de la recurrida de poner término anticipadamente al proceso de consulta iniciado, por las razones esgrimidas.

Décimo: Que tal proceder deviene en que la Resolución recurrida incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, sin que pueda terminarse anticipadamente el proceso de consulta con el sólo mérito de lo expresado por la titular del proyecto, sin tener en cuenta y hacerse cargo de las aspiraciones y formas de vida de las comunidades originarias interesadas.

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar el deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a dichas comunidades indígenas”.

Nótese que la sentenciadora cita el informe final del proceso de consulta del RSEIA y sus guías, al que se ha hecho referencia previamente.

En mérito de lo anterior una de las hipótesis de término anticipado establecidas en el instructivo de la consulta, es declarada improcedente para este caso por la ECS.

Resulta novedosa e interesante la reciente doctrina que se asienta en las dos últimas sentencias en la materia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia relativas a los proyectos: “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”⁵⁶ y “Central de Pasada Mediterráneo”⁵⁷, las que sostienen la falta de motivación y de fundamentación de las RCA, que carecen de una debida evaluación del medio humano, por cuanto los informes antropológicos no han sido debidamente realizados y evaluados, omitiendo importante información, vulnerándose con ello en el primera caso el deber de motivación de conformidad al artículo 41 de la LBPA, lo que a su vez hace insuficientes los argumentos para sostener fundadamente, en forma racional e inequívoca, que no se producen los efectos adversos significativos establecidos en las letras c) y d) del art. 11 de la LBGMA, y en el segundo caso por cuanto la RCA se fundó solo en el Estudio Antropológico Original y su Ampliación presentados por el titular del proyecto y del EIA, cuyas conclusiones no eran confiables, y por lo mismo generaban infracción a una serie de disposiciones de la Ley N°19.300, “... el Acto Reclamado no se conformó con lo dispuesto en el art. 16 inc. final de la LBGMA que requiere que el Estudio de Impacto Ambiental cumpla con la normativa ambiental, y se haga cargo de los efectos, características y circunstancias establecidos en el art. 11 de la LBGMA. De todo lo anterior se sigue que la RCA no pudo considerar las medidas pertinentes que exige el art. 16 inciso final LBGMA con relación a las comunidades indígenas.”. Ambas sentencias han sido casadas en la forma y fondo para ante la ECS, encontrándose a la fecha de elaboración de este artículo pendientes de resolución.

Lo importante de estas sentencias es que ponen de relieve la necesidad de contar con peritajes antropológicos en atención a los diferentes referentes cognitivos⁵⁸, pero no sólo para la determinación de la SAD, sino para la evaluación del medio humano indígena y no indígena, tratándose de estos últimos sujetos en atención a sus intereses y derechos particulares, deben implicar peritajes antropológico-jurídicos, que incorporen los aspectos

56 Causa rol N°R-38-2016, sentencia de fecha 28 de diciembre del 2016. Disponible en la página web del Tercer Tribunal Ambiental.

57 Causa rol N°R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre del 2016. Disponible en la página web del Tercer Tribunal Ambiental.

58 Lo anterior ha sido planteado en Ob. Cit. 50, p. 111.

socioculturales que les son propios y que por su parte la institucionalidad ambiental tenga la capacidad de desarrollar los aspectos socioculturales como integrantes del medio ambiente.

ANÁLISIS DOCTRINARIO SOBRE LA MATERIA

Sin perjuicio de la doctrina precedentemente citada, como primera impresión diremos que es escasa, la existente carece del detalle necesario para analizar todas las hipótesis de SAD como IAS en el SEIA, puesto que entienden que las hipótesis son solo aquellas mencionadas en el artículo 85 del RSEIA, sin considerar lo dispuesto en los incisos finales de los artículos 5, 6 y 9 del mismo cuerpo normativo, que ante su concurrencia, se presume que se está en la hipótesis del artículo 8 y además debe analizarse para los casos de los artículos 6 y 9 la afectación a sus sistemas de vida y costumbres del artículo 7⁵⁹.

Un número importante de la misma se centra en señalar que con la reglamentación que se efectúa en el SEIA de la SAD -consulta a los pueblos indígenas solo cuando estamos en presencia de proyectos que ingresan al EIA que identifican IAS a los PPII- se restringen las hipótesis que contempla el Convenio 169 de la OIT, por lo que la consulta también debiera extenderse a las DIA. Además, que la SAD no requiere significancia en el impacto, vasta que exista la posibilidad o capacidad de que se produzca la afectación directa para que proceda la consulta⁶⁰.

59 Silva, Carolina y Parot, Gonzalo, “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT”. *Revista de Derecho Ambiental*. Universidad de Chile. Año IV N°6 (2016). Y en op. cit., 38 y 49.

60 Aylwin José y otros, *Los Pueblos Indígenas y el derecho*. Editorial Lom, 2013, pp. 286-299 y 381. Instituto Nacional de Derechos Humanos, en: Documento “*Opinión del INDH Sobre las Propuestas de la Mesa Técnica N°3 Sobre Participación Ciudadana y Consulta Indígena, de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA, enero 2016*”. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/935/Informe.pdf?sequence=1>, “*Informe en derecho: El Deber de Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígena*”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril del 2014. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/664>; “*Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA-“*, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo del 2013. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>; “*Informe Misión de observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013*” disponible: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>; Informes Anuales sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile: año 2010, pp. 98-102; 2011, pp. 36-42; 2012, pp. 66-72, (especial referencia a la reforma al SEA); año 2013, pp. 21 (aprobación

Respecto de la procedencia de la consulta indígena acorde al art. 11 de la Ley 19.300, no obstante la crítica que efectúa el INDH a la regulación de la consulta en el SEIA, la que va en línea con lo expuesto previamente, se debe considerar que tanto en la “Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–, aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013”, como en el posterior “Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril del 2014. Sesión 201, señalan en sus conclusiones, números 4 y 3 respectivamente que: “El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia”⁶¹.

Lo anterior está en línea con lo planteado por el profesor, Sr. Manuel Nuñez⁶², en su calidad de consejero del INDH, en presentación efectuada ante la mesa técnica N°3 sobre participación ciudadana y consulta indígena de la comisión asesora presidencial para la evaluación del sistema de evaluación de impacto ambiental, en adelante CAPE SEIA⁶³.

La CAPE SEIA, además ha presentado en la materia una propuesta referida a la consulta a los pueblos indígenas, la que al igual que las demás materias analizadas por la CAPE, deberán transformarse en modificaciones legales o reglamentarias u otras medidas o actos administrativos que determine la autoridad, las mencionadas propuestas van desde menores modificaciones al articulado del reglamento del SEIA referido a pueblos indígenas –artículos

del Reglamento SEIA) a 23; y año 2014, pp. 245 a 249. Disponible en: <http://www.indh.cl/informes-anales>.

61 Idea reiterada en el Documento “*Opinión del INDH Sobre las Propuestas de la Mesa Técnica N°3 Sobre Participación Ciudadana y Consulta Indígena, de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA, enero 2016*”, p. 6. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/935/Informe.pdf?sequence=1>.

62 En Acta de reunión de fecha 14 de octubre del 2015, pp. 3 y 4. Disponible en: <http://comision-seia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2015/04/Acta-reunion-9-mesa-3-Rev-11.pdf>.

63 Comisión creada mediante Decreto Supremo N°20 de fecha 10 de abril del 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, comisión que tiene por objeto el estudio y evaluación del SEIA, así como la formulación de propuestas de modificaciones legales, reglamentarias u otras que se requieran. Más información en: <http://comision-seia.mma.gob.cl/>.

85 y 27– a una modificación legal tendiente a hacer extensivo el recurso de reclamación –exclusivo para los participantes del proceso de participación ciudadana⁶⁴– a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que hayan sido participe solo de un proceso de consulta. El mencionado documento contiene una propuesta alternativa para la regulación de la consulta presentada por el Comisionado, el académico Salvador Millaleo⁶⁵.

Recientemente en el ámbito doctrinario se efectúa un acabado análisis del sistema lógico establecido en el RSEIA para determinar la SAD, demostrando en ella que por medio de la aplicación del método dogmático se pueden “... generar criterios administrativos que permiten establecer la existencia de la SAD respecto de un proyecto de inversión, y por ende la procedencia de la consulta indígena en el SEIA, así como entregar elementos orientadores sobre consideraciones jurídicas que es preciso tener presentes al efectuar dicha determinación, para efectos de que se conforme tanto con las exigencias del Convenio N°169 y otros textos internacionales de derechos fundamentales, como con las exigencias de nuestro propio ordenamiento interno, esto es, tanto de la normativa ambiental como de las normativa administrativa general. Se quiere, en definitiva, demostrar que es posible armonizar la consulta indígena del Convenio N°169 y el SEIA, de forma que el resultado sean criterios para una consulta indígena de proyectos de inversión que no solo apliquen el estándar establecido por el Convenio, sino que además, se fundamenten tanto en los imperativos del derecho internacional de los derechos humanos como de nuestro derecho interno”⁶⁶.

Sin duda, la propuesta metodológica, además de integradora de la normativa nacional, administrativa, ambiental e indígena y de las normas internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, logra equilibrar los intereses de los involucrados en los procesos de evaluación ambiental y en los procesos de consulta estableciendo acertadamente que el mencionado proceso, cuando es procedente en el SEIA, constituye una etapa del mismo y un procedimiento en sí mismo.

64 Lo anterior de conformidad a los artículos 29 de la ley N°19.300 y 16 N°5 de la ley N°20.600.

65 En Informe Final de la CAPE SEIA, disponible en: http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/35877_Informe-MMAF_FINAL.pdf.

66 SOLÍS MANSILLA, Osvaldo. *La Consulta Indígena en el SEIA: Criterios para la Determinación Administrativa de la Susceptibilidad de Afectación Directa*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Resulta novedosa -pero acorde al principio de flexibilidad y buena fe- la propuesta de acoger en los acuerdos logrados entre los titulares de los proyectos y las ORPI, en los términos del artículo 13 bis, en los procesos de consulta, aun cuando estos no refieran a los impactos ambientales significativos y las medidas que se hacen cargo de los mismos.

La asimilación al riesgo de la SAD y la extensión al principio precautorio del SEIA.

CONCLUSIONES

- 1.- La SAD a los PPII, no se agota en los impactos ambientales significativos, pero impactos de esa naturaleza deben dar paso a la consulta a los pueblos indígenas.
- 2.- La afectación a las tierras, territorios de los recursos naturales debe dar paso a un proceso de consulta, así como la afectación a intereses de los pueblos indígenas, en los términos del artículo 15, N°2, debieran dar paso a consulta en procesos concesionales. Ello ha resultado viable en procesos de consulta de concesiones geotérmicas.
- 3.- La existencia de la SAD, en el ámbito procedimental administrativo, requiere de una metodología, criterios y orientaciones, que reduzcan la discrecionalidad.
- 4.- La OIT, no objeta que la consulta se realice en el SEIA, pero recomienda que toda medida que sea SAD a los PPII sea consultada.
- 5.- Se debe buscar la forma que las DIA sean materia de consulta, una alternativa es que aquellas que se emplacen en tierras, ADI o en las cercanías a los pueblos indígenas sean consultadas, en cuyo caso la consulta tendrá por materia medidas tendientes a compensar las afectaciones identificadas en conjunto entre el SEA y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas (ORPI).
- 6.- En la medida que se establezcan mecanismos de relacionamiento temprano entre titulares de proyecto y las ORPI, estos deben ser obligatorios, a fin que el Estado sea parte de ellos, estos mecanismos deben ser sancionados por un acto administrativo y contemplar procesos de consulta, pues en estas etapas

se decidirán en forma cuestiones como el emplazamiento o alternativas de diseño.

7.- El instructivo de la consulta del SEA, resulta como se ha dicho ilegal y no se ha consultado, por otra parte contiene una reinterpretación de las normas del RSEIA referidas a la determinación de impactos ambientales significativos a los PPII, contraria a su texto.

8.- Por último, con independencia de la decisión de la autoridad de mantener o no, la consulta a los PPII en el SEIA, ya sea por no dar cumplimiento a la posibilidad de influir en aspectos fundamentales de los proyectos, tales como emplazamiento y cuestiones que son resueltas en forma previa al ingreso al SEIA, en lo metodológico y estructural, sin perjuicio de la aplicación de criterios técnicos o de derecho administrativo, la evaluación ambiental debe abrirse a llenar de contenido los aspectos socioculturales implícitos en el concepto de medio ambiente, la evaluación del medio humano y especialmente del medio humano indígena debe considerar aspectos propios de su cosmovisión y de sus intereses y derechos.

Institucionalmente existe una capacidad profesional institucional de la CONADI y el SEA que permitiría al Estado dar respuesta al desafío antes planteado, e incluso erigirse en la nueva institucionalidad de consulta.

Sabido es que en países en que la institucionalidad de la consulta a PPII, no se encuentra inserta en el mecanismo de evaluación de impacto ambiental, requiere una visación desde la institucionalidad de la consulta, en estos casos se aprecia el déficit que una institucionalidad presenta respecto de la otra, debiendo sumarse un profesional del ámbito ambiental a la institucionalidad de la consulta, tal es el caso de Colombia y Brasil.

Abreviaturas

Convenio N°169 OIT	Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CAPE SEIA	Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental e instructivo
CONAMA	Comisión Nacional el Medio Ambiente
CONADI	Corporación de Desarrollo Indígena
CGR	Contraloría General de la República

CPR	Constitución Política de la República
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
GHPPI	Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
LBGMA	Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente
Ley Indígena	Ley N°19.353, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
LBGAE	Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LBPA	Ley N°19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo
MMA	Ministerio del Medio Ambiente
MIDESO	Ministerio de Desarrollo Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PCPI	Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas
PPII	Pueblos Indígenas
SAD	Susceptibilidad de Afectación Directa
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente
TC	Tribunal Constitucional
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
RGC	Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N°2 del convenio N°169 de la OIT, Decreto Supremo N°66, de fecha 13 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.
RSEIA	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N°40 del 31 de octubre de 2012

BIBLIOGRAFÍA

- Aylwin, J., (coordinador), Meza-Lopehandía, Matías y Yañez, Nancy (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*, de la Colección Derecho en Democracia, (Editorial Lom, primera edición).
- Contesse Singh, J., (2012). *El derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT, Notas para su implementación en Chile*, en Contesse, Jorge (Editor). El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su

implementación. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/convenio169-oit-y-derecho-chileno/>.

Dinamarca, J., (2013). *Evaluación de Impacto Ambiental Análisis del Nuevo Reglamento* (Ograma Talleres).

Donoso Rodríguez, S., (2013). *Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la Tendencia de Homologación de los Impactos Ambientales que Exigen un EIA y la Susceptibilidad de Afectación Directa del Convenio 169 OIT*. en sentencias destacadas año 2013. Libertad y Desarrollo. Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonoso.pdf>.

Durán Soto, A., (2014). *El derecho a consulta de los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno, su estándar a la luz de la Jurisprudencia Nacional e internacional*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Derecho y Medio Ambiente, Segunda época año II, N°2-2014, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Hervé, D., y Pérez, S., (2012). *Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales*, en Contesse Singh, Jorge (Editor). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*. (Ediciones Universidad Diego Portales).

López, R., y Mohr, T., (2014). *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?* Revista de Derecho (Valdivia, vol. XXVII).

Mansilla, O., (2016). *La Consulta Indígena en el SEIA: Criterios para la Determinación Administrativa de la Susceptibilidad de Afectación Directa*, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Silva, C., y Parot, G., (2016). *Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT*. Revista de Derecho Ambiental Universidad de Chile. Año IV N° 6.

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile.

Ley N°19.253, de fecha 05 de octubre del 1993. *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.*

Ley N°19.300, de fecha 09 de marzo del 1994. *Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

- Ley N°20.417, de fecha 26 de enero del 2010. *Crea El Ministerio, El Servicio De Evaluación Ambiental Y La Superintendencia Del Medio Ambiente.*
- Convenio N°169. *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de La Organización Internacional Del Trabajo.* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>.
- Convención sobre Diversidad Biológica. *Promulgada mediante Decreto Supremo N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Fecha 24.12.1994 y publicado en el Diario Oficial con fecha 28.12.1995.* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18766> y en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.
- Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 30 de octubre del 2012 y publicado en el Diario Oficial 12 de agosto del 2013. *Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.* Disponible en <http://www.leychile.cl/N?i=1053563&f=2013-12-24&p>.
- Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 15 de noviembre del 2013. *Publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de marzo de 2014. Disponible.* en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Consulta_IndigenaDS66_Contraloria.pdf y <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961&idVersion=2014-03-04>.
- Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, de fecha 04 de septiembre del 2009 y publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de septiembre del 2009. *Que Reglamenta el artículo 34 de la ley N°19.253, a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas.* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486&idVersion=2009-09-25>.
- Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 02 de octubre del 2008 y publicado en el Diario Oficial con fecha 14 del mismo mes y año. *Que promulga el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>.
- Oficio Ordinario N°161116 de fecha 26 de agosto del 2016, del Servicio de Evaluación Ambiental. *Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.* Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of._ord._ndeg.161116.pdf.
- Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/61/L.67 y Add.1) 61/295. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, septiembre del 2007.* Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf.

Resolución Exenta del SEA N°131455 de fecha 12 de septiembre del 2013. *Que tiene por objeto uniformar criterios respecto de la realización de la evaluación ambiental en etapas tempranas y el ejercicio de la facultad de poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental a que se refieren los artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N° 19.300.* Disponible en: http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/Instructivo_termino_anticipado.pdf. Este instructivo es actualizado mediante el resolución exenta del SEA N°150575 de fecha 24 de marzo del 2015, que actualiza instrucciones sobre criterios para realizar la evaluación ambiental en etapas tempranas y, si correspondiere, poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/ord_ndeg_150575_instructivo.pdf.

Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales. *Adoptada el 27 de junio del 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 76a. Reunión.*

Jurisprudencia citada

Internacional

Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de Gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. (Noviembre de 2012). Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>.

Informes del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya:

Nacional

1.- Tribunal Constitucional:

Rol N°309 del año 2000, sobre requerimiento por inconstitucionalidad, formulado en contra del C. 169 de la OIT en su integridad y especialmente en contra de sus artículos 6 inciso 1°, 7 inciso 2°, artículos 9 y 10, 14, 15, 17 inciso 2°, 22 inciso 2° y 3°.

Rol N°1050 del año 2008, sobre control de constitucionalidad de las disposiciones declaradas autoejecutable en la sentencia anterior.

2.- Tribunales superiores de justicia:

Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta (2010): Corte Apelaciones de Antofagasta de fecha 21 de diciembre del 2010, (que rechaza recurso de protección contra la RCA que calificó favorablemente la DIA del proyecto de “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, rol ingreso N°782-10).

Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta (2011): Corte Suprema de fecha 13 de julio del 2011, (que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que rechazó recurso de protección contra la modificación al Plan Regulador de San Pedro de Atacama y dispone que se acoge el recurso de protección y que se deja sin efecto la RCA, rol ingreso N°258-2011).

Comunidad Indígena Puquiñe, Comité de Agua “Comité Agrícola Campesino Salto de Agua” representadas por su Presidentes y don Eduardo Moya Reyes contra la COREMA de la Región de los Ríos (2010): Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 4 de agosto del 2010, (que acoge recurso de protección interpuesto por la por la resolución exenta N°041, de 05 de abril del 2010, que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, cuyo titular es la Municipalidad de Lanco, representada por su Alcalde don Luis Cupertino Gómez, Rol N°243-2010).

Comunidad Indígena Puquiñe, Comité de Agua “Comité Agrícola Campesino Salto de Agua” representadas por sus Presidentes y don Eduardo Moya Reyes contra la COREMA de la Región de los Ríos (2010): Corte Suprema de fecha 4 de enero del 2010, proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli” (que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que acogió el recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°041, de 05 de abril del 2010, que calificó favorablemente la DIA del mencionado proyecto. Rol CS N°6062-2010).

Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco en Contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente IX Región (2010): Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 21 de enero del 2010, (que acoge recurso de protección presentado por por resolución exenta N°242 de fecha 09 de octubre del 2009, que calificó favorablemente la DIA del “Proyecto Piscicultura Palguín”, rol N°1705-2009).

Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco en contra de Comisión Regional de Medio Ambiente (2010): Corte Suprema de fecha 17 de mayo del 2010, (que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que acogía recurso

de protección presentado contra la resolución exenta N°242 de fecha 09 de octubre del 2009, que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Piscicultura Palguín”, disponiendo su rechazo y acogiendo la apelación interpuesta por la COREMA de la IX Región de la Araucanía. Rol de ingreso en la Corte Suprema N°1525-2010).

Javier Nahuelpán Guiltraro, presidente de la Comunidad Indígena Villa Nahuel, y otros contra la COREMA de la Región de los Ríos (2010): Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 26 de mayo del 2010, (que rechaza recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°027, de 24 de febrero del 2010, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, rol N°148-2010).

Javier Nahuelpán Guiltraro, Presidente de la Comunidad Indígena Villa Nahuel, y otros contra la COREMA de la Región de los Ríos (2010): Corte Suprema de fecha 14 de octubre del 2010 (Proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que rechazó el recurso de interpuesto contra la resolución exenta N°027, de 24 de febrero del 2010, que calificó favorablemente el EIA del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”. Rol de ingreso en la Corte Suprema N°4078-2010).

Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala de la comuna de Loncoche contra la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de La Araucanía (actual Comisión Evaluadora de Proyectos contemplada en el artículo 86 de la Ley N°19.300), representada por su Presidente, el Intendente de la misma Región, señor Andrés Molina Magofke(2011): Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 03 de mayo del 2011 (que rechaza recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°16 de fecha 02.12.2010. Resolución de Calificación Ambiental que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Línea de Transmisión 110 kV Loncoche - Villarrica, Segundo Circuito”. Rol N°150-2011).

Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala de la comuna de Loncoche contra la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de La Araucanía (actual Comisión Evaluadora de Proyectos contemplada en el artículo 86 de la Ley N°19.300) (2011): Corte Suprema de fecha 17 de junio del 2011, (que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza el recurso de protección interpuesto por por Resolución de Calificación Ambiental que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Línea de Transmisión 110 kV Loncoche - Villarrica, Segundo Circuito”, cuyo titular es la empresa TRANSNET S.A. Rol N°4289-2011).

I. Municipalidad de Putre y Centro de Investigación de las Artes y Cultura de los Pueblos Originarios y otros en contra de la COREMA de la Región de Arica y Parinacota (2011):

Corte Suprema de fecha 16 de junio del 2011, (proyecto “Exploración Minera Proyecto Catanave”, que confirma la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que rechaza Recurso de Protección interpuesto contra la resolución exenta N°073, de fecha 3 de diciembre del año 2010. Resolución de Calificación Ambiental que calificó favorablemente el EIA del proyecto. Rol N°2262-2011).

I. Municipalidad de Putre y Centro de Investigación de las Artes y Cultura de los Pueblos Originarios y otros en contra de la COREMA de la Región de Arica y Parinacota (2011): Corte de Apelaciones de Arica de fecha 4 de marzo del 2011, (que rechaza recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°073, de fecha 3 de diciembre del año 2010, Resolución De Calificación Ambiental (RCA) que calificó favorablemente el EIA del proyecto denominado “Exploración Minera Proyecto Catanave” de la empresa Southern Copper Corporation. Rol N°9-2011).

Alberto Armando Olivares Rojas, por si y como Presidente de la Federación Regional de Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores de la XV Regional Arica y Parinacota y otros en contra de Comisión de Evaluación de la XV Región, representada por su Presidente, el Intendente don José Durana Semir y contra el SEA de la XV Región de Arica y Parinacota, representado por su Director Regional el Sr. Nicolás Calderón Ortiz (2012): Corte de Apelaciones de Arica de fecha 09.04.12 (que rechaza el recurso de protección interpuesto por, la resolución exenta N°029, de fecha 9 de Julio del 2012, que califica favorablemente el Proyecto “Planta Cátodos Pampa Camarones”, cuyo titular es Pampa Camarones S.A. Rol N°40-2012).

Alberto Armando Olivares Rojas, por si y como Presidente de la Federación Regional de Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores de la XV Regional Arica y Parinacota y otros en contra de Comisión de Evaluación de la XV Región, representada por su Presidente, el intendente don José Durana Semir y contra el SEA de la XV Región de Arica y Parinacota, representado por su Director Regional el Sr. Nicolás Calderón Ortiz (2012): Corte Suprema de fecha 30 de noviembre del 2012 (confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 09.04.12 que rechaza el recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°029, de fecha 9 de julio del 2012, que califica favorablemente el Proyecto “Planta Cátodos Pampa Camarones”, cuyo titular es Pampa Camarones S.A. Rol N°7079-2012).

Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2012): Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 20 de enero del 2012 (que acoge recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°127, de fecha 4.10.11 (RCA) que calificó favorablemente la DIA por proyecto “Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire”, rol ingreso N°349-2011).

Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2012). Corte Suprema de fecha 08 de junio del 2012 (acoge apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 20.01.12 que acogió el recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°127, de fecha 4.10.11 (RCA) que calificó favorablemente la DIA por proyecto “Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire”, (rol Ingreso N°349-2011), y revoca la sentencia recurrida rechazando el recurso de protección interpuesto rol N°1602-2012).

Comunidad Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente, región de Los Lagos (2011): Corte de Apelaciones de Pto. Montt, de fecha 11 de octubre del 2011, (que rechaza recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé” ingresado al SEIA por DIA, rol N°239-2011).

Comunidad Antu Lafquen de Huentetique contra comisión regional del medio ambiente Región de los lagos (2012): Corte Suprema de 22 de marzo del 2012 (revoca fallo Corte de Apelaciones Pto. Montt que rechazó recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé” ingresado al SEIA por DIA, Rol N°10090-2011).

Junta de Vecinos N°17 de Pargua, representada por su Presidente don Sergio Arturo Bahamonde Bahamonde y otro en contra del Alcalde de Castro, la Comisión de Evaluación Ambiental, representada por su Presidente el Intendente de la Región de Los Lagos Don Juan Sebastián Montes Porcile y el Director Regional de la CONADI (2012): Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 22.10.12 que rechaza el recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°465/2012 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos, de fecha 12 de julio del 2012, que calificó favorablemente la EIA del proyecto “Centro de Manejo y Disposición Final de Residuos Sólidos Chiloé”, cuyo titular es la Ilustre Municipalidad de Castro. Rol CA de Pto. Montt N°190-2012.

Junta de Vecinos N°17 de Pargua, representada por su Presidente don Sergio Arturo Bahamonde Bahamonde y otro en contra del Alcalde de Castro, la Comisión de Evaluación Ambiental, representada por su Presidente el Intendente de la Región de Los Lagos Don Juan Sebastián Montes Porcile y el Director Regional de la CONADI (2012): Corte Suprema de fecha 30 de noviembre del 2012 (que confirma fallo Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 22.01.12 que rechazó el recurso de protección en contra del Alcalde de Castro, la Comisión de Evaluación Ambiental y Director Regional de la CONADI por RCA calificó favorablemente EIA del proyecto “Centro de Manejo

y Disposición Final de Residuos Sólidos Chiloé”, titular Municipalidad de Castro. Rol CS N°8408-2012).

Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos representada por Sergio Fernando Campusano Vilches contra la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama (2012): Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 17 de febrero del 2012, (que acoge recurso de protección contra la resolución exenta N°049/2011, de fecha 14 de Marzo del 2011 RCA que calificó favorablemente el EIA del Proyecto Minero El Morro de Sociedad Contractual Minera el Morro. CA Rol N°181-2011).

Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos representada por Sergio Fernando Campusano Vilches contra la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama (2012): Sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de abril del 2012, (que confirma fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta 17.02.12 acoge recurso de protección contra la resolución exenta N°049/2011, de 14.03.11 RCA que calificó favorablemente el EIA del Proyecto Minero El Morro de Sociedad Contractual Minera el Morro. Rol CS N°2211-2012).

Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y Otros Contra Directora SEA Primera región de Tarapacá (2011): Corte de Apelaciones de Iquique de 8 de noviembre del 2011 (que rechazó recurso de protección interpuesto contra la RCA que calificó favorablemente la DIA del Proyecto “Sondaje Prospección Paguanta. Rol N°472-2011).

Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y Otros Contra Directora SEA Primera Región de Tarapacá (2012): Corte Suprema de 30 de marzo del 2012 (que revoca fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique que rechazó recurso de protección interpuesto contra RCA que calificó favorablemente la DIA del Proyecto “Sondaje Prospección Paguanta” Rol N°11040-2011).

Comunidad indígena Juan De Dios Ancamil III, de la comuna de Curarrehue, representada por don Pedro Francisco Mayo Ñanco y doña Orfelina Antipichun Tracañanco en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2013): Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 17 de septiembre de 2013 (que rechaza recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°91 de fecha 15 de abril del 2013, que calificó favorablemente el Proyecto “Central Hidroeléctrica Panguí”, cuyo titular es El Torrente Eléctrica S.A. Rol N°1377-2013).

Comunidad indígena Juan De Dios Ancamil III, de la comuna de Curarrehue, representada por don Pedro Francisco Mayo Ñanco y doña Orfelina Antipichun Tracañanco en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2013): Corte Suprema de fecha 21 de octubre de 2013 (que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 17 de septiembre del 2013 que rechazó el recurso de protección interpuesto por resolución exenta N°91 de fecha 15 de abril del 2013, que calificó favorablemente el Proyecto “Central

Hidroeléctrica Pangui”, cuyo titular es El Torrente Eléctrica S.A, recurso de protección, rol N°8616-2013).

Comunidad indígena Eugenio Araya Huliñir, localidad de Tolpán, comuna de Renaico en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2013): Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 19 de marzo del 2011 (que rechaza recurso de protección interpuesto por resolución exenta N°149/2012, de 11 de octubre del 2012, que calificó favorablemente el “Proyecto Eólico Renaico”, cuyo titular es ENDESA ECO. Rol N°2089-2012).

Comunidad indígena Eugenio Araya Huliñir, localidad de Tolpán, comuna de Renaico en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía (2013): Corte Suprema de fecha 2 de abril de 2013, (sobre desistimiento de los recurrentes en recurso de protección interpuesto por resolución exenta N°149/2012, de 11 de octubre del 2012, que calificó favorablemente el “Proyecto Eólico Renaico”, cuyo titular es ENDESA ECO. Rol N°1418-2013).

HD Carmona y la Comunidad Colla de Pai Ote-Cerrocasale representada por su presidenta Ercilia Araya contra el SEA de la III Región de Atacama (2013): Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 30 de junio del 2013 (que rechaza el recurso de protección interpuesto contra la resolución N°4 de 03 de enero del 2013 que calificó ambientalmente favorable el EIA del proyecto “Optimización Proyecto Minero Cerro Casale”. Rol CA Copiapó N°26-2013).

María Quechuyao Vásquez en contra de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos y del Director Ejecutivo del SEA (2013): Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 18 de octubre de 2013, (que rechaza el recurso de protección interpuesto contra la resolución exenta N°057, de fecha 01 de julio del año 2013, emanada de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto “Mini Central de Pasada Huenteleufu” de titularidad de Trans Antartic Energía S.A.; y en contra de la resolución exenta N°0781, de fecha 28 de agosto del año 2013, a través de la cual el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental declaró inadmisibles el recurso de reclamación presentado por la Sra. María Inés Quechuyao Vásquez en contra de la resolución exenta N°057/2013. Rol N°1944-2013).

María Quechuyao Vásquez en contra de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos y del Director Ejecutivo del SEA (2013): Corte Suprema, de fecha 27 de noviembre del 2013, que confirma la sentencia de la C.A de Valdivia de 18 de octubre del 2013 (que rechaza el recurso de protección contra resolución exenta N°057, de fecha 1 de julio del año 2013, emanada de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto “Mini Central de Pasada Huenteleufu”, de

titularidad de Trans Antarctic Energía S.A.; y en contra de la resolución exenta N°0781, de fecha 28 de agosto del año 2013, a través de la cual el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental declaró inadmisibile el recurso de reclamación presentado por la Sra. María Inés Quechuyao Vásquez en contra de la resolución exenta N°057/2013. Rol N°10945-2013).

Otros documentos citados

Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf.

Declaración Pública del SEA de fecha 08 de julio del 2013, respecto de las conclusiones del INDH en su documento: “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo del 2013. Sesión Extraordinaria 152. Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>.

Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, Akwe On Pronunciado como {aguay-goo} Término Mohawk holístico con el significado de “todo en la creación” que ha proporcionado la comunidad de Kahnawake situada cerca de Montreal en donde se han negociado las directrices. Disponible en: http://www.biotech.bioetica.org/d144.htm#_Toc101175474.

Documento “*Opinión del INDH Sobre las Propuestas de la Mesa Técnica N°3 Sobre Participación Ciudadana y Consulta Indígena, de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA, enero 2016*”. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/935/Informe.pdf?sequence=1>.

Informe del Comité Tripartito establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del C. 169 de la OIT, presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:3172732,es.

Informe en derecho: *El Deber de Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígena*, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril del 2014. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/664>.

Informe Final de la CAPE SEIA, disponible en: http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/35877-Informe-MMAF_FINAL.pdf.

Informe Final del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas de artículos del Reglamento del SEIA referidos a los pueblos indígenas, disponible en: <http://www.sea.gob.cl/informe-final-de-la-consulta-los-pueblos-indigenas-del-reglamento-del-seia-ds-ndeg402012>.

Informe Misión de observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto del 2013, disponible: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, de los años 2010 a 2014, Disponibles en: <http://www.indh.cl/informes-anales>.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental*. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo del 2013 Sesión Extraordinaria 152, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=>.

Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo del 2013, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=>.

Organización Internacional del Trabajo, año 2009. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica. Una Guía Sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf.

Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: 2013. “Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.

Reclamación ante la OIT, en contra del DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, por artículos referidos a medidas administrativas, susceptibilidad de afectación directa y proyectos de inversión que ingresan al SEIA, Disponible en: <http://putralkan.wordpress.com/2014/01/15/documentos-presentados-ante-la-oit-por-dirigentes-indigenas-de-chile/>.

COMPONENTE INDÍGENA EN CALIFICACIÓN AMBIENTAL DEL PROYECTO MINERO “PAGUANTA” Y SU ADECUACIÓN AL CONVENIO 169 DE LA OIT

INDIGENOUS COMPONENT IN ENVIRONMENTAL QUALIFICATION OF MINING PROJECT “PAGUANTA” AND ITS ADAPTATION TO ILO 169 CONVENTION

CAROLINA PINCHEIRA SEPÚLVEDA¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza el procedimiento administrativo y judicial de la evaluación ambiental del proyecto denominado “Paguanta” y los alcances del Convenio 169 en su tramitación.

Palabras clave: Convenio 169 OIT. Derecho indígena. Evaluación ambiental. Consulta previa. Afectación directa.

Abstract: In this Article, is analyzed the administrative and judicial procedure in the environmental evaluation of the project called “Paguanta” and the scope of ILO 169 Convention.

Key words: ILO 169 convention. Indigenous law. Environmental evaluation. Previous consultation. Direct affect.

¹ Abogada. Universidad de Chile. Actualmente cursando estudios de Magíster en Derecho, mención Derecho Regulatorio en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Autora del artículo “Recopilación y análisis constitucional comparado en materia indígena: la situación de América Latina” (2015), Revista de Derecho. Escuela de Postgrado N°8, pp. 187-206. Correo electrónico: carolinapincheira.s@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCES DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INDÍGENA

Desde el año 1994, con la vigencia de la ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, inicia de forma concreta la adecuación a estándares internacionales de la normativa ambiental vigente en Chile², considerando un concepto amplio e inclusivo de medio ambiente, caracterizado como un “sistema global, constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”, en los términos de la letra ll) del artículo 2° de la referida ley.

Dentro de este concepto amplio se materializan distintivamente los temas indígenas en el componente sociocultural de dicha definición. Así, desde el año 2010, con la ley N°20.417, inician una serie de cambios, los cuales se caracterizan por la creación del Servicio de Evaluación Ambiental como administrador del Sistema de Evaluación de Impacto, plasmando además, en su artículo 4°, la obligación para los órganos del Estado con competencia ambiental y especialmente, por su carácter de aplicadores de los instrumentos de gestión ambiental, la misión de “propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2. ACTIVIDADES DE DESARROLLO, MEDIO AMBIENTE, CONVENIO 169 Y REGULACIÓN SECTORIAL

El Convenio 169, contempla la necesidad de adopción de medidas especiales para el resguardo del medio ambiente de los pueblos interesados, siendo labor del gobierno, velar porque las actividades de desarrollo, se realicen siempre previo estudio colaborativo, para determinar la incidencia e impactos

2 Desde el año 1980, la Constitución Política de la República, considera entre los derechos y deberes constitucionales, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sin embargo, no existía un cuerpo legal unificado y coherente. Por el contrario, era común la existencia de leyes sectoriales sin relación ni coordinación entre sí.

ambientales como criterios fundamentales para el desarrollo y ejecución de un proyecto, siempre ligado a factores sociales, espirituales y culturales de los pueblos afectados.

A raíz de lo anterior, la institución de la consulta indígena establecida en el artículo 6° del Convenio 169, presenta especial relevancia, en cuanto obliga a los Estados a consultar cada vez que sean previstas medidas legislativas o administrativas susceptibles de producir afectación directa, mediante procedimientos adecuados, a través de sus instituciones representativas, de buena fe y propiciando la igualdad de acceso y oportunidades respecto a otros sectores de la población, con la finalidad de lograr acuerdos o su consentimiento libre e informado respecto a los ámbitos de afectación.

En conformidad al Convenio 169, es de especial consideración la directa relación entre la norma internacional y la norma nacional que regula a los pueblos indígenas y el procedimiento de consulta, específicamente, la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, del año 1993; el Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, del año 2013, y finalmente, el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6, N° 1, letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT, del año 2014.

En relación a los proyectos ambientales, es pertinente el Decreto Supremo N°40, ya individualizado, el cual, en términos breves y generales, contempla en su artículo 85, la consulta a pueblos indígenas, en aquellos casos en que un proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10³ del mencionado reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

3 El reglamento considera como causal de procedencia de la consulta indígena, el reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; la localización y valor ambiental del territorio y, la alteración del patrimonio cultural.

3. ANTECEDENTES DEL PROYECTO “SONDAJES DE PROSPECCIÓN MINERA PAGUANTA”

Los sondeos de prospección minera de la compañía minera Paguanta S.A, en la comuna de Huara, región de Tarapacá, específicamente en el área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”⁴, en términos generales, tiene como objetivo evaluar la factibilidad de explotación del depósito mineral, determinando y cuantificando recursos y reservas del mismo, con proyección de ejecución de un programa de prospección geológica, el cual contempla 63 sondeos de 14.000 metros de perforación, habilitación de plataformas de perforación y 1 kilómetro de accesos a ellas, complementando lo anterior con la instalación de 53 piscinas de decantación de lodos de perforación, según lo indicado por el titular en su Estudio.

El proyecto “Paguanta” ingresa inicialmente por Declaración de Impacto Ambiental en diciembre del año 2010⁵, pronunciándose CONADI con observaciones a la misma, respecto a la existencia de sitios arqueológicos o de significación cultural, identificados por el peticionario y susceptibles de ser afectados, sobre los cuales no se indican medidas de resguardo a las áreas de desarrollo indígena presentes ni la existencia de comunidades indígenas, concluyendo que a juicio de la institución, el proyecto debe ser presentado por un Estudio de Impacto Ambiental, insistiendo en este punto en pronunciamientos posteriores.

La Declaración de Impacto Ambiental ingresada, es calificada favorablemente con fecha 29 de agosto de 2011, decisión revocada por la Corte Suprema en recurso de protección rol N°11040-2011⁶, ordenando el ingreso del proyecto por Estudio de Impacto Ambiental, al existir lesión a la garantía de igualdad ante la ley, al no aplicar el procedimiento de consulta, negando el trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

- 4 El área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”, contempla las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte, en los términos del punto 2.4.2 de la línea de base del Estudio de Impacto Ambiental y del D.S N°67 de fecha 9 de mayo del 2001, del Ministerio de Planificación.
- 5 Los proyectos ingresados al Sistema de Evaluación por Declaración de Impacto Ambiental, suponen la inexistencia de alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley N°19.300, complementado por los artículos 5 y siguiente del reglamento respectivo.
- 6 Marcelo Condore Vilca Consejero territorial alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá: Corte Suprema rol N°11040-2011, caratulada.

Es por esto que a raíz de los evidentes conflictos de opinión y correcta aplicación jurídica de las normas directrices de los procedimientos ambientales e indígenas, suscitados tempranamente⁷, es que el siguiente análisis, tiene por objeto revisar el componente indígena desarrollado por el titular del proyecto y por el Servicio de Evaluación Ambiental en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental al que el proyecto ha sido sometido, reseñando cada una de las etapas en las que son detectadas materias indígenas relevantes, con la finalidad de contrastar y concluir respecto a la aplicación y cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, como principio rector del procedimiento administrativo y judicial, considerando la existencia de comunidades indígenas que reclaman afectación directa, basado en criterios no convencionales, propios de los pueblos originarios, que el Estado se ha comprometido a respetar tanto en el ámbito internacional a través de Convenio 169, constitucional del artículo 19 N°8, y legal, constituido por la ley N°19.300, especialmente en su concepto amplio de medio ambiente, que incluye el ámbito sociocultural propio de los pueblos indígenas.

Para cumplir con los presupuestos indicados, es necesario revisar detalladamente el proyecto a evaluar⁸, determinando cada una de sus etapas y consideraciones, las cuales han sido recogidas del Estudio de Impacto Ambiental “Sondajes de Prospección Paguanta” de la Compañía Minera Paguanta S.A, aspectos que en lo pertinente, serán reproducidos de forma íntegra para una mejor comprensión.

4. PROCESO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL PROYECTO “SONDAJES DE PROSPECCIÓN PAGUANTA”

4.1. Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental

Con fecha 11 de enero del año 2013, inicia el proceso de evaluación con la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, el cual contempla en el capítulo 2.4, línea de base relativa al medio humano, la cual en términos

7 Es claro, que desde el ingreso del proyecto por Declaración de Impacto Ambiental es que hay discrepancias en la aplicación y pertinencia respecto a la normativa indígena, circunstancia que se incrementará en la tramitación del Estudio de Impacto Ambiental, especialmente, en la interpretación del Convenio 169 y la normativa sectorial indígena.

8 El proyecto se encuentra íntegramente disponible en www.e-seia.cl, específicamente en http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=7758589.

generales contempla las características principales de los grupos humanos existentes en el área del proyecto, sus sistemas de vida y costumbres, su cultura, sus relaciones económicas y medios de subsistencia, considerando que comparten un espacio territorial común que determina en gran medida la interacción y que, establecen un sistema de vida que contribuye a configurar identidad social, cohesión y pertenencia respecto a su carácter común⁹.

Se consideran en el Estudio dos áreas: Una de influencia directa y otra de influencia indirecta, respecto a la primera, se contempla el territorio inmediato¹⁰ al desarrollo del proyecto, donde existen residentes o grupos humanos con intereses específicos e impactos y riesgos directos con alta probabilidad de ocurrencia; mientras que, en el segundo, aquellos sectores donde hay residencia de grupos humanos, pero donde los efectos, son inducidos o no dependen de manera directa de él.

La Compañía Minera, identifica como afectados directamente a la localidad Cultane, mientras que como afectados indirectos, a las localidades: Huara, Huarasiña, Tarapacá, Pachica, Laonzana, Uskuma, Mocha, Huaviña, Limaxiña, Sibaya, Achacagua.

Respecto a la quebrada de Tarapacá, la compañía minera, caracteriza a los pueblos pertenecientes a dicho sector geográfico, coincidentes con aquellos de influencia indirecta, basado en entrevistas a dirigentes de la comunidad de Uskuma, Huarasiña y Sibaya, en los siguientes términos: “Pese a que no realizan ceremonias ni rituales indígenas en todas las comunidades o localidades del área de estudio, paulatinamente éstos se han ido extendiendo entre ellos, siendo la limpia de canales y la Ch’alla o colla de las chacras, las más frecuentes. Un aspecto relevante de las manifestaciones culturales de las localidades del área de estudio lo constituye la celebración de fiestas patronales. Éstas son de alta significación para los poblados, sus miembros participan en su totalidad o bien retornan aquellos que han migrado. Es una instancia donde se fortalecen los lazos comunitarios, se renuevan los compromisos, la solidaridad y se restablece la reciprocidad entre los miembros de la comunidad y para con las divinidades. Como se explicó en el acápite

9 El titular se basa en “Guía de Criterios Para Evaluar la Alteración Significativa de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA”, publicada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). 2006”. Disponible en http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf reglamento del SEIA en art. 12 letras f).

10 El término “territorio inmediato”, es entendido por el titular con criterio de cercanía.

precedente, las fiestas patronales son relevantes en tanto se vuelcan hacia el mundo de la espiritualidad, pero también como un retorno a la comunidad de origen, al ayllu. En este territorio se identifican sitios de significación cultural sincréticos como los calvarios (Católicos), la iglesia e indígenas, como los Mallkus y apachetas. En ese sentido, el territorio estudiado efectivamente constituye un “texto” que posee la impronta de la construcción cultural de las comunidades locales. Resulta importante destacar dos aspectos de la cosmovisión Aymara que están marcadamente presentes en este territorio. Uno es el patrón trashumante y multilocal de los miembros de las comunidades, quienes residen mayoritariamente en los centros urbanos pero retornando permanentemente a sus localidades de origen, ya sea por aspectos rituales, como por la prevalencia de cultivos en chacras para el consumo familiar o pequeño comercio”¹¹.

4.2. Admisibilidad y remisión de oficios

Declarado admisible el Estudio, se oficia al Gobierno Regional de Tarapacá y a la Municipalidad de Huará, para que informen sobre el Estudio, solicitando un pronunciamiento respecto a materias de su competencia. Junto con esto, se oficia a diecisiete servicios, entre los cuales se encuentran la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el Ministerio de Bienes Nacionales y el Consejo de Monumentos Nacionales, con el objeto que informen fundadamente¹² si el proyecto en cuestión cumple con la normativa de carácter ambiental; si se han identificado todos los permisos ambientales sectoriales y, opine si las medidas propuestas se hacen cargo adecuadamente de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11, de la ley N°19.300, incorporando los fundamentos de esa opinión.

11 Referencia al punto 2.4.4.3 del Estudio de Impacto Ambiental, en relación a la dimensión antropológica.

12 En este sentido, la alusión a “informes fundados”, las encontramos también en el caso denominado “El Morro”, rol N°11.299-2014, de fecha 7 de octubre del 2014, pronunciado por la Corte Suprema, en el cual se establece la necesidad de fundar debidamente los informes de CONADI para validar la Resolución de Calificación Ambiental. La Corte Suprema consideró que los informes de CONADI no estaban debidamente fundamentados, viciando la Resolución de Calificación Ambiental.

4.3. Informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

Con fecha 01 de marzo del 2013, la Subdirección Norte de CONADI, se pronuncia respecto a lo solicitado por el Servicio de Evaluación Ambiental, específicamente en lo referido a tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena, organizaciones y grupos humanos indígenas que se encuentran dentro de dichas áreas, estableciendo que: “En la zona directa e indirecta de ejecución del proyecto, encontramos presentes las comunidades indígenas Aymaras de Cultane, Sibaya, Limaxiña y Achacagua, todas creadas en virtud de lo preceptuado en los artículos 9 y siguientes de la Ley 19.253. Actuales titulares de tierras indígenas y derechos de aprovechamientos de aguas, según consta en inscripción del Registro de Propiedad de Aguas a fojas 152 Nº44 y siguientes del conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte del año 1999”.

Además, informa respecto a la veracidad de la ubicación del grupo humano indígena en términos preciso y georreferenciados, número de grupos humanos indígenas e integrantes de éstos, señalado su ubicación, tipo de actividades que realizan los grupos humanos indígenas y organizaciones indígenas, recursos naturales y en especial de los recursos hídricos y sitios de significación cultural, pronunciándose respecto de la siguiente forma: “la descripción de todos los antecedentes señalados anteriormente, refiriendo solo de manera general sobre la población indígena existente en las Comunas, así como los poblados aledaños, sin hacer una análisis específico, principalmente en lo que dice relación con las Tierras Indígenas, como el uso del Recurso Hídrico, de las Comunidades Indígenas presentes en lo que el titular del proyecto define como AID (Área de Influencia Directa) y AII (Área de Influencia Indirecta) por lo que esta Corporación no puede verificar la veracidad y exactitud de la información entregada”.

Respecto al uso de recurso hídrico, en lo pertinente, se hace presente la solicitud de exploración de aguas subterráneas y alumbramiento de caudal de hasta 100 litros por segundo a favor de Minera Paguanta, entendiendo que no es parte de este proceso de evaluación, pero que se debe tener presente, que podría corresponder a un uso ancestral, siendo irrelevante la titularidad inscrita, por pertenecerles por el uso del tiempo, sugiriendo al titular la reevaluación de su pretensión respecto a este recurso.

Junto con esto, respecto a las rutas de acceso alternativas, no se indica claramente a quien corresponde la titularidad del camino y las eventuales servidumbres.

Finalmente, se adjunta una carta del Presidente de Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Comuna de Huara, en virtud del cual se expresan inquietudes de los pueblos afectados.

CONADI concluye recomendando que el titular complemente la información entregada en su Estudio, respecto al detalle de tierras indígenas inscritas o en uso, la adquisición del recurso hídrico, con definición de medidas y tiempo, de todas y cada una de las comunidades indígenas existentes tanto en la zona de influencia directa como indirecta de ejecución del proyecto, bajo un sistema de cartográfico o georreferenciado de los mismos y, la identificación y detalles de los usos de los recursos naturales de cada uno de los pueblos y/o comunidades indígenas que podrían resultar afectados con la ejecución del proyecto.

4.4. ICSARA N°1

En lo referido al componente indígena, se solicita aclarar, rectificar o ampliar respecto al recurso hídrico; además, pronunciarse respecto al reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, teniendo presente que: “La Quebrada de Tarapacá constituye un territorio, compuesto por varios pueblos, que se encuentra afiatado desde tiempos inmemoriales por relaciones de diversas índoles, como son consanguíneas, sociales y económicas. En este sentido, se hace necesario que el titular presente un análisis acabado respecto de las eventuales afectaciones que podrían generarse respecto de la cosmovisión indígena, calidad de vida, manifestaciones culturales y religiosidad de estos pueblos. Asimismo, se deberá considerar la eventual afectación del recurso hídrico, no sólo en cantidad sino en calidad y en su interacción con el resto de la cuenca hidrográfica. Por otra parte, se debe considerar la vocación productiva ancestral de la Quebrada de Tarapacá, la que corresponde a la agricultura y ganadería, la que es posible producto de los ríos, Coscaya y múltiples quebradas que afloran en ella”.

Finalmente, se solicita la presentación de un análisis específico, de todos aquellos puntos planteados por CONADI.

4.5. ADENDA N° 1

La compañía minera, resuelve la solicitud en los siguientes términos relevantes:

I. Reasentamiento de comunidades o alteración significativa de vida:

Se informa que el camino Alto Casiri, corresponde a predios de dominio privado: Colpuma y Calajualla, indicando que la correspondiente servidumbre de tránsito fue solicitada ante los tribunales de la república.

Respecto a la afectación, se remite a informe antropológico, que concluye “la no afectación sobre la cosmovisión indígena, o sobre la calidad de vida, manifestaciones culturales y religiosidad de los pueblos ubicados en la Quebrada de Tarapacá, aguas abajo del proyecto; por encontrarse todos a una considerable distancia”¹³. Finalmente, la compañía minera concluye en base a su propio informe antropológico, que no hay afectación de recursos naturales.

II. Análisis específico:

- i Tierras indígenas inscritas o en uso: el titular determina, que en el área de emplazamiento del proyecto no existe ocupación actual o ancestral de tierras indígenas, ya que dicha zona no es un territorio demandado por alguna organización o comunidad indígena inscrita en el Registro Público de Tierras Indígenas, correspondiendo a predios de dominio privado y, en especial de terrenos de la comunidad indígena Aymara de Cultane. La titularidad de los terrenos hace referencia a títulos concesionales y a compraventas, en algunos casos con personas no adscritas a alguna etnia.
- ii Áreas de desarrollo indígena: reconoce el titular la existencia de la “ADI Jiwasa Oraje”, declarada mediante Decreto Supremo N°67, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 09 de mayo del año 2001.
- iii Organizaciones y grupos humanos indígenas que se encuentran dentro de dichas áreas, determinando ubicación del grupo humano indígena en términos preciso y georreferenciado; número de grupos humanos indígenas e integrantes de éstos, señalado su ubicación y, tipos de

13 En relación a la “considerable distancia” ratifica que el criterio utilizado por el titular únicamente considera la cercanía o lejanía de los pueblos, y no factores culturales ancestrales.

actividades que realizan los grupos humanos indígenas y asociaciones: contesta el titular, respecto al área de emplazamiento directo, que no hay presencia de grupos humanos, no obstante, en el área de influencia directa e indirecta se localizan diversos grupos indígenas. A saber, la comunidad más cercana corresponde a Cultane, la que se encuentra a más de 10 kilómetros aproximadamente.

Se presenta información georreferenciada y se informa respecto a las condiciones socioeconómicas de la población y actividades culturales y religiosas, indicando respecto a las actividades culturales la celebración del Machaq mara y de los santos/as patronos/as de los pueblos. Por otra parte, se celebra el carnaval o Anata que se realiza en la cuaresma; el florero que se enmarca en la fiesta del pastoreo y finalmente, el 1° de noviembre y su víspera la gente en sus comunidades asisten masivamente al cementerio.

Finalmente, se indica que existe un convenio de cooperación y colaboración con la comunidad Cultane, junto a un programa de relaciones con la comunidad de Cultane¹⁴.

4.6. Pronunciamiento con observaciones de CONADI

Con fecha 27 de agosto del 2013, CONADI realiza observaciones a la ADENDA N°1, indicando que el Servicio es de la opinión que no se han entregado los antecedentes suficientes para concluir que no existe afectación a las distintas comunidades indígenas del lugar.

4.7. Observaciones ciudadanas

Con fecha 23 de septiembre, se presentan observaciones de la junta de vecinos Sibaya, comunidad indígena de Sibaya, junta de vecinos de Laonzana, comunidad indígena de Coscaya, junta de vecinos de Chiapa, comunidad Indígena de Chusmiza, junta de vecinos de Coscoya, comunidad indígena de Casablanca, comunidad indígena de Poroma, comunidad indígena de Limaxiña, asociación indígena Aymara Hijos de Huaviña, las cuales serán tratadas para efectos de orden, en la ADENDA N°2.

14 Convenio de cooperación y colaboración con comunidad Cultane es previo al proceso de consulta indígena.

4.8. ICSARA N°2

El 24 de septiembre del 2013, solicita en base a los efectos, características o circunstancias del artículo 11, de la ley que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental, responder respecto de los actuales juicios de servidumbre de ocupación y tránsito, donde se demanda una determinada faja de tierras indígenas, se deben entregar todos los antecedentes que permitan verificar que no existirá afectación a las distintas comunidades existentes en el sector.

4.9. ADENDA N°2, con participación ciudadana y sus respuestas

Con fecha 13 de octubre responde a la observación planteada señalando que es efectiva la demanda por la compañía minera, para constitución de una servidumbre minera de ocupación y tránsito, la cual se encuentra autorizada, estableciendo que es utilizada únicamente por la comunidad de Cultane, indicando además, las festividades y el número de asistentes de dicha comunidad, asumiendo que “desde el punto de vista de la dimensión antropológica, el proyecto genera una alteración al sistema de vida de la comunidad indígena de Cultane, considerando que la celebración de sus ritos y festividades religiosas constituyen un hito significativo, actividades que podrían ser obstaculizadas por la limitación en el uso del camino de acceso al pueblo”, los cuales indica, no afectarían a otras comunidades, las cuales tienen acceso por caminos alternativos. Por lo anterior, el impacto se califica como alta, reversible y de corto plazo, mitigando dicho impacto con la garantía que toda persona pueda acceder al pueblo de Cultane desde la ruta 15-CH, utilizando el camino Alto Casiri.

En lo que respecta a las observaciones ciudadanas de las comunidades indicadas en el punto 4.7, se plantean los siguientes temas y sus respectivas respuestas obtenidas del proceso de participación, reproducidas en lo pertinente:

- i Observación N°1: Respecto al área de influencia directa (AID) e indirecta (AII), son más extensas de las descritas por el titular, considerando como AID, corresponde a los “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá”, y el área de influencia indirecta, a la comuna de Huara e Iquique, afirmando que todas las comunidades indígenas cercanas al proyecto comparten un mismo territorio unificado, protegido legalmente. Respuesta: La definición de Área de Influencia del proyecto fue elaborada sobre la base del art. 12, del Reglamento del SEIA, que establece: “en la

Línea de Base, se deberá describir el Área de Influencia del proyecto o actividad, a objeto de evaluar posteriormente los impactos que pudieren generarse o presentarse sobre los elementos del medio ambiente”. Adicionalmente, el mismo artículo 12 señala que el área de influencia del proyecto o actividad se definirá y justificará, para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potenciales relevantes sobre ellos.

- ii Observación N°3: En materia de Consulta y consentimiento: las comunidades, denuncian que a la fecha no se ha llamado a establecer un proceso de consulta, lo que atenta contra su carácter previo.

Respuesta: El titular entiende que el planteamiento expresado en la observación alude a la autoridad y no al proyecto en cuestión. Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que no está dentro de las atribuciones del titular, o responsabilidades, el dar cumplimiento a la Consulta, como derecho contemplado en el Convenio 169 de la OIT.

- iii Observación N°5: Se informa respecto a las tierras sobre las cuales se emplazará el proyecto, además de estar inscritas a nombre del Fisco, forman parte del territorio reivindicado por las comunidades reclamantes, por lo que son parte de su territorio, manteniendo una relación material y espiritual con las mismas.

Respuesta: Conforme a la información obtenida respecto de las tierras sobre las cuales se emplazará el proyecto, el titular cuenta con antecedentes respecto de que existen títulos privados, pertenecientes a indígenas individualmente considerados, esto es, como personas naturales y no como comunidades. De acuerdo a los antecedentes que posee el titular, dichas propiedades no forman parte del Registro de Tierras Indígenas llevado por CONADI. Junto a lo anterior, debemos precisar que no ha sido constatada la existencia de una demanda ancestral a nombre de la entidad denominada “Comunidades de la Quebrada de Tarapacá”. Respecto de la aseveración que se realiza en la pregunta “forman parte de nuestro territorio y en ese sentido mantenemos una relación material y espiritual con las mismas y los recursos naturales que se encuentran en ellas, especialmente el recurso hídrico que es la base de nuestras culturas”, es posible señalar que los territorios en cuestión, corresponde a propiedad fiscal y privada. Esta última en su mayoría corresponde a privados (personas naturales) miembros de la comunidad de Cultane.

- iv Observación N°6: En materia de accesos, se señala que las rutas de afectación también pertenecen a la Cuenta de Tarapacá, especialmente al

camino Alto Casire el que se encuentra cruzado por diferentes vertientes, bofedales y pastizales, que han sido utilizados desde antaño por las comunidades para pastear los animales.

Respuesta: La campaña de sondeos proyectada tendrá una duración acotada de 10 meses utilizando el camino Alto Casiri, sobre el cual se ha demandado la constitución de una servidumbre minera de tránsito de acuerdo al detalle presentado en el anexo 8 de la presente Adenda. Sin perjuicio de lo anterior, el titular ha dado cuenta de la existencia de lugares ambientalmente sensibles a lo largo de la mencionada ruta, asociados a cauces superficiales, quebradas y humedales, según fuera presentado en el anexo 7 de la Adenda N°1. En forma complementaria, y con la finalidad de dar resguardo a estos lugares, en la sección 1.14 de la Adenda N°1 se presentan las medidas de manejo ambiental.

- v Observación N°19: establece que la caracterización de la dimensión antropológica solo se hace en base a material bibliográfico, a pesar de que en la metodología dice que se entrevistó a personas (no establece a quiénes ni cuántas), en base a tres pautas de entrevistas.

Respuesta: El proyecto no utilizará ni afectará sitios con significación arqueológica y patrimonial existente en el área. Se reitera que el titular ha identificado los sitios de estas características y los protegerá en función de la legislación vigente.

- vi Observación N°20: No se presenta el material de las entrevistas, siendo que las entrevistas y la recuperación de los relatos orales son partes fundamentales de la práctica antropológica, y en la caracterización de la dimensión antropológica de un territorio como éste.

Respuesta: El titular reconoce que las entrevistas y los relatos orales son partes fundamentales de la práctica antropológica, así como de las demás ciencias sociales y técnicas cualitativas, como el análisis de contenido. Sin perjuicio de lo anterior, debido a un acuerdo previo con los entrevistados, se ha mantenido la confidencialidad de su identidad.

- vii Observación N21: Se observa que se enuncian elementos generales de la cultura Aymara y que a su vez son fundamentales en la cosmovisión y religión del territorio, los que, sin embargo, no son retomados en los siguientes apartados referentes a las medidas de compensación y de resguardo de estos elementos.

Respuesta: El titular respeta la cosmovisión Aymara y entiende la importancia del agua para sus actividades económicas, sociales y culturales, sin embargo, se reitera que el proyecto no contempla la

utilización de agua de la Quebrada de Tarapacá, sino la compra de agua industrial a la empresa Aguas del Altiplano.

- viii Observación N°26: Se informa que no han sido identificadas ni georreferenciadas las apachetas de cada pueblo ni las medidas de protección, las cuales constituyen un ícono que refleja la “importancia del territorio para el hombre andino, pues ese aparentemente simple “cúmulo de piedras” que marca las rutas andinas, es en realidad un símbolo de la “solidaridad y reciprocidad de los pueblos andinos” pues este testimonio une al que pasa con los que pasaron y pasarán, por lo tanto, con el pasado, presente y futuro.

Respuesta: Cabe señalar que las actividades del proyecto se circunscriben única y exclusivamente al polígono definido como área de proyecto y al tránsito por el camino Alto Casiri, por lo tanto, no se prevé afectación a las apachetas existentes en los distintos pueblos andinos y por consiguiente, no amerita establecer medidas de protección a las mismas.

- ix Observación N°27: el sostener que “no realizan ceremonias ni rituales indígenas en todas las comunidades” habla de un desconocimiento grave de parte de los encargados de la redacción de este informe.

Respuesta: El levantamiento de la información se realizó a través de fuentes secundarias oficiales de gobierno, comunales y de organismos competentes como CONADI. Asimismo, se obtuvo información de fuentes primarias desde los propios actores y dirigentes de las comunidades indígenas. Dichas fuentes están descritas en el capítulo 2 del EIA. Sin perjuicio de lo anterior, el titular ha ampliado la información, presentando un estudio socio antropológico de las comunidades indígenas de la quebrada de Tarapacá (Anexo 14 de la Adenda N°1), donde se abordan las ceremonias y rituales celebrados por las distintas comunidades indígenas establecidas aguas abajo del proyecto, concluyendo que no se vislumbran alteraciones referentes a esta dimensión, por encontrarse las Comunidades y Asociaciones Indígenas, alejadas del área donde se llevarán a cabo las actividades de prospección.

- x Observación N°38.7: La empresa titular desconoce el derecho de los pueblos al territorio, que abarca, tal como lo dispone el Convenio N°169 de la OIT “el conjunto del hábitat de los pueblos indígenas” y no solo los lugares en que se emplazan las casas-habitación, exigiendo que para determinar las afectaciones sobre nuestro territorio se considere que Paguanta ha sido ancestralmente un lugar de pastoreo de la comunidad de Sibaya y por tanto el proyecto afecta a los miembros de dicha comunidad.

Respuesta: El titular del proyecto, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, reconoce que las comunidades indígenas y los pueblos originarios están protegidos por leyes especiales y convenios internacionales que el país ha ratificado. Conforme lo anterior, el titular ha levantado información de línea base que da cuenta del patrón de asentamiento y usos del territorio de acuerdo a los criterios que establece la normativa ambiental.

4.10. Pronunciamiento conforme de CONADI

Pese a caratularse como pronunciamiento conforme, CONADI manifiesta en el oficio del 3 de diciembre del 2013, que en sus registros, aparece como susceptible de afectación la comunidad indígena Cultane, sin perjuicio de la identificación de impactos de otras comunidades, concluyendo la Corporación, la necesidad de realizar una consulta indígena a fin de dar cumplimiento a la normativa vigente.

4.11. Inicio del proceso de consulta indígena

Con fecha 06 de diciembre del 2013, se inicia el proceso de consulta indígena, la cual se llevará a efecto con las comunidades, grupos humanos y organizaciones representativas de la comunidad Cultane.

4.12. Protocolo de acuerdo final del proceso de consulta indígena

El 24 de enero del 2014, es firmado un protocolo de acuerdo final entre la comunidad indígena Cultane y el Servicio de Evaluación Ambiental, el cual responde a la convocatoria realizada por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá.

4.13. Informe consolidado de evaluación y visaciones

El 26 de febrero del 2014 es emitido Informe Consolidado de Evaluación recomendando aprobar el estudio, procediendo a los pronunciamientos sectoriales correspondientes, visando CONADI con observaciones, siendo de opinión de la corporación, que la ejecución del proyecto no cumple con la normativa vigente, ya que no existe consulta a todas las comunidades y/o personas susceptibles de ser afectadas en su ejecución, por lo que no existe

conformidad, en base a observaciones contenidos en el ordinario N°40, de 01 de marzo del 2013, Ordinario N°239-B, de 27 de agosto del 2013 y Ordinario N°321, de 03 de diciembre del 2013.

4.14. RCA: pronunciamiento desfavorable

Con fecha 27 de marzo del 2014, se resuelve calificar desfavorablemente el proyecto, señalando respecto al componente indígena, que no se habría cumplido a cabalidad este mandato durante el proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, estimando que el proceso de consulta fue parcial, por no considerar a todos los pueblos de la quebrada de Tarapacá, determinando que es contradictorio que para el proceso de participación ciudadana se haya realizado con los demás grupos de la quebrada de Tarapacá y no se haya realizado de la misma forma el proceso de consulta indígena. Finalmente, estima que el proceso de Evaluación Ambiental debe culminar con la conformidad de todos los órganos del Estado con competencia ambiental, hecho que no ocurrió, especialmente, sin contar con la conformidad de la Subdirección Norte de CONADI, órgano a su juicio, principal en esta evaluación.

4.15. Recurso de Reclamación del artículo 20 de la Ley 19.300¹⁵ y calificación favorable del EIA

Con fecha 15 de Mayo del 2014, el titular del proyecto, deduce reclamación ante el Comité de Ministros, resuelta por resolución exenta N°0871 de 6 de Octubre del 2014, calificando favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental, determinando que la comunidad Cultane es directamente afectada, por cuanto los antecedentes aportados por el responsable del proyecto¹⁶, estiman que la restricción en el camino Alto Casiri, solo afectará a Cultane, puesto

15 El artículo 20 de la ley N°19.300 establece que “en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental”.

16 De esto, podría entenderse que fueron considerados únicamente los antecedentes aportados por el titular, en su Estudio de Impacto, lo cual resta mérito al análisis del Servicio de Evaluación Ambiental como administrador del proceso.

que los otros poblados cuentan con caminos independientes. Agrega, que fueron cumplidos los principios de la consulta establecidos en el Convenio 169, esto es, el carácter previo, libre e informado, de buena fe, a través de instituciones representativas y procedimientos adecuados y previamente consensuados.

4.16. Recurso de reclamación del artículo 29 inciso final¹⁷ de la Ley N°19.300

Con fecha 25 de noviembre del 2014, los “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá”, presentan reclamación, contra resolución exenta N°0871 de 06 de octubre del 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, fundado en que varias de las observaciones ciudadanas durante el proceso de evaluación no fueron debidamente consideradas en los términos del “Instructivo de Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del SEIA”, del Director Ejecutivo del SEA, basado principalmente en: la determinación del área de influencia del proyecto, el incumplimiento de la consulta indígena en los términos del Convenio 169, y, la concepción monocultural de afectación directa, todos aspectos reiterados a lo largo de la evaluación, la cual no considera la visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad, manifestándose en impactos socioculturales, de carácter subjetivo, dependientes de su cosmovisión y relación espiritual con sus tierras y territorios, lo cual es imposible de ser calificado a partir de evaluaciones técnicas, las cuales únicamente determinaran afectación directa determinada, entregando con esto, mayor valor al informe del titular que al informe antropológico presentado por la reclamante. Finalmente, es argumentado que la participación ciudadana en ningún caso es homologado a consulta indígena.

4.17. Pronunciamiento del Tribunal Ambiental

El 1 de diciembre del 2015, el 2º Tribunal Ambiental, respecto a la debida consideración de las observaciones ciudadanas en la resolución reclamada,

17 El artículo 29 inciso final, señala en relación a las observaciones ciudadanas, que “cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.

estima, que si bien el área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”, creada por Decreto Supremo N°67 de fecha 9 de mayo del 2001 del Ministerio de Planificación, contempla las comunidades de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte, la Corte Suprema en fallo referido a la obligación que el proyecto sea ingresado por EIA¹⁸, no establece que sean dichas comunidades las afectadas directamente, por lo que la implementación y el ámbito de aplicación quedó entregada a la autoridad. Agrega que CONADI, formuló sus planteamientos en términos de posibilidad y no de certeza¹⁹, sin una afectación que ameritara extender el área de influencia directa y estimando, que las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, reiterando que no existieron otros impactos ambientales, ni afectación a las dinámicas sociales. Sumado a esto, se determina que la reclamante, no ha explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto, el cual, presenta un limitado alcance, interviniendo una parte menor del territorio. Por lo anterior, se rechaza la reclamación deducida por las comunidades.

4.18. Recurso de casación y rechazo de la acción por la Corte Suprema

Finalmente, con fecha 18 de diciembre del 2015, Los “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá”, interponen recurso de casación en el fondo y en la forma, Rol N°817-2016, los cuales son rechazados con fecha 19 de mayo del 2016 por la Corte Suprema. Ejecutoriada la sentencia, finaliza la tramitación del proyecto consolidando la resolución de calificación ambiental favorable.

18 En tal sentido, tener presente la sentencia de la Corte Suprema Rol N°11040-2011, caratulada “Marcelo Condore Vilca Consejero territorial alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá”.

19 Al pronunciamiento de CONADI que se refiere en términos de “posibilidad y no de certeza”, es al indicado en el punto 4.10.

5. BREVE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL RELEVANTE

5.1. Caso “El Morro”: Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Copiapó Rol N°436-2013, de fecha 28 de abril del 2014, y Apelación Recurso de Protección, Rol N°11.299-2014 de la Corte Suprema, de fecha 7 de octubre del 2014

Una serie de comunidades y asociaciones indígenas diaguitas recurren de protección ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, solicitando se deje sin efecto la aprobación ambiental del proyecto minero “El Morro”, efectuada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la III Región de Atacama mediante resolución exenta N°232 de 22 de octubre del 2013, pues el proceso de consulta se llevó a cabo únicamente con la comunidad agrícola Diaguita Huascoaltinos, que a su vez también recurre de protección pues considera que no se le consultó de forma previa, libre e informada. La Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso de protección deducido, al considerar que la resolución impugnada no era arbitraria ni ilegal. Las comunidades y asociaciones indígenas recurrieron de apelación ante la Corte Suprema, que revocó la sentencia apelada, y acogió la acción constitucional.

Durante la tramitación de la concesión de la Resolución de Calificación, el SEIA solicitó la asistencia técnica de CONADI, donde en sus primeras intervenciones, CONADI reconoció que el proyecto se llevaría a cabo en un sector donde coexisten una serie de comunidades diaguitas, pero posteriormente aprobó el Informe Consolidado de Evaluación que precede a la RCA, considerando suficiente la consulta realizada a la comunidad agrícola Diaguita Huascoaltinos, e informó a la Corte de Apelaciones de Copiapó que en la resolución N°69/2013 se invitó a participar en la consulta indígena a otras comunidades distintas a la ya mencionada y que fueran susceptibles de ser afectadas por el proyecto, destacando que ninguna comunidad indígena, ni persona natural, se acercó a la autoridad ambiental o a CONADI a señalar una posible afectación o su interés en participar en el proceso de consulta. La Corte Suprema consideró que los informes de CONADI relativos a las decisiones de no considerar a las demás comunidades en el proceso de consulta y de poner fin al proceso respecto de la única comunidad que sí fue considerada, no estaban debidamente fundamentadas, y en consecuencia, vician la posterior Resolución de Calificación Ambiental.

5.2. Caso “Entuco”: Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°4283-2015 y de la Corte Suprema, Rol N°36728-2015

Con fecha 17 de septiembre del 2015, la comunidad indígena “Entuco”, representada por su presidenta, deduce recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco contra la Municipalidad de Padre Las Casas, con base en acuerdo tomado en sesión ordinaria N°98 de fecha 18 de agosto del 2015, que autoriza la entrega de inmueble en comodato al “Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas” para emplazar una medialuna, vulnerando a criterio de la parte recurrente, la garantía del 19 N°2 de la Constitución y por consiguiente, el deber de consulta del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Respecto a los terrenos, estos fueron adquiridos en el año 2011 por la Municipalidad, encontrándose gravados con reclamaciones históricas por la comunidad recurrente, amparados en el Título de Merced N°1105, las cuales son corroboradas con solicitudes elevadas a organismos tales como la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Servicio Agrícola y Ganadero y Municipalidad de Padre las Casas.

Establece la parte recurrente como motivo de ilegalidad y arbitrariedad, la calidad de tierra indígena del predio en los términos del artículo 12 de la ley N°19.253; la falta de consulta previa e informada respecto a una medida susceptible de afectar directamente a la población indígena en los términos del Convenio 169 de la OIT. Solicita además, que la Corte decrete y deje sin efecto el acuerdo del Concejo Municipal ya mencionado, y ordene se imponga al Estado de Chile, materializar el deber de consulta previa e informada respecto a la Comunidad indígena afectada.

Revisados los antecedentes, estima la Corte de Apelaciones de Temuco, que no existen antecedentes en el proceso que hagan constar la realización del proceso de consulta indígena, por lo que existe vulneración de la igualdad ante la ley en los términos del artículo 19, N°3, privando la posibilidad a la comunidad recurrente, de incidir en la gestación y forma de desarrollo del acuerdo, considerando la especial protección de la integridad y derechos de los pueblos, acogiendo el recurso con base en dichas consideraciones, dejando sin efecto el acuerdo del Concejo Municipal y el decreto alcaldicio correspondiente, ordenando se adopten las medidas necesarias para realizar la consulta indígena previa e informada.

La Municipalidad de Padre las Casas apela la sentencia antedicha, argumentando el agravio, en cuanto deja sin efecto el acuerdo del Concejo

y el Decreto alcaldicio, suponiendo la necesidad del proceso de consulta indígena en la especie.

Respecto a la ilegalidad y arbitrariedad, niega tal acusación, alegando incorporación inadecuada de informes emitidos por servicios públicos especializados. Argumenta el apelante, la inexistencia de garantías constitucionales vulneradas, ya que el actuar del municipio no ha buscado privilegiar a un grupo determinado, sino que únicamente ha requerido la satisfacción de las necesidades de la comunidad en cumplimiento a lo establecido por la ley orgánica de municipalidades.

Con fecha 4 de abril del 2016, la Tercera Sala de la Corte Suprema, busca resolver la siguiente pregunta: ¿afecta directamente el emplazamiento de una medialuna en un predio vecino a la comunidad indígena sobre el cual no tienen derechos amparados por la legislación vigente?, a lo que responde, que respecto a la construcción de una medialuna y su afectación directa a la comunidad, debe ser considerada la dimensión objetiva y subjetiva de tal afectación, constituyendo la mera percepción del perjuicio, solo una de las dos dimensiones a considerar, resultando insuficiente para concluir favorablemente para la parte recurrente. Luego, se remite la Corte al artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena, con el objeto de determinar los factores culturales propios de la afectación, los cuales no requieren necesariamente un afectación material, económica o perjuicio jurídicamente definido para caracterizar una medida como susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas por parte de los órganos de la administración del estado. Señala el artículo, que afectan directamente aquellos que: “Sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. Se indica la inexistencia de costumbres o tradiciones mapuche, plasmadas en el rodeo, razón por la cual, la antagonía entre la cultura occidental y la ancestral, propende el escenario para dar lugar a un proceso de consulta, con el objeto de lograr la integración de tradiciones, evitando la imposición de la cultura dominante.

Estima la Corte, que la superficie y cercanía entre los predios, es suficiente para probar el impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, antagonica con una costumbre igualmente asentada en algunas zonas del país. Por lo anterior, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

El voto disidente de la sentencia, expresa la falta de acreditación y fundamento respecto a la afectación sobre las tradiciones y costumbres ancestrales indígenas, por lo que el solo hecho de estar la comunidad emplazada dentro del área del respectivo proyecto, no implica en consecuencia la generación de impactos y la obligatoriedad del proceso de consulta.

La relevancia del fallo, más allá de la consolidación de la consulta indígena como mecanismo relevante y necesario en aquellos casos en que pueda existir afectación directa por medidas legislativas y administrativas de los Estados, radica en el lugar preponderante que otorga a las costumbres y tradiciones ancestrales, como concepto jurídico indeterminado que no requiere necesariamente configurar una afectación material, económica o un perjuicio determinado y tangible, sino que son considerados conceptos jurídicos indeterminados relativos a la ancestralidad.

La costumbre indígena hasta hoy, ha sido utilizada mayoritariamente como fundamento de acciones penales, logrando el reconocimiento de su existencia basada en el Convenio 169, pero sin lograr suficiencia para demostrar la relación de causalidad. Aún más, en casos en que tímidamente se han fundamentado los valores ancestrales, como en el caso expuesto, existen dificultades adicionales para dar por acreditado por la Corte el elemento subjetivo y objetivo de la afectación directa. Es decir, la Corte históricamente entiende la existencia y aplicación del Convenio 169, en lo respectivo a la costumbre y tradiciones como elemento del derecho, sin embargo, hasta ahora, no había arriesgado una interpretación inclusiva en la materia, refiriéndose a ella como elemento fundamental del fallo.

La decisión es categórica en reconocer el Título de Merced de 1906 como antecedente relevante en la causa, el cual si bien no tiene validez actual como título de dominio, permite caracterizar la tierra como perteneciente de forma originaria a la comunidad solicitante; innova la Corte frente a decisiones anteriores, en cuanto consagra la existencia de la afectación cultural, la cual no es necesariamente material, ya que contiene elementos intangibles como la espiritualidad y la relación con la tierra; por último, reconoce la antagonía cultural entre los beneficiarios del proyecto y quienes deberán coexistir con dichas tradiciones por ocupar un predio colindante.

La Corte Suprema, siempre cautelosa en lograr estándares de suficiencia probatoria bajo los cánones tradicionales, hasta la fecha de la sentencia en cuestión, había basado su respeto al Convenio 169 a través de las posibilidad de realizar procesos de consulta a las personas o comunidades efectivamente

afectadas, de forma directa y específica, sin justificar necesariamente su declaración en aspectos culturales y derechos ancestrales, circunstancia que restringe la aplicación de dicho instrumento y consecuencial pérdida de eficacia.

En la sentencia presentada, la Corte comprende que la obligación de consulta no necesariamente debe basarse en posibles afectaciones tangibles, sino que abre la posibilidad a considerar aspectos tales como las tradiciones, costumbres ancestrales y la espiritualidad, como ámbitos susceptibles de ser dañados, lo cual en variadas ocasiones para el observador externo, significa solo una “percepción” sin más, obviando la multiculturalidad del país y los derechos reconocidos por la normativa internacional aplicada en Chile, sin que esto se considere un derecho a veto, sino que únicamente, busca el respeto de culturas antagónicas que comparten un mismo espacio, concretizando así, la igualdad ante la ley, el fin a la homogeneización del ordenamiento y el reconocimiento de la pluralidad cultural.

6. APRECIACIONES RESPECTO A LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Revisado el componente indígena en Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto “Paguanta”, es posible concluir que existe a lo largo del procedimiento una preocupación latente por las comunidades Aymara eventualmente afectadas, lo que sin lugar a dudas, es manifiesto a raíz del requerimiento de la Corte Suprema respecto al ingreso del proyecto por Estudio y no por Declaración como inicialmente estaba considerado. La diferencia es abismante, cuando se compara la línea de base de la declaración, que considera únicamente la flora y vegetación del lugar a impactar, sin intenciones de considerar componente indígena ni patrimonial, permitiendo el Estudio ampliar dicho punto e incluir a comunidades indígenas sujetas a afectación.

Respecto a la línea de base ambiental, el titular en su Estudio tiene claridad en lo que respecta al componente humano, específicamente Aymara, señalando preliminarmente, la consideración del espacio territorial compartido y común, base en su identidad social, cohesión y pertenencia al espacio territorial que siempre será común, reiterando dicho término, lo cual parece relevante e indica al menos en apariencia, que el titular entiende y respetará dicha concepción de propiedad colectiva en los términos del Convenio 169 de la OIT, el cual establece en su apartado de tierras, que, “al aplicar las disposiciones de esta

parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”, enfatizando la relación comunitaria colectiva entre indígenas y territorios. Sin embargo, esta intención no se materializa en el proceso, ya que no hay manifestaciones concretas de aplicar el criterio comunitario y unificado para considerar a comunidades distintas a Cultane dentro de sus rangos de acción. Se entiende que no es responsabilidad del titular la consulta, pero al desarrollar un proyecto en territorio indígena ancestral, debe manejar variables amplias, que incluyen cultura y espiritualidad para sustentar su línea de base.

Así mismo, el Estudio presentado por el titular, reconoce en la comunidad Aymara un patrón trashumante y multilocal, circunstancia contradictoria con el intento de determinar un área específica y definida de afectación, considerando únicamente factores espaciales concretos (cercanía de comunidades, kilómetros de extensión del proyecto y delimitación espacial del mismo), desconociendo que la calidad de pastores y ganaderos, quienes por factores culturales y consuetudinarios se movilizan dentro de un área común, variando su ámbito de afectación en los términos del artículo 5 letra a) del Convenio 169, el cual establece que: “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”, contrario al reconocimiento de la dimensión espiritual como factor de afectación, delimitándola únicamente al espacio territorial. Así, únicamente es considerada la cercanía al proyecto como factor para determinar el área de influencia directa, excluyendo el componente cultural, espiritual y particular de las comunidades en estudio, para quienes es indiferente si el área del proyecto es reducida, ya que culturalmente, la afectación es generada por factores que exceden únicamente el espacio territorial.

El titular, sin perjuicio de ser consultado, no responde con intenciones de clarificar o ampliar su estudio original, sino que se remite a él cada vez que es consultado. Ejemplo de lo anterior, es plasmado en ICSARA N°1, donde se solicita un análisis acabado respecto de las eventuales afectaciones que podrían generarse respecto de la cosmovisión indígena, calidad de vida, manifestaciones culturales y religiosidad de estos pueblos, considerando que el territorio se encuentra unificado desde tiempos inmemoriales por

relaciones de diversa índole, lo cual a lo largo del proceso no es resuelto en términos culturales ni de ubicación, sino que únicamente a nivel espacial. Los informes de CONADI, si bien reconocen la afectación a la comunidad indígena Cultane, no descartan otras posibles afectaciones, siendo de la opinión consistente y reiterada de la institución, que el proyecto no cumple con la normativa vigente.

El Servicio de Evaluación Ambiental, recoge la opinión de los órganos sectoriales, especialmente de CONADI, rechazando el proyecto, sin embargo, el Comité de Ministros, rechaza dicho análisis y conclusiones, calificando favorablemente el Estudio, argumentando que fueron cumplidos los principios del Convenio 169 y expresamente establece, que “los antecedentes aportados por el responsable del proyecto, estiman que la restricción en el camino Alto Casiri, solo afectará a Cultane, puesto que los otros poblados cuentan con caminos independientes”, negando valor al pronunciamiento del órgano sectorial especializado, remitiéndose únicamente a los antecedentes entregados por el titular, considerando que estos son suficientes para resolver el asunto, obviando el componente cultural, ancestral y espiritual, defendido por las comunidades reclamantes en la participación ciudadana como en la resolución y visibilizado en los pronunciamientos con observaciones de CONADI.

Posteriormente, el Tribunal Ambiental, concluye su pronunciamiento favorable al proyecto, refiriéndose a que el mismo “presenta un limitado alcance, interviniendo una parte menor del territorio”, basando sus conclusiones sin consideración a aspectos culturales ni espirituales propios de los pueblos indígenas, materializados en el Convenio 169.

En cuanto a la consulta previa, esta es una obligación estatal en los términos del artículo 6 del Convenio 169, razón por la cual no resulta coherente que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental fije sus lineamientos de acuerdo a lo planteado por el titular del proyecto, sino que el Estado, debe estar preparado técnica y profesionalmente para emitir informes independientes, que no dependan de las respuestas del titular, sino que de estudios propios respecto al área de influencia y la afectación directa. El Estado no cumple mientras no tenga la capacidad técnica de opinar con fundamentos respecto a las áreas de afectación, que incluyan aspectos culturales y espirituales, no considerados por aquellos que no tienen expertiz o mantienen intereses contrapuestos a lo planteado por el Convenio 169.

La relevancia del caso “El Morro”, para este caso particular, lo reviste la necesidad de debida fundamentación de los informes de CONADI para

validar la Resolución de Calificación Ambiental, aplicable en cuanto, dicha institución, el 3 de diciembre de 2013, manifiesta pronunciamiento conforme con el proyecto, manifestando que en sus registros, aparece como susceptible de afectación la comunidad indígena Cultane, sin perjuicio de la identificación de impactos de otras comunidades, concluyendo la Corporación, la necesidad de realizar una consulta indígena a fin de dar cumplimiento a la normativa vigente. El mencionado planteamiento es confuso y carece de fundamento y coherencia con el proceso general y los pronunciamientos de la institución en las distintas etapas del proceso de evaluación, por lo que no podría ser suficiente en ningún caso para fundar una decisión favorable respecto a la calificación ambiental. No así, los restantes pronunciamientos a lo largo del procedimiento, los cuales no dejan lugar a dudas respecto a la negativa de CONADI a la aprobación del proyecto, lo cual es considerado correctamente por el Servicio de Evaluación Ambiental. Las entidades como el Comité de Ministros, el Tribunal Ambiental y la Corte Suprema, utilizan dicho pronunciamiento aislado como base para su decisión.

En cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de la comunidad Entuco, reviste importancia la consideración de los ministros, en cuanto establecen que, no es necesario que se produzca una afectación material, económica o perjuicio de derechos jurídicamente definidos para que una medida afecte directamente a los pueblos indígenas, bastando la afectación al ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, manifestándose los factores determinantes de esta definición, como únicamente culturales, situación que es nueva y que muestra un cambio de paradigma sustentado por los principios del Convenio 169. La sentencia en cuestión es histórica, y sienta precedente en cuanto reconocimiento del derecho de los pueblos originarios, los cuales han sido desplazados y tratados de forma disminuida por el sistema del que hoy forman parte, razón por la cual, es necesario abrir el conocimiento hacia la diferencia y el reconocimiento de prácticas culturales diversas, pero igualmente validas a los ojos del derecho internacional. Es tarea de los jueces ser activistas en aquellos temas que las leyes creadas a la fecha no han podido solucionar ni visibilizar, propendiendo a la igualdad material, más que a la formal, aplicando de forma reconciliadora las diversas formas de ver el mundo.

Finalmente, señalar a modo de cierre, que son claras las obligaciones a las que el Estado y sus ciudadanos se han comprometido con la ratificación del Convenio 169 y las políticas de interculturalidad establecidas en las leyes

sectoriales, sin embargo, cabe preguntarnos, cuánto del multiculturalismo y respeto a los pueblos originarios de los cuales nos jactamos como sociedad, estamos dispuestos a llevar a la práctica. En suma, para coexistir con los pueblos de manera correcta, se deben considerar los componentes indígenas como parte indivisible de los proyectos ambientales de afectación, los cuales comprenden nuevas limitaciones al dominio y al desarrollo económico, en cuanto incluye criterios culturales y espirituales intangibles pero existentes y reconocidos por el derecho. No se trata de terminar con los proyectos de inversión que eventualmente mejorarán la calidad de vida de los ciudadanos y propenderán al bien común occidental, sino que es de suma importancia, considerar, que existen otras visiones, válidas y que en la actualidad presentan mecanismos positivos para ser desarrollados con respeto a las distintas formas de ver el mundo.

NORMAS CITADAS

Convenio 169 de la Organización Nacional del Trabajo de 1989, vigente en Chile desde el 14 de octubre del 2008.

Ley N°19.253 de 05 de octubre de 1993. *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.*

Ley N°19.300 de 09 de marzo de 1994. *Aprueba ley sobre bases del medio ambiente.*

DS 67 del Ministerio de Planificación, de 08 de marzo del 2001. *Declara Área de Desarrollo Indígena territorio que indica en la I Región.*

DS 40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 12 de agosto del 2013. *Aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental.*

DS 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 04 de marzo del 2014. *Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6° N°1 letra A) y N°2 del Convenio 169 de la OIT y deroga normativa que indica.*

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia Rol N°11040-2011, de fecha 30 de marzo del 2012.

Corte Suprema, sentencia Rol N°11.299-2014, de fecha 7 de octubre del 2014.

Corte Suprema, sentencia Rol N°36.728-2015, de fecha 4 de abril del 2016.

Corte Suprema, sentencia Rol N°817-2016, de fecha 19 de mayo del 2016.

Corte de Apelaciones de Copiapó, sentencia Rol N°436-2013, de fecha 28 de abril del 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N°4283-2015, de fecha 20 de noviembre del 2015.

Tribunal Ambiental, sentencia Rol R- 4-2014, de fecha 01 de diciembre del 2015.

ANEXO:
ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS CORTES DE
APELACIONES Y CORTE SUPREMA EN MATERIA DEL
CONVENIO 169

1. LA CONSULTA DEBE EJECUTARSE DE BUENA FE
2. LA CONSULTA DEBE LLEVARSE A CABO A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS APROPIADOS
3. LA CONSULTA DEBE EJECUTARSE DE UNA MANERA ADECUADA A LAS CIRCUNSTANCIAS Y CON LAS INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS
4. EL CONVENIO 169 EXIGE PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA QUE EXISTA IMPACTO SIGNIFICATIVO
5. EL CONVENIO 169 ES UN REQUISITO HABILITANTE PARA REALIZAR DICHOS PROYECTO DE CARÁCTER AMBIENTALES
6. EL CONVENIO 169 IMPONE A LOS GOBIERNOS UNA OBLIGACIÓN DE: ESCUCCHAR Y CONSIDERAR LA OPINIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS QUE RECONOCE DICHA LEY
7. EL CONVENIO 169, A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGENCIA, VIENE A COMPLEMENTAR Y REFORZAR LA LEY INDÍGENA 19.253
8. ¿A QUIÉN SE LE PUEDE APLICAR EL CONVENIO 169?
9. EL CONVENIO 169 TIENE POR OBJETO SALVAGUARDAR LA COMUNIDAD INDÍGENA
10. LA CONSULTA, CONSIDERA LA OPINIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS QUE RECONOCE LA LEY 19.253
11. EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMPRENDE UN PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

12. EL CONVENIO 169 PROMUEVE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL BIEN COMÚN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA
13. LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AL IGUAL QUE EL RESTO DE LOS HABITANTES DE ESTE PAÍS, ESTÁN SOMETIDOS AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE
14. LA CONSULTA DEBE SER: PREVIA, LIBRE E INFORMADA
15. LA FINALIDAD DEL CONVENIO 169 ES LLEGAR A UN ACUERDO O CONSENTIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS, NO AFECTANDO LAS ATRIBUCIONES PRIVATIVAS DE LAS AUTORIDADES QUE LA CONSTITUCIÓN DETERMINA
16. LÍMITE RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS: NO PUEDE SER CONTRARIA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEFINIDOS POR EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL
17. EL CONVENIO 169 ES UNA NORMA AUTOEJECUTABLE
18. DEBE EXISTIR TERRITORIO INDIGENA AFECTADO PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169
19. EL CONVENIO 169 ES UNA CONCRECIÓN DEL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
20. DERECHO A DECIDIR DE LOS PUEBLOS INDIGENAS
21. EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 SE DEBE CONSIDERAR CON FLEXIBILIDAD LAS PARTICULARIDADES DE CADA PAIS
22. EL CONVENIO 169 SE APLICARÁ CUANDO PUDIESEN EXISTIR MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS QUE AFECTEN DE MANERA DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. LA CONSULTA DEBE EJECUTARSE DE BUENA FE

De acuerdo a los estándares establecidos por el Convenio 169, destaca la buena fe, como requisito necesario para realizar los procedimientos de consultas a los pueblos indígenas y tribales.

FALLO ROL N°11.299-2014. SENTENCIA CORTE SUPREMA

VIGESIMO QUINTO: Que en el considerando décimo octavo de esta sentencia se hace alusión a los Informes N°00 y 564 de 2013, por medio de los cuales se manifiesta la opinión de la Corporación en cuanto a la Adenda N°5 del proyecto presentada por el proponente al SEA de la Región de Atacama y se visa sin observaciones el Informe Consolidado de Evaluación de 14 de octubre de 2013.

En el primero de los informes, en relación con el proceso de consulta indígena a la CADHA, se expresa: “No obstante los esfuerzos realizados por la Administración en lo tocante a recabar información y establecer un dialogo genuino y de buena fe, entendiendo que resulta esencial la existencia de una actitud dialogante, para un efectivo proceso de Consulta y que en el caso concreto no se visualizó un compromiso real de compartir y poner a disposición del Servicio toda la información que resultare primordial para un adecuado diálogo que permitiera un procedimiento pleno de consulta indígena, por tanto, no se justificaba la continuidad de la medida adoptada de mantener suspendido el proceso de evaluación ambiental, en consecuencia la Comisión de Evaluación Ambiental resolvió reanudar el proceso de evaluación del “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro” (. “queda de manifiesto la intención por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, de dar cumplimiento a lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, realizando los esfuerzos necesarios para llevar a cabo un proceso de Consulta Indígena, de acuerdo a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, entre los que destacan la buena fe, los procedimientos adecuados, realizado de manera apropiada a las circunstancias y con la institución representativa, en este caso de la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos, todo con el objeto de generar un dialogo y finalmente un acuerdo respecto a una medida administrativa susceptible de afectarles directamente”. Luego en el Informe N°564 no hay ninguna fundamentación acerca de la razón por la cual no surgen observaciones que formular al Informe Consolidado de Evaluación ya aludido.

FALLO ROL N° CIVIL 151-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 4013-2013

QUINTO: Que revisada la resolución impugnada a través de la presente acción constitucional, de la que se ha agregado copia a fojas 10 y siguientes y a fojas 48 y siguientes, aparece que en la misma se consigna entre sus considerandos -signados con los numerales 7, 9 y 12- que en el contexto de los fallos dictados por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Excelentísima Corte Suprema, recaídos en el recurso de protección incoado en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 49-2011, se ha ordenado subsanar los vicios referidos a los impactos significativos sobre los miembros de la Comunidad Agrícola Diaguita Los Huascoaltinos, cuestionándose la inexistencia de una audiencia específica con la población indígena afectada, entendiéndose que esto último se refiere a la aplicación de la Consulta contenida en el Convenio 169 de la OIT, instancia que debe aplicarse de buena fe, contemplando mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. Se agrega que la referida consulta tiene el carácter de obligatoria cuando existe susceptibilidad de afectación a grupos humanos indígenas y que el reconocimiento de este tipo de impactos por parte del titular de un proyecto, es el que genera la obligación del Estado de realizarla.

FALLO ROL N° 150-2011 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 4289-2011

DÉCIMO QUINTO: Que, en cuanto a la procedencia de la Consulta en los términos exigidos por el Convenio 169, resulta pertinente recordar que el artículo 6º, número 1, letra a), de este instrumento dispone: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El número 2 del mismo artículo 6º del Convenio de la OIT prescribe: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad

de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

De acuerdo con los antecedentes que obran en esta causa, resulta posible sostener que el procedimiento de participación implementado respecto de la Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala no se ha realizado en los términos concebidos por el procedimiento de consulta regulado en el Convenio 169, específicamente en lo relativo al recién transcrito artículo 6º, número 2.

Sin embargo, resulta igualmente posible afirmar que, según se ha señalado en considerandos anteriores, la recurrente no ha explicitado en qué sentido ni en qué medida le afectaría el proyecto favorablemente calificado por la resolución exenta número 16. Y una de las condiciones establecidas por el Convenio de la OIT para la procedencia de la consulta es que se trate de una medida “susceptible de afectarles directamente”.

En consecuencia, la objeción de ilegalidad dirigida en contra de la resolución exenta N° 16, fundada en la omisión del procedimiento de consulta dispuesto por el mencionado Convenio, también debe ser rechazada.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SEXTO: Que tal cuerpo normativo establece que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población, y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; a su vez, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es decir, el objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

**FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE
VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
FALLO ROL N°4.078-2010**

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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; y el artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

FALLO ROL N°258-2011 SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

SÉPTIMO: Que sin embargo, pese a que el objetivo primordial del nuevo instrumento de planificación territorial que se pretende implementar en la comuna de San Pedro de Atacama pareciera ser -como se indicó en el motivo anterior- el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

2. LA CONSULTA DE BELLEVARSE ACABO A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS APROPIADOS

Al aplicar las disposiciones del presente convenio se extrae como requisito para la Consulta de los pueblos interesados lo previsto en el Artículo 6 número 1 Letra A del mismo. Esto se entiende como un procedimiento que permita canalizar información relevante a las comunidades indígenas, recabar sus opiniones y observaciones sobre las iniciativas que estén destinadas a ellas o puedan afectarles directamente.

FALLO ROL N°114.303-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°10.572-2014

NOVENO: No cabe entonces calificar de ilegal la actuación de los recurridos, desde que el primero se adecuó al procedimiento que le rige (CMN) y el segundo ejecutó las obras autorizadas, sin que se pueda entender que con tales actos se afecta a la comunidad indígena de Belén-requisito para la consulta que prevé el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT- toda vez que las actividades van justamente encaminadas a potenciar el valor patrimonial y la cultura de la comunidad beleneña, lo que se descarta al mismo tiempo cualquier arbitrariedad, y conduce a desestimar el recurso en examen, sin que, entonces, sea necesario analizar la vulneración de garantías que se denuncia.

FALLO ROL N°1.637-2013, SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°63-2014

NOVENO: Que en lo específico debe considerarse que el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo promulgado el 14 de octubre del año 2008, mediante Decreto 236, se indica en su artículo 6º letra a) la consulta de los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de instituciones representativas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y sin perjuicio de lo razonado precedentemente, como también de las consultas efectuadas por la Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama, lo cierto es que la resolución de calificación ambiental referida al Museo Arqueológico RP Gustavo Le Paige de la Comuna de San Pedro de Atacama, no constituye

una medida legislativa o administrativa desde que se intenta reemplazar el actual edificio que alberga el Museo Arqueológico mediante la construcción de uno nuevo y que se justifica por el actual estado del mismo, que no ofrece condiciones mínimas de seguridad, tanto para las visitas como para mantener la colección de las piezas arqueológicas, o sea que la medida destinada a la remodelación tiene por objeto justamente proteger y resguardar estas piezas arqueológicas y, por lo tanto, ninguna influencia puede ejercerse en el desarrollo de los pueblos interesados o afectar sus derechos, como también la integridad de los miembros en cuanto peligre su igualdad en el trato, la oportunidad de ejercer derechos y la plena efectividad de derechos sociales, económicos y culturales. Tampoco puede estimarse que afecta la identidad social, cultural, sus costumbres y tradiciones, máxime si se trata de un museo único en la zona de larga data y que hoy sólo tiene por objeto resguardar las piezas arqueológicas. Además tampoco se ha invocado alguna creencia, rito o costumbre que por sí misma hiciera exigible una consulta para compatibilizar sus aspiraciones y formas de vida, razones más que suficientes para desestimar el recurso.

FALLO ROL N°6.758-2013 CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°12.437-2013

TERCERO: Que es del caso que se entiende como norma infringida, y fundamento del recurso la inobservancia de lo dispuesto en el en el numero 1) del artículo 6 del Convenio 169 que refiere: Artículo 6: 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.

FALLO ROL N°1.608-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N°1 letra a) 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.” En este caso la medida que las comunidades

recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIÓN DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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 (...).

FALLO ROL N°4078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SEXTO: Que este principio de aplicación del tratado necesariamente implica que para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones,

tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos;

3. LA CONSULTA DEBE EJECUTARSE DE UNA MANERA ADECUADA A LAS CIRCUNSTANCIAS Y CON LAS INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS

En el artículo 4º del Convenio 169 de la OIT, previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permitan llegar a entendimiento mediante un diálogo con el propósito de arribar a acuerdos en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernen con las comunidades indígenas.

FALLO ROL N°5.707-2013 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°6.427-2014

SEGUNDO: Que el reproche de ilegalidad se hace consistir en haber faltado la titular del proyecto al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el numeral 1º, del artículo 6, del Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo, cuyo artículo 4º previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permitan llegar a entendimiento mediante un diálogo con el propósito de arribar a acuerdos, no obstante lo cual se enfrentan a una decisión administrativa que ha certificado que el proyecto evaluado cumple con todas las exigencias que impone la normativa aplicable y que es obligatoria para los demás órganos del Estado con competencia ambiental, los cuales no podrán denegar las autorizaciones sectoriales correspondientes; “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

FALLO ROL N°1.637-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°63-2014

NOVENO: Que en lo específico debe considerarse que el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización

Internacional del Trabajo promulgado el 14 de octubre del año 2008, mediante Decreto 236, se indica en su artículo 6º letra a) la consulta de los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de instituciones representativas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y sin perjuicio de lo razonado precedentemente, como también de las consultas efectuadas por la Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama, lo cierto es que la resolución de calificación ambiental referida al Museo Arqueológico RP Gustavo Le Paige de la Comuna de San Pedro de Atacama, no constituye una medida legislativa o administrativa desde que se intenta reemplazar el actual edificio que alberga el Museo Arqueológico mediante la construcción de uno nuevo y que se justifica por el actual estado del mismo, que no ofrece condiciones mínimas de seguridad, tanto para las visitas como para mantener la colección de las piezas arqueológicas, o sea que la medida destinada a la remodelación tiene por objeto justamente proteger y resguardar estas piezas arqueológicas y, por lo tanto, ninguna influencia puede ejercerse en el desarrollo de los pueblos interesados o afectar sus derechos, como también la integridad de los miembros en cuanto peligran su igualdad en el trato, la oportunidad de ejercer derechos y la plena efectividad de derechos sociales, económicos y culturales. Tampoco puede estimarse que afecta la identidad social, cultural, sus costumbres y tradiciones, máxime si se trata de un museo único en la zona de larga data y que hoy sólo tiene por objeto resguardar las piezas arqueológicas. Además tampoco se ha invocado alguna creencia, rito o costumbre que por sí misma hiciera exigible una consulta para compatibilizar sus aspiraciones y formas de vida, razones más que suficientes para desestimar el recurso.

FALLOROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SEXTO: Que tal cuerpo normativo establece que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población, y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; a su vez, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de

una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es decir, el objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

FALLO ROL N°1.608-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N°1 letra a) 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.”. En este caso la medida que las comunidades recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha

ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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; y el artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

4. EL CONVENIO 169 EXIGE PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA QUE EXISTA IMPACTO SIGNIFICATIVO

Se puede desprender de los considerandos que, para la aplicación del Convenio 169, procederá en la medida que el proyecto que pretende llevarse a cabo, genere un “impacto significativo”, en consecuencia, respecto de los cuales se requiere realizar la consulta indígena serán los pueblos que resulten afectados de manera directa. Esto fija un estándar mínimo necesario para que proceda la consulta, condición que no sólo determina cuándo es procedente el trámite de la consulta, sino asimismo, cuáles son los sujetos de ella.

FALLO ROL N°5.707-2013. SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°6.427-2014

OCTAVO: Que en cuanto a la procedencia de la consulta que prevee (sic) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, resulta pertinente tener presente que el artículo 6, N°1, letra a) de ese instrumento, dispone que ésta procede respecto de los pueblos interesados tratándose de la adopción

de medidas susceptibles de afectarles directamente y según ya se ha dicho, los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida, ni tampoco se vislumbra de los antecedentes de autos cuál sería esa afectación y sus alcances.

FALLO ROL N°114.303-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°10.572-2014

NOVENO: (...) y el segundo ejecutó las obras autorizadas, sin que se pueda entender que con tales actos se afecta a la comunidad indígena de Belén -requisito para la consulta que prevé el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT- toda vez que las actividades van justamente encaminadas a potenciar el valor patrimonial y la cultura de la comunidad Beleneña, lo que descarta al mismo tiempo cualquier arbitrariedad, y conduce a desestimar el recurso en examen, sin que, entonces, sea necesario analizar la vulneración de garantías que se denuncia.

FALLO ROL N°179-2014 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°17.599-2014

DÉCIMO SEGUNDO: Que, a lo ya dicho se debe agregar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, se deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y se entiende que les afecta directamente, como lo establece el artículo 7° del mismo convenio en la medida que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar en general y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, situación que no se ha acreditado en estos autos, es más en el evento, que se pudiera encontrar en el avance del proyecto restos del patrimonio arqueológico de que da cuenta la Inspección Visual Arqueológica allegada, se dará cuenta al Consejo de Monumentos Nacionales, entidad que dio su conformidad a este proyecto, como aparece de la Resolución impugnada, en la evaluación técnica de la observación de doña Norma Vargas Queulo, 4.4 letra c), por lo que no se divisa como el presente proyecto pudiese afectar a la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, recurrente de esta acción cautelar, razón por la que

esta Corte en estas circunstancias no está en situación de otorgar la cautela requerida.

**FALLO ROL N°150-2011. SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
FALLO ROL N°4.289-2011**

DÉCIMO QUINTO: Que, en cuanto a la procedencia de la Consulta en los términos exigidos por el Convenio 169, resulta pertinente recordar que el artículo 6º, número 1, letra a), de este instrumento dispone: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El número 2 del mismo artículo 6º del Convenio de la OIT prescribe: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

De acuerdo con los antecedentes que obran en esta causa, resulta posible sostener que el procedimiento de participación implementado respecto de la Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala no se ha realizado en los términos concebidos por el procedimiento de consulta regulado en el Convenio 169, específicamente en lo relativo al recién transcrito artículo 6º, número 2.

Sin embargo, resulta igualmente posible afirmar que, según se ha señalado en considerandos anteriores, la recurrente no ha explicitado en qué sentido ni en qué medida le afectaría el proyecto favorablemente calificado por la resolución exenta número 16. Y una de las condiciones establecidas por el Convenio de la OIT para la procedencia de la consulta es que se trate de una medida “susceptible de afectarles directamente”

En consecuencia, la objeción de ilegalidad dirigida en contra de la resolución exenta N° 16, fundada en la omisión del procedimiento de consulta dispuesto por el mencionado Convenio, también debe ser rechazada.

FALLO ROL N°1.608-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N° 1 letra a) 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.”. En este caso la medida que las comunidades recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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; y el artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

FALLO ROL N°1.525-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

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

FALLO ROL N°1.602-2012 SENTENCIA CORTE SUPREMA

OCTAVO: Que en cuanto a la procedencia de la Consulta en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, es pertinente recordar que el artículo 6 N° 1 letra a) de ese instrumento dispone que ella procede respecto de los pueblos interesados tratándose de la adopción de medidas “susceptibles de afectarles directamente”. Y según se ha señalado precedentemente, los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida.

De ello se sigue que el reproche de ilegalidad fundado en la omisión de este deber de consulta dispuesto por el mencionado Convenio también ha de ser desestimado.

FALLO ROL N°12.457-2013 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SEXTO: Que, por consiguiente, no resulta procedente la alegación de ilegalidad relativa a la procedencia de la consulta en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, toda vez que el artículo 6 N°1 letra a) de ese instrumento dispone que ella procede respecto de los pueblos interesados tratándose

de la adopción de medidas “susceptibles de afectarles directamente”. Y según se ha señalado precedentemente, tal circunstancia no ha resultado suficientemente establecida. Por último, cabe consignar que la resolución impugnada aparece debidamente fundamentada y respaldada, por lo cual es posible descartar el reproche de arbitrariedad

5. EL CONVENIO 169 ES UN REQUISITO HABILITANTE PARA REALIZAR DICHOS PROYECTOS DE CARÁCTER AMBIENTALES

Esto se desprende, de que el convenio 169 no debe ser sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), debido a que no es una normativa ambiental propiamente tal, como lo es, por ejemplo, la participación ciudadana. Lo anterior, debido a la consulta establecida en el Convenio es un requisito habilitante para realizar dichos proyectos de carácter ambientales.

FALLO ROL N°5.707-2013 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°6.427-2014

SEXTO: Que en el caso que nos ocupa, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía dictó la resolución exenta N°123 de 06 de junio de 2013, que calificó favorablemente el proyecto “Aumento de Producción Piscicultura Caburga II”. Cabe hacer presente que la Piscicultura Caburga II, cuenta con aprobación ambiental otorgada mediante la Res Ex N°71 de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, de fecha 03 de mayo del año 2002, y que se encuentra operando desde el año 2005. Además, fue modificada por la Res Ex N°31 de 2010, de la Comisión Evaluadora de Proyectos Región de la Araucanía, que autorizó la implementación de un sistema de ensilaje, en reemplazo del manejo de portabilidad de peces, que se realizaba mediante su acopio temporal en Bins herméticos. Que para la dictación de las resoluciones antes indicadas se dio cumplimiento a toda la normativa a que se refiere el Convenio 169 en su artículo 6° N°1 a) y N° 2 y artículo 7° punto 1.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SÉPTIMO: Que, de otro lado, se puede inferir que el Convenio N°169 no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas, como aparece de su artículo 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.”. Por otra lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la flexibilidad para implementar tales “consultas”, al señalar que la finalidad del artículo 6, N°2, del Convenio, es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, y no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido, el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental.

Tales consideraciones permiten inferir que la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N°19.300 que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, tienen el derecho a imponerse del contenido del Estudio del Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido para ello, y que da cuenta el inciso primero del artículo 29 de la citada ley. Asimismo, contempla un mecanismo en cuya virtud las organizaciones ciudadanas y personas naturales cuyas observaciones no hubieran sido debidamente ponderadas, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación. En este orden de cosas, las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes. Así consta que el 17 de enero de 2006 se dio inicio al proceso de participación ciudadana;

el 18 del mismo mes y año tiene lugar una reunión de carácter técnico con los concejales de la comuna; el 19 de enero de 2006 se lleva a cabo una reunión con los integrantes de la comunidad Cacique Federico Alcamán y Juan Huenchual, dónde se acuerda realizar un ampliado; el 20 del mismo mes y año se realiza una reunión de discusión con la comunidad Fermín Manuilef; realización de reuniones ampliadas con gran convocatoria y asistencia de miembros de la comunidad y de los organismos ambientales regionales y centrales; 23 de febrero de 2006 se realiza una reunión de discusión con la comunidad Freire Urbano; el 25 del mismo mes y año tiene lugar una reunión con la comunidad Dollinco; el 16 de marzo de 2006 se efectúa una reunión de capacitación técnica a las comunidades indígenas. El proceso finaliza el 25 de marzo de 2006, con el aporte de 360 observaciones de personas naturales y 11 de personas jurídicas.

FALLO ROL N°6.062-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N°041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N°8 de la Carta Fundamental.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

OCTAVO: Que, ahora, corresponde analizar si hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al dictar la resolución en comento en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 números 1 letra a) y 2 y artículo 7 número 1 del Convenio 169, en relación al artículo 34 de la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Y, con ese fin, se tendrá presente el tenor de la Resolución Exenta N° 027, de 24 de febrero de 2010, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuya parte resolutive señala: “La

Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos resuelve:

1. Calificar favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de los Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, presentado por el Sr. Sergio Carreño Moscoso, en representación de Celulosa Arauco y Constitución S.A., sujeto al cumplimiento estricto de todos los requisitos, normas, medidas, condiciones, exigencias, compromisos y/u obligaciones establecidas en la presente Resolución, en el Estudio de Impacto Ambiental, en sus Adenda, en el Informe Consolidado de la Evaluación, y demás antecedentes que constan en el expediente de evaluación de impacto ambiental, todos los cuales se entienden forman parte integrante de este acto administrativo. Sin perjuicio de ello, las condiciones y exigencias establecidas expresamente en el presente acto administrativo prevalecerán sobre aquellas condiciones y exigencias contenidas en los documentos antes señalados, si aquellas pugnan con estas últimas.
2. Certificar que el proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de los Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, de Celulosa Arauco y Constitución S.A., en la medida que se ejecute en el marco de los requisitos, condiciones, exigencias y obligaciones establecidas en la presente Resolución y las normas jurídicas asociadas, cumple con la normativa de carácter ambiental aplicable, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales N°73, 90, 93, 94, 95, 99, 102 y 106 del Reglamento SEIA y que se hace cargo de modo idóneo de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la Ley N°19.300, a través de las medidas de mitigación, reparación y compensación; y del cumplimiento de las condiciones y exigencias detalladas en el presente acto administrativo.
3. Dejar constancia que la presente Resolución no exime al Titular de la obligación de solicitar las autorizaciones o permisos ambientales que, de acuerdo con la legislación vigente, deben emitir los Órganos de la Administración del Estado competentes.
4. Dejar constancia que una vez emitida esta resolución, ningún Órgano de la Administración del Estado competente podrá negar las autorizaciones o permisos ambientales asociados al proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de los Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, aduciendo razones ambientales, como tampoco incluir exigencias adicionales de carácter ambiental a lo ya resuelto por esta Comisión como requisito de aprobación.
5. Hacer presente que todas las medidas y disposiciones establecidas en la presente resolución, son de responsabilidad del Titular del proyecto, sean implementadas por éste directamente o a través de un tercero.
6. Disponer que el Titular informe a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, al menos con una semana de anticipación, el inicio

de cada una de las etapas o fases del proyecto, de acuerdo a lo indicado en la descripción del mismo. 7. Dejar constancia que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 19.300, en contra de las condiciones o exigencias impuestas en esta Resolución, el Titular podrá reclamar ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, dentro del plazo de 30 días contado desde la notificación de este acto administrativo. Por otra parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 29 de la misma Ley, las personas naturales y las organizaciones ciudadanas cuyas observaciones no hubieran sido, a su juicio, debidamente ponderadas en los fundamentos de esta Resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, dentro de los 15 días siguientes a su notificación. Notifíquese y archívese.”. Hay firmas del señor Alejandro Larsen Otees, Intendente Regional, Presidente de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos y del señor Herman Urrejola Ebner, Director Regional de CONAMA, Secretario de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos.

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SÉPTIMO: Que tal como consta en el proceso de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, la CONADI, durante la tramitación de la misma efectuó constantes reparos a la aprobación de referida Declaración fundados en la existencia del Área de Desarrollo Indígena “Jiwasa Orage”, como también en el asentamiento del proyecto cerca de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane reconocida por la Ley N°19.253, manifestando “la necesidad de someter el proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental que establezca con rigurosidad y competencias profesionales el estado o línea base del entorno de emplazamiento del proyecto, de manera tal que le permita al titular establecer líneas de acción o medidas para evitar efectos no deseados en el ADI y en la población indígena dentro de ésta área. Además, el titular debe cumplir con la legislación vigente, informando y considerando la participación ciudadana de la Comunidad Indígena más aledaña a la ubicación del proyecto”, por lo que, y ante la petición efectuada por las comunidades indígenas de la necesidad de la aplicación del Convenio N°169 de la OIT, solicitó “la aplicación del artículo 34 de la Ley N°19.253 en concordancia, en virtud del Decreto 124, del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.

Consta además, en el Ordinario N°08/315/11 de 12 de agosto pasado que CONADI en respuesta a la ADENDA N°3, indicó que la documentación acompañada por el titular del proyecto, que da cuenta de reuniones y talleres

de socialización, no reúne las cualidades de suficiencia para acreditar la no afectación de las Comunidades Indígenas asentadas en el área de influencia del proyecto y teniendo en consideración la oposición existente de parte de las mismas, estima necesario que se reingrese el proyecto a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental, asegurando así la consulta y participación de las Comunidades Indígenas afectadas en cumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, vigente en el país.

6. EL CONVENIO 169 IMPONE A LOS GOBIERNOS UNA OBLIGACIÓN DE: ESCUCHAR Y CONSIDERAR LA OPINIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS QUE RECONOCE DICHA LEY

El objetivo del Convenio entregar la obligación de consulta a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a las comunidades indígenas que se puedan ver afectados, por lo que viene a complementar lo establecido en la Ley indígena 19.253 que en su artículo 34 estableció en 1993 a propósito de la participación indígena 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 dicha ley.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIÓN DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SEXTO: Que tal cuerpo normativo establece que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población, y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; a su vez, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es decir, el objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a

través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

FALLO ROL N°4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

DUODÉCIMO: Que la integración armónica del Convenio N°169 en nuestro ordenamiento jurídico interno a que deben propender todos los órganos de la Administración del Estado en las áreas de sus respectivas competencias ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida 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.

FALLO ROL N°CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°5.159-2011

TERCERO: Que cabe precisar que la consulta antes referida constituye un deber para los órganos estatales en cuanto las medidas legislativas o administrativas (como acontece en el presente caso) sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas; entendiéndose por éstos como un “conjunto de personas o grupo de personas de un país que posean en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen derecho a participar y ser consultadas en materia que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley suprema del respectivo estado de cuya población forman parte”. (Tribunal Constitucional, sentencia Rol N°309).

Ahora bien, son elementos esenciales de la consulta: a) Que las medidas legislativas o administrativas sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, lo que acontece cuando esté involucrado el elemento territorial, esto es, tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena, recursos naturales en unos y otros, sitios arqueológicos o de importancia ritual, recreativa, etc.; o se afecte grupos humanos indígenas, como por ejemplo, si se regula una actividad económica desarrollada en forma importante por personas integrantes de pueblos indígenas, sectores de alta concentración de pueblos indígenas, etc.; b) Que la consulta se realice a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas (como sus autoridades tradicionales), no siendo posible realizar la consulta parcialmente sólo a determinados grupos o a personas que pudieran verse afectados sin que ellos tengan representatividad de los pueblos o comunidades potencialmente afectados;

y c) Que la consulta se realice mediante procedimientos apropiados, vale decir, buena fe, adecuación a las circunstancias y la finalidad de llegar a un acuerdo respecto de las medidas propuestas (Ver “Convenio N°169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y su implementación en Chile”, págs. 27-29. Editado por Conadi, Temuco, 2009).

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el segundo reproche de ilegalidad se hace consistir en haber faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio N°169 de la OIT, no obstante estar frente a una decisión administrativa que ha certificado que el proyecto evaluado supuestamente cumple con todas las exigencias que impone la normativa aplicable y que es obligatoria para los demás órganos del Estado con competencia ambiental, los cuales no podrán denegar las autorizaciones sectoriales correspondientes.

7. EL CONVENIO 169, A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGENCIA, VIENE A COMPLEMENTAR Y REFORZAR LA LEY INDÍGENA 19.253

Perfecciona y llena de contenido a la Ley Indígena 19.253, esto se puede inferir del Convenio N°169, ya que es un cuerpo normativo dentro del ordenamiento jurídico nacional, que viene a integrarse armónicamente, como aparece en su artículo 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

FALLO ROL N°775-2012 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°937-2013

NOVENO: Que sin embargo, pudiera advertirse de la escueta relación del acto, que se imputa al recurrido el impedimento del ejercicio de la garantía constitucional del artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República, toda vez que las alegaciones de los recurrentes parten de la hipótesis de su calidad de indígenas Mapuches Williches y en el marco de su convicción cultural, en calidad de custodios de un cementerio ancestral que se encontraría en los

terrenos ya señalados, y que de este modo al pretender la Municipalidad de La Unión desplazarlos del lugar, se le impediría el legítimo ejercicio de ese derecho como asimismo de las normas establecidas en el Convenio 169 en sus artículos 5 letra a) a); 8 N°1 y 2, 13, 14, y artículo 16.

DÉCIMO: Que al efecto y sin perjuicio de la discusión doctrinaria respecto de la naturaleza jurídica del Convenio N°169, lo cierto es que el estado de Chile lo ha reconocido y por dicha vía incorporado a la legislación nacional por el mecanismo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, y consecuentemente con ello, se encuentra en plena aplicación práctica la Ley N°19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, normativa que reconoce los principios establecidos en el Convenio y regula el reconocimiento de los valores y costumbres indígenas como asimismo el ejercicio de sus derechos.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SÉPTIMO: Que, de otro lado, se puede inferir que el Convenio N°169 no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas, como aparece de su artículo 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.”. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido la flexibilidad para implementar tales “consultas”, al señalar que la finalidad del artículo 6, N°2, del Convenio, es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, y no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido, el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental.

Tales consideraciones permiten inferir que la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de

participación recogido en la Ley N°19.300 que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, tienen el derecho a imponerse del contenido del Estudio del Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido para ello, y que da cuenta el inciso primero del artículo 29 de la citada ley. Asimismo, contempla un mecanismo en cuya virtud las organizaciones ciudadanas y personas naturales cuyas observaciones no hubieran sido debidamente ponderadas, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación. En este orden de cosas, las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes. Así consta que el 17 de enero de 2006 se dio inicio al proceso de participación ciudadana; el 18 del mismo mes y año tiene lugar una reunión de carácter técnico con los concejales de la comuna; el 19 de enero de 2006 se lleva a cabo una reunión con los integrantes de la comunidad Cacique Federico Alcamán y Juan Huenchual, dónde se acuerda realizar un ampliado; el 20 del mismo mes y año se realiza una reunión de discusión con la comunidad Fermín Manuilef; realización de reuniones ampliadas con gran convocatoria y asistencia de miembros de la comunidad y de los organismos ambientales regionales y centrales; 23 de febrero de 2006 se realiza una reunión de discusión con la comunidad Freire Urbano; el 25 del mismo mes y año tiene lugar una reunión con la comunidad Dollinco; el 16 de marzo de 2006 se efectúa una reunión de capacitación técnica a las comunidades indígenas. El proceso finaliza el 25 de marzo de 2006, con el aporte de 360 observaciones de personas naturales y 11 de personas jurídicas.

8. ¿A QUIÉN SE LE PUEDE APLICAR EL CONVENIO 169?

A todas aquellas personas que se vean vulnerados de forma absoluta, en sus derechos, es decir a los ciudadanos y ciudadanas que perteneces a los pueblos originarios.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

QUINTO: Que, para una adecuada resolución del asunto que ha sido sometido al conocimiento de esta Corte, resulta conveniente consignar que la normativa en análisis del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible.

SEXTO: Que tal cuerpo normativo establece que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población, y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; a su vez, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es decir, el objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

FALLO ROL N°3.010-2013 SENTENCIA CORTE SUPREMA

OCTAVO: El Convenio 169 está entrecruzado por una idea central, como lo es la de la incorporación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones relativas a aquellos aspectos del desarrollo social que puedan afectarles -en todo caso en forma directa- a través de expresiones tales como “con la participación de los pueblos interesados” (artículo 2.1.1.); “deseos expresados libremente por los pueblos interesados” (artículo 4.2.); “con la participación y cooperación de los pueblos interesados” (artículo 5.c.); “consultar a los pueblos interesados” (artículo 6.1.a.); “dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7.1.); etc.;

FALLO ROL N° CIVIL 166- 2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°5.159-2011

SÉPTIMO: Que en primer término, en el caso propuesto por los actores no se advierte el deber de consulta en los términos que contempla el Art. 6.I. letra a) del Convenio Internacional que establece tal obligación.

Ello, en razón de que del propio informe acompañado por los recurrentes se indica (pag.7, fs.100) que la actividad económica consistente en la venta al detalle en la vía pública, que surgió coetánea con el crecimiento de la ciudad, se realizaba tanto por chilenos pobres como por mapuches. Así aparece además del Decreto Alcaldicio materia del recurso, en que las personas que se individualizan, en su gran mayoría, no tendrían la calidad de indígenas, lo que es concordante con lo informado por Conadi a fs. 88.

9. EL CONVENIO 169 TIENE POR OBJETO SALVAGUARDAR LA COMUNIDAD INDIGENA

Tiene como objetivo primordial la protección de las comunidades indígenas en cuanto al resguardo de todos aquellos elementos que determinan sus costumbres, sus recursos naturales, formas de vida, cosmovisión, religión y su cultura en general.

FALLO ROL N°3.010-2013 SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

SÉPTIMO: El artículo 4.1. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes -al que Chile se encuentra vinculado- preceptúa que se debe adoptar las medidas especiales que se precise para salvaguardar las culturas de los pueblos interesados, mientras el acápite a. de su artículo 5 exige que al aplicar sus disposiciones se reconozca y proteja los valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales que les sean propias, debiendo adoptarse las medidas encaminadas a allanar las dificultades que las etnias experimenten al afrontar nuevas condiciones de vida.

El apartado 3 de su artículo 7. impele a los gobiernos a velar porque, siempre que haya lugar, se efectúe estudios destinados a evaluar la incidencia social,

espiritual, cultural y medio ambiental que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esa población;

**FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE
VALDIVIA, CONFIRMADA POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
FALLO ROL N°4.078-2010**

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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; y el artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

FALLO ROL N°4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

TERCERO: Que la conclusión expuesta aparece corroborada en el N°2 del artículo 8 del citado Convenio, cuando indica que “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos

para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Por su parte, el artículo 9 preceptúa que “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Asimismo, el artículo 11 señala que “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a los miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”;

FALLO ROL N°258-2011 CORTE SUPREMA

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

FALLO ROL N° 3.863-2012 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SEXTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales el Estado debe reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos indígenas, cuestión que importa por un lado, por mandato del artículo 8° de la misma norma, aplicar la legislación nacional a dichos pueblos considerando sus costumbres o derecho consuetudinario y por otro, conservar sus costumbres e instituciones propias, ambas aplicaciones con las restricciones de que ello no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y que tampoco se traduzca en no asumir las obligaciones reconocidas a todos los ciudadanos del Estado.

10. LA CONSULTA, CONSIDERA LA OPINIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS QUE RECONOCE LA LEY 19.253

Se desprende del artículo 34 de la Ley 19.253, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley, cuando las comunidades indígenas se puedan ver afectadas de manera directa.

FALLO ROL N° CIVIL 151-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 4.013-2013

CUARTO: Que en la especie, conforme se ha reseñado en lo expositivo de este fallo, el recurrente hace residir la ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo que impugna, en síntesis, en la circunstancia que, a través

del mismo, se convoca a un proceso de consulta, en el marco del Convenio 169 de la OIT, que incumple el requisito fundamental de la misma, cual es que sea informada, vulnerándose con ello una normativa de rango constitucional o al menos supra legal, en aplicación de los artículos 5 inciso 2° y 54 de la Constitución Política de la República, con afectación de las garantías constitucionales cauteladas en los numerales 2 y 3 del artículo 19 del citado Texto Fundamental. Lo anterior, como consecuencia de encontrarse suspendido el proceso de evaluación del proyecto, al haberse accedido a la prórroga del plazo para que el titular presente su Adenda 5, documento indispensable para que el instrumento ambiental a ser consultado se encuentre completo, toda vez que a través del mismo se deberá cumplir lo ordenado por la Excelentísima Corte Suprema, en cuanto a incluir una línea de base que considere a la Comunidad recurrente y las posibles afectaciones sobre dicha organización indígena.

Asimismo, se alega que igualmente se estaría privando a la Comunidad de acceder a un estudio socio ambiental independiente y/o a participar del llevado a cabo por el titular del proyecto, derecho que también es establecido en el citado Convenio 169y, por último, se reclama de la disociación, que respecto del derecho a la consulta previa y la realización del EIA, la autoridad recurrida ha implementado en la práctica, a través del expediente ventilar ambos asuntos por cuerdas separadas. Sobre la base de lo anterior, se afirma que la resolución recurrida vulnera el derecho a la consulta previa y sus estándares, no solo en lo relativo a ser informada, sino también en cuanto debe realizarse de buena fe y mediante una actitud dialogante, destinada a llegar a un acuerdo, pues no se señala cómo se incluirán los resultados de la consulta en el instrumento de gestión ambiental, ni se dan garantías para la participación de la organización indígena o para que ésta cuente con estudios independientes.

FALLO ROL N° CIVIL 151-2013 SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 4.013-2013

SEXTO: Que como puede advertirse de la lectura de la parte pertinente extractada y transcrita en la motivación que precede, así como de su propio título, la resolución cuestionada constituye una mera declaración de la autoridad recurrida, por medio de la cual anuncia -preliminarmente- que se procederá a implementar el proceso de consulta previa que exige el Convenio 169 de la OIT, en todo caso, consensuándose con la propia Comunidad recurrente

“Los plazos, mecanismos y alcances de dicho proceso...”, sin que se haya limitado la oportunidad en que ello ocurrirá, todo lo cual no contraviene la legalidad vigente. Es decir, aparece de manifiesto que la aludida resolución no efectúa propiamente el proceso de Consulta previa, sino que únicamente formaliza o instauro los lineamientos generales y programáticos sobre cuya base se procederá a su ejecución.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

SÉPTIMO: Que, de otro lado, se puede inferir que el Convenio N°169 no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas, como aparece de su artículo 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Por otra lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la flexibilidad para implementar tales “consultas”, al señalar que la finalidad del artículo 6, N°2, del Convenio, es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, y no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido, el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental.

Tales consideraciones permiten inferir que la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N°19.300 que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, tienen el derecho a imponerse del contenido del Estudio del Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido para ello, y que da cuenta el inciso primero del artículo 29 de la citada ley. Asimismo, contempla un mecanismo en cuya virtud

las organizaciones ciudadanas y personas naturales cuyas observaciones no hubieran sido debidamente ponderadas, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación. En este orden de cosas, las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes. Así consta que el 17 de enero de 2006 se dio inicio al proceso de participación ciudadana; el 18 del mismo mes y año tiene lugar una reunión de carácter técnico con los concejales de la comuna; el 19 de enero de 2006 se lleva a cabo una reunión con los integrantes de la comunidad Cacique Federico Alcamán y Juan Huenchual, dónde se acuerda realizar un ampliado; el 20 del mismo mes y año se realiza una reunión de discusión con la comunidad Fermín Manuilef; realización de reuniones ampliadas con gran convocatoria y asistencia de miembros de la comunidad y de los organismos ambientales regionales y centrales; 23 de febrero de 2006 se realiza una reunión de discusión con la comunidad Freire Urbano; el 25 del mismo mes y año tiene lugar una reunión con la comunidad Dollinco; el 16 de marzo de 2006 se efectúa una reunión de capacitación técnica a las comunidades indígenas. El proceso finaliza el 25 de marzo de 2006, con el aporte de 360 observaciones de personas naturales y 11 de personas jurídicas.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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; y el artículo 7º numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

FALLO ROL N° CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 5.159-2011

TERCERO: Que cabe precisar que la consulta antes referida constituye un deber para los órganos estatales en cuanto las medidas legislativas o administrativas (como acontece en el presente caso) sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas; entendiéndose por éstos como un “conjunto de personas o grupo de personas de un país que posean en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen derecho a participar y ser consultadas en materia que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley suprema del respectivo estado de cuya población forman parte” (Tribunal Constitucional, sentencia Rol N°309).

Ahora bien, son elementos esenciales de la consulta: a) Que las medidas legislativas o administrativas sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, lo que acontece cuando esté involucrado el elemento territorial, esto es, tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena, recursos naturales en unos y otros, sitios arqueológicos o de importancia ritual, recreativa, etc.; o se afecte grupos humanos indígenas, como por ejemplo, si se regula una actividad económica desarrollada en forma importante por personas integrantes de pueblos indígenas, sectores de alta concentración de pueblos indígenas, etc.; b) Que la consulta se realice a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas (como sus autoridades tradicionales), no siendo posible realizar la consulta parcialmente sólo a determinados grupos o a personas que pudieren verse afectados sin que ellos tengan representatividad de los pueblos o comunidades potencialmente afectados; y c) Que la consulta se realice mediante procedimientos apropiados, vale decir, buena fe, adecuación a las circunstancias y la finalidad de llegar a un

acuerdo respecto de las medidas propuestas (Ver “Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y su implementación en Chile”, pp. 27-29. Editado por Conadi, Temuco, 2009).

FALLO ROL N°258-2011 SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

SÉPTIMO: Que sin embargo, pese a que el objetivo primordial del nuevo instrumento de planificación territorial que se pretende implementar en la comuna de San Pedro de Atacama pareciera ser -como se indicó en el motivo anterior- el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

11. EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMPRENDE UN PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Cuando es necesario un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a las instancias previas de participación, este deberá ajustarse además a los criterios que el Convenio 169 contempla, asegurando así el ejercicio del Derecho esencial que contempla la Constitución Política de la República en su artículo primero.

FALLO ROL N°6.062-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N°19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

FALLO ROL N° 1.525-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

DUODÉCIMO: Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado -de manera indefectible- que concurren los efectos ambientales negativos que

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

FALLO ROL N°258-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

DÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

OCTAVO: Que sin embargo, pese a ser requerido por el organismo competente, en la respuesta a la ADENDA N°3, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos, señalándose únicamente en la Resolución de Calificación Ambiental en su considerando 8 que el titular del proyecto “asumió el compromiso voluntario de realizar la socialización mensual, durante la ejecución del

proyecto, con la finalidad de informar a las comunidades involucradas de lo realizado, procurando, especialmente, aclarar los alcances de la actividad de prospección”.

En relación con este mismo punto, se debe agregar además, que según consta del “Informe Consolidado de la Evaluación de Impacto Ambiental de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto Sondajes de Prospección Paguanta”, no se consideró por parte del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá, dentro de los antecedentes del proceso (Capítulo II, punto 2.2 del Informe Consolidado), al momento de recomendar la aprobación de la DIA, lo señalado por la CONADI en el Ordinario N°08/315/11 de 12 de agosto de 2011 que en respuesta a la ADENDA N°3 solicitaba el ingreso del proyecto como EIA en consideración a su ubicación próxima a una población protegida que requiere un proceso de participación.

FALLO ROL N°11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

UNDÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de ocho de noviembre de dos mil once, escrita a fojas 147 y, en consecuencia, se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 22, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N°81/2011 de 29 de agosto de 2011 de la Comisión de Evaluación I Región de Tarapacá, por lo que el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N°19.300 se rija por los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

FALLO ROL N°10.090-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

DÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Parque Eólico Chiloé” era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un

procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de once de octubre de dos mil once, escrita a fojas 154 y, en consecuencia, se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 78, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N°373/2011 de 18 de agosto de 2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, por lo que el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N°19.300 se rija por los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

12. EL CONVENIO 169 PROMUEVE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL BIEN COMÚN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La Corte suprema estableció límite respecto a la aplicación del convenio N°169 sobre pueblos indígenas, ya que si bien viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades e intervenir con igualdad de condiciones para su mayor realización espiritual y material posible.

FALLO ROL N°1.794-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE CORTE SUPREMA FALLO ROL N°1.608-2011

QUINTO: Que, para una adecuada resolución del asunto que ha sido sometido al conocimiento de esta Corte, resulta conveniente consignar que la normativa en análisis del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible.

FALLO ROL N° 4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA.

PRIMERO: Que para una adecuada resolución del asunto que ha sido sometido a conocimiento de esta Corte, resulta conveniente consignar que la normativa en análisis del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible. En efecto, tal cuerpo normativo establece para un grupo con una especificidad cultural que le es propia que pueda disponer de un mecanismo de participación que asegure el ejercicio de ese derecho esencial que nuestra Constitución Política consagra en su artículo primero;

FALLO ROL N° 258-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA.

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

FALLO ROL N° 472-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES IQUIQUE, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 11.040-2011

NOVENO: Que la vulneración de la igualdad ante la ley que alegan, consistiría en que la resolución señalada habría sido dictada sin la realización de un proceso previo de consulta, libre e informado, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

DÉCIMO: Que por otra parte, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estaría siendo afectado por la resolución antes referida, al calificar favorablemente el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, que

debió haber sido evaluado, según expresan, en base a un Estudio de Impacto Ambiental, y no sobre la base de una Declaración de Impacto Ambiental, como aconteció en la especie.

FALLO ROL N° 11.040-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

13. LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AL IGUAL QUE EL RESTO DE LOS HABITANTES DE ESTE PAÍS, ESTÁN SOMETIDOS AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Esto quiere decir que, todos los habitantes de la República deben subordinarse a la normativa vigente, especialmente a la Carta Fundamental, puesto que el Convenio 169, no es una herramienta que venga a otorgar o transferir a las comunidades indígenas potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía.

FALLO ROL N° 1.608-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N°1 letra a) 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.” En este caso la medida que las comunidades recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N°169 de la OIT.

FALLO ROL N°4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SEGUNDO: Que cabe destacar a su vez que la consulta a los pueblos interesados que prevé el numeral 1° del artículo 6 del Convenio tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5°, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y “ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.

Lo anterior significa que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía. Sí se les reconoce el goce de determinados derechos que quedan comprendidos, como se ha dicho, dentro de los ámbitos que define nuestro texto constitucional.

FALLO ROL N° CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIÓN DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°5.159-2011

OCTAVO: Que en segundo lugar, y tal como indicó por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, “las personas de esos pueblos (indígenas) quedan

sometidas al ordenamiento constitucional vigente”. Por tanto, quedan también subordinados -como todas las personas- a las resoluciones que los municipios dicten en virtud de sus atribuciones, en tanto se conformen a las disposiciones constitucionales y de su ley orgánica.

14. LA CONSULTA DEBE SER: PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Según lo dispuesto en el Convenio 169, es un derecho para los pueblos indígenas que la consulta, en la que van a participar se debe ajustar al procedimiento de manera previa, libre e informada para su realización, con el objeto de recabar los antecedentes necesarios y así con estos, poder tomar una correcta decisión.

FALLO ROL N° 243-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIÓN DE VALDIVIA, CONFIRMADA POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 6.062-2010

TERCERO: Que no obstante haberse difundido a través de la publicación en el Diario Oficial lo relativo al proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco Panguipulli” como consta de copia de la publicación agregada de fojas 26 a 28, según se puede apreciar de la lectura del acta de la sesión respectiva de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Región de Los Ríos, con motivo de la intervención que les correspondió a los consejeros éstos no hicieron referencia alguna a haber recabado información previa a la evaluación del proyecto en orden a la existencia de comunidades indígenas existentes en el sector Las Quemadas, kilómetro 14,8 del camino que une las localidades de Lanco y Panguipulli.

Al respecto los recurrentes observan que uno de los organismos que hizo presente esta circunstancia (con motivo del oficio aludido en la letra b) del motivo precedente) fue precisamente la CONADI la que señaló en su oficio N° 128 de 24 de marzo de 2010: “considerando la presencia de Comunidades Indígenas identificadas en el área adyacente al proyecto, las cuales constituyen población protegida y además, tienen consagrado el derecho a la información y participación de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, se le solicita al titular realizar este proceso durante la evaluación”.

Asimismo relevante es lo que señala la carta de fecha 27 de abril de 2010 dirigida al señor Intendente de la Región de Los Ríos, por tres concejales de la Municipalidad de Lanco en la cual hacen presente acerca de hechos

consumados “sin mediar previamente ninguna consulta o petición de opinión a las comunidades afectadas ni menos a estos concejales, y/o Concejo como cuerpo colegiado, acerca de este proyecto de tanta y honda significación y trascendencia para los lanquinos involucrados. Todo esto contraviene algunas normas legales atingentes (por ej. Ley Indígena y Convenio 169 de la OIT) y también mínimas normas éticas y de procedimiento recto de gobierno comunal como el informar oficial y debidamente al Concejo Municipal de Lanco”.

15. FINALIDAD DEL CONVENIO 169 ES LLEGAR A UN ACUERDO O CONSENTIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS, NO AFECTANDO LAS ATRIBUCIONES PRIVATIVAS DE LAS AUTORIDADES QUE LA CONSTITUCIÓN DETERMINA

Para llegar a este objeto, se debe cumplir y respetar los presupuestos que establece el Artículo 6 del Convenio 169. A este consenso se debe alcanzar entre la autoridad pública o privada con los pueblos indígenas interesados o afectados, pero jamás dicha forma de participación puede constituir en una consulta popular vinculante, ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades, que la Constitución determina.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

NOVENO: Que la Ley Indígena 19.253 en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, 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 dicha ley. En el mismo tema el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 6 N°1 letra a) indica lo siguiente: 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. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en

aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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 (...).

16. LÍMITE RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS NO PUEDE SER CONTRARIO A LOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEFINIDOS POR EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

La Consulta no puede ser contrario a los a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional incluyendo el de todos y cada uno de los habitantes de la comunidad nacional consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, por ende el Convenio 169 debe aplicarse de acuerdo a sus estándares, por lo que no viene a empoderar a los pueblos indígenas de potestades públicas o poderes.

FALLO ROL N°4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que las normas antes transcritas demuestran que la participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen.

FALLO ROL N°3.863-2012 SENTENCIA CORTE SUPREMA

SEXTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales el Estado debe reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos indígenas, cuestión que importa por un lado, por mandato del artículo 8° de la misma norma, aplicar la legislación nacional a dichos pueblos considerando sus costumbres o derecho consuetudinario y por otro, conservar sus costumbres e instituciones propias, ambas aplicaciones con las restricciones de que ello no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y que tampoco se traduzca en no asumir las obligaciones reconocidas a todos los ciudadanos del Estado.

17. EL CONVENIO 169 ES UNA NORMA AUTOEJECUTABLE

Las normas del Convenio 169, tienen el contenido y la precisión necesaria para ser aplicadas directamente, sin necesidad de otro trámite como fuente del derecho interno para su ejecución.

FALLO ROL N° CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°5.159-2011

SEGUNDO: Que tal como indica el recurrente, el artículo 6 N°1 letra a) del Convenio N°169 de la O.I.T., obliga a realizar consulta a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; artículos que son autoejecutables, según se declaró por el Tribunal Constitucional, por lo que pueden ser aplicados directamente sin necesidad de otro trámite como fuente de derecho interno.

18. DEBE EXISTIR TERRITORIO INDIGENA AFECTADO PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169

En materia ambiental esta norma adquiere particular relevancia puesto que el convenio en su artículo 14 N°1 consagra un derecho especial de los pueblos indígenas consistente en el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, como también la utilización de tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos.

FALLO ROL N° CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°5.159- 2011

CUARTO: Que en el recurso materia de autos no se invoca por los actores el elemento territorial como causa o motivo de la consulta antes mencionada; ni tampoco se establece en autos que el lugar físico en que los actores señalan ejercer el comercio ambulante corresponda a tierras indígenas o áreas de

desarrollo indígena; más bien, por el contrario, no tienen ese carácter según el informe de Conadi de fs. 88 a fs. 91.

Luego, no es procedente la consulta prevista en el Art. 6.I. letra a) del Convenio 169 de la O.I.T., en cuanto pudiera estimarse que el aludido elemento es el que impone el deber de efectuarla.

19. EL CONVENIO 169 ES UNA CONCRESIÓN DEL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5º, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y “ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. Esto es, el promover constitucional es un límite al actuar y razonamiento de los órganos del Estado en cuanto a que su obligación principal es la de resguardar, respetar y promover dichos derechos.

FALLO ROL N° CIVIL 166-2011 SENTENCIA CORTE DE APELACIÓN DE TEMUCO, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N° 5.159-2011

NOVENO: Que, en consecuencia, la resolución objeto del recurso ha sido pronunciada conforme a las normas constitucionales; incluido el inciso segundo del Art. 5º de la Carta Fundamental, por cuanto, por las razones antes expresadas, no infringió el Convenio 169 de la O.I.T. al no ser necesaria la consulta que él prevé en su artículo 6.I. letra a).

Por tales motivos, así como por los expresados en el considerando que antecede, el acto denunciado no puede ser tachado de ilegal.

20. DERECHO A DECIDIR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Que las cortes han señalado que el Convenio 169 está entrecruzado por una idea central, como lo es la de la incorporación de los pueblos indígenas en

la toma de decisiones relativas a aquellos aspectos del desarrollo social que puedan afectarles en forma directa.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL 4.078-2010

NOVENO: (...) y el artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

21. EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 SE DEBE CONSIDERAR CON FLEXIBILIDAD LAS PARTICULARIDADES DE CADA PAIS

Para llevar a cabo el Convenio 169, se debe tener en consideración las circunstancias de cada lugar, comuna o país donde se deba aplicar, esto quiere decir que, dicho Convenio contiene normas de carácter flexibles.

FALLO ROL N°148-2010 SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CONFIRMADO POR SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA FALLO ROL N°4.078-2010

DÉCIMO: Que el artículo 34 del Convenio N°169 establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país; el 25 de junio de 2008 se dictó el Instructivo Presidencial N°5, que contiene, entre otras medidas, la incorporación en el quehacer de los organismos públicos la consideración de los planteamientos que provengan de los pueblos indígenas, mediante un procedimiento que permita canalizar información relevante a las comunidades indígenas, recabar sus opiniones y observaciones sobre las iniciativas que estén destinadas a ellas o puedan

afectarles directamente, y establecer el deber para los organismos públicos de entregar una respuesta fundada; que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 N°3 del Convenio 169, este entró en vigor para el Estado de Chile doce meses después del registro de su ratificación, es decir, el 15 de septiembre de 2009 y que, por este motivo, las normas que han sido aludidas en el motivo anterior se encuentran ahora vigentes en nuestra legislación, pues tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho del país.

FALLO ROL N°4.078-2010 SENTENCIA CORTE SUPREMA

QUINTO: Que en concordancia con lo antes descrito, el artículo 34 del Convenio N°169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno, disponiendo que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

22. EL CONVENIO 169 SE APLICARÁ CUANDO PUDIESEN EXISTIR MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS QUE AFECTEN DE MANERA DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Convenio consagra que cada vez que se pretenda aplicar alguna medida de carácter legislativa o administrativa, que pueda implicar una afectación a las comunidades indígenas, los gobiernos tienen el deber de realizar la consulta respectiva a dichos pueblos.

FALLO ROL N°1.608-2011 SENTENCIA CORTE SUPREMA

CUARTO: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N°1 letra a) 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”. En este caso la medida que las comunidades

recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N°169 de la OIT.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:

1.1. La evaluación de artículos recibidos en *Revista de Derecho* Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

1.2. El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

1.3. El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

1.4. La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

1.5. Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

1.6. Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:

2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (enavarro@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

4.1. Sobre la bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), 20

años de la Constitución Chilena 1981-2001. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). “Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

- de fuente manuscrita: Archivo Nacional-Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo del 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

ACTIVIDADES FACULTAD DE DERECHO 2017, UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

1. Curso de Licenciatura

El 7 de marzo se dio inicio al “Curso de Licenciatura” dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El curso es de carácter semestral y su objetivo es prepararlos para el examen de grado abarcando las asignaturas de Derecho Civil y Procesal.

2. Seminario “Análisis crítico de la Jurisprudencia y Dogmática a raíz de la aplicación de la ley n°20.680”

El 30 de marzo se realizó el Seminario “Análisis crítico de la Jurisprudencia y Dogmática a raíz de la aplicación de la ley N°20.680”, donde se analizó en forma crítica y reflexiva la forma en que la Ley se viene aplicando por la jurisprudencia, se abordó tanto el cuidado indistinto y compartido, como la relación directa y regular conforme a los principios rectores del Derecho de la Infancia. Expusieron el Dr. Andrés Donoso Castillo, Psiquiatra del Instituto Chileno de Terapia Familiar; Gloria Negroni Vera, profesora de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae y Juez de Familia, y el Dr. Rodrigo Barcia, profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae.

3. Charla: “Sin defensa no hay justicia. El rol del Defensor en el Proceso Penal”

El 13 de abril se realizó la charla “Sin defensa no hay justicia. El rol del Defensor en el Proceso Penal” la que estuvo dirigida a alumnos de Derecho Penal, Procesal Penal y Litigación Oral, donde conocieron de manera directa los alcances del rol que ejerce el Defensor Público en el contexto del proceso penal, mostrando las características de la Defensoría Penal Pública desde el punto de vista vocacional y del rol del servicio público que conlleva.

Trató los alcances del Proyecto Inocentes, una de las principales iniciativas lideradas por la Defensoría Penal Pública en los últimos años, y de la cual la Universidad Finis Terrae forma parte de su Comité Editorial. Expusieron Lissette Rodríguez Escobar, abogada del Departamento de Evaluación y Control de la Defensoría Nacional y exdefensora penal pública y Humberto A. Sánchez Pacheco, Abogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública.

4. Presentación libro *Ecología y sociedad*

El 8 de mayo se realizó la presentación del libro *Ecología y sociedad* de Alejandro Canut De Bon Lagos. La obra fue presentada por Raúl Campusano Droguett, profesor del Magíster de Derecho Minero y Aguas de la Universidad Finis Terrae. El texto hace un análisis general de la forma en que la cultura occidental ha entendido la naturaleza y la manera en que ese entendimiento –sobre todo a partir de la ecología moderna- ha influido en la evolución de diversas disciplinas, y en particular en la ética, economía y derecho.

5. Charla “El principio de objetividad en el actuar del Ministerio Público”

El 25 de mayo tuvo lugar la charla “El principio de objetividad en el actuar del Ministerio Público, dictada por el Fiscal Regional, Raúl Guzmán Uribe, quien se refirió al Ministerio Público y la Investigación de los Delitos Tributarios.

6. Encuentro “La ética, a propósito del libro *Puro cristianismo*”

El 2 de junio se llevó a cabo el Encuentro “La ética, a propósito del libro *Puro cristianismo*”, pronto a lanzarse y que reunirá las reflexiones de su autor, el profesor Dr. Hugo Omar Seleme, docente de ética y Director de la maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. El encuentro contó con la participación del profesor Julio Alvear Téllez, Director de Investigación de la Universidad del Desarrollo.

7. Seminario: “Niños, niñas y adolescentes maltratados o en riesgo de maltrato. Análisis del nuevo marco jurídico aplicable”

El 6 de junio se realizó el Seminario “Niños, niñas y adolescentes maltratados o en riesgo de maltrato”, donde se analizaron los principales aspectos de la nueva ley que busca regular el maltrato infantil. Expusieron Anuar Quesille, profesor de Derecho Internacional y de Derechos Humanos de la Universidad Central; Ulda Omar Figueroa, profesor en la Universidad Católica Silva Henríquez e investigador de Paz Ciudadana y Hernán Fernández, litigante especializado en materia de niñez y familia.

8. Curso “La reforma laboral en materia de negociación colectiva”

El 20 y 21 de junio se realizó el curso de actualización “La reforma laboral en materia de negociación colectiva”, dirigido exclusivamente a los exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, dictado por el profesor Jaime Salinas Toledo, abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho de los Negocios y profesor de Derecho Laboral de la Universidad Finis Terrae.

9. Seminario “Problemáticas actuales en materia de Derecho Penal del Medio Ambiente”

El 7 de agosto el Centro de Derecho Penal y Procesal Penal Comparado Cesare Beccaria, de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, organizó el seminario “Problemáticas actuales en materia de Derecho Penal del Medio Ambiente”, donde Antonio Vercher Noguera, Doctor en Derecho por la Universidad de Cambridge, Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo, España, expuso sobre problemáticas actuales en materia de Derecho Penal; Heriberto Reyes Carrasco, Fiscal del Ministerio Público, con especialidad en Crimen Organizado y Delitos Ambientales, expuso sobre los obstáculos procesales para la persecución penal ambiental y, Pablo Ortiz Chamorro, profesor de la Universidad Alberto Hurtado y del Programa de Magíster en Derecho Minero y Aguas de la Universidad Finis Terrae. El Seminario fue coordinado por Rodrigo Ríos Álvarez, director del Centro Cesare Beccaria y profesor de la Universidad Finis Terrae.

10. Coloquio “Orden Público Económico vs. Constitución Económica”

El 11 de agosto se llevó a cabo el Coloquio relacionado con Orden Público Económico vs. Constitución Económica a cargo de José Ignacio Núñez, Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, donde lo planteado dio origen a numerosas e interesantes observaciones provenientes del auditorio integrado por alumnos y docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

10. Presentación del libro *Delitos de contrabando. Principales aspectos y revisión de casos*

El 24 de agosto se presentó el libro *Delitos de contrabando. Principales aspectos y revisión de casos* de Rodrigo Ríos Álvarez, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Finis Terrae. La obra fue presentada por Ximena Chong Campusano, Fiscal de la Fiscalía de Alta Complejidad de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte.

11. Seminario internacional “Cambio Climático: Los Desafíos del Acuerdo de París”

El 29 de septiembre se llevó a cabo el Seminario internacional “Cambio Climático: Los desafíos del Acuerdo de París”, el que contó con el apoyo del Proyecto Fondecyt N°11150382. El tema a debatir se centró sobre los nuevos compromisos internacionales derivados del Acuerdo de París. Expusieron Lilian del Castillo, catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Buenos Aires; Zlata Drmas de Clément, catedrática de Derecho Internacional Público y profesora emérita, Universidad Nacional de Córdoba y Andrea Lucas Garín, investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

12. Presentación del libro 18.287. *El procedimiento aplicado ante los Juzgados de Policía Local desde una mirada teórica y práctica*

El 12 de octubre se realizó el lanzamiento del libro 18.287. *El procedimiento aplicado ante los Juzgados de Policía Local desde una mirada teórica y práctica* de la autora María Rebeca Ahumada. La obra fue presentada por el Sergio Villalobos Ríos, Juez Titular del Primer Juzgado de Policía Local de Vitacura

y por Cristián Arévalo Araneda, Juez del Segundo Juzgado de Policía Local de Pudahuel y ex Presidente del Instituto de Jueces.

13. Primer Seminario Internacional de Derecho Del Fútbol

El 17 de octubre se realizó el primer Seminario Internacional de Derecho del Fútbol, cuyo objetivo fue otorgar un conocimiento general de las principales problemáticas a las que se ven enfrentados los expertos en la materia y la necesidad existente en Chile y Latinoamérica del desarrollo de esta rama del Derecho. Participaron Daniel Cravo, abogado de Cravo, Past & Balbuena Advogados, abogado de Internacional de Porto Alegre, Brasil; abogado Horacio Pintos, Jefe Departamento Administrativo de la Asociación Uruguaya de Fútbol (AUF); Juan Carlos Silva Aldunate, abogado, Director ANFP y Miembro Tribunal de Disciplina CONMEBOL; Gustavo Abreu (Argentina), abogado Universidad Nacional de la Plata, Árbitro TAS/CAS y Juan Pablo Arriagada, abogado, Árbitro del TAS.

14. Seminario “Probidad y transparencia. Experiencia en Chile y Brasil”

El 17 de octubre se llevó a cabo el Seminario “Probidad y transparencia. Experiencia en Chile y Brasil”, organizado por las Facultades de Derecho de la Universidad Finis Terrae y la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, cuyo objetivo fue evidenciar las diferencias sobre los procesos de probidad y transparencia en Chile y Brasil. Expusieron Dra. Maren Guimarães Taborda, profesora de Derecho Público de la Universidad Federal do Rio Grande do Sud, Brasil; Dra. María Angélica Benavides Cassals, LL.M., profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Finis Terrae; Dra. Nancy Barra Gallardo, profesora del Magíster de Derecho Público de la Universidad Finis Terrae; Miguel Garaialdi, alumno maestría Derecho Público Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Brasil y Leonardo Pino Bizama, alumno graduado del Magíster de Derecho Público de la Universidad Finis Terrae.

15. Curso “Los derechos del niño y adolescentes: cuidado personal y autonomía progresiva”

El 18 y 19 de octubre se llevó a cabo el Curso “Los derechos del niño y adolescentes: Cuidado personal y autonomía progresiva”, dirigido a los exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El objetivo del Curso fue contribuir a la actualización y especialización de conocimientos en materia de responsabilidad parental y autonomía progresiva de los niños y adolescentes, de forma que puedan prestar asesoría y brindar soluciones jurídicas a conflictos ligados a derechos de las personas en sus relaciones familiares, en especial, de niños, niñas y adolescentes, promoviendo su efectivo goce y ejercicio. El curso fue dictado por la profesora de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae, Lucía Rizik Mulet.

16. Encuentro “Derecho de alimentos internacionales para hijos menores de edad en el ordenamiento jurídico chileno”

El 20 de octubre se desarrolló el Coloquio “Derecho de alimentos internacionales para hijos menores de edad en el ordenamiento jurídico chileno” a cargo de Lucía Rizik, profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El que giró en torno además, a las consecuencias de que nuestro país aún no adhiera a los convenios internacionales en materia de competencia, ley aplicable y ejecución de resoluciones judiciales en derecho de alimentos para los niños. Los planteamientos dieron origen a numerosas e interesantes observaciones provenientes del auditorio integrado por estudiantes de Derecho Civil VI y el docente titular de la Cátedra, Andrés López.

17. Encuentro “Derecho internacional”

El 26 de octubre se realizó el Encuentro con docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, participando como invitada la experta en Derecho Internacional de la Universidad de Córdoba, la profesora Zlata Drmas de Clément, ocasión en que María Angélica Benavides, Directora de Investigación de la Escuela, presentó los avances de su investigación sobre la buen fe, su naturaleza jurídica y su aplicación en la esfera jurisdiccional nacional en el ámbito de los tratados de Derechos Humanos.

18. Seminario Internacional “El rol del comercio internacional frente al cambio climático”

El 2 de noviembre se realizó el Seminario Internacional “El rol del comercio internacional frente al cambio climático, donde se analizaron las potencialidades y los límites que el Sistema Multilateral de Comercio impone a la temática, revisándose en especial el papel de los estándares ambientales y el uso de instrumentos económicos en contextos climáticos. Expusieron el profesor Emérito Thomas Cottier de la Universidad de Berna de Derecho Europeo y Derecho Internacional Económico, ex Director del World Trade Institute; Alicia Frohmann, Consultora de la División de Comercio Internacional e Integración CEPAL, profesora del Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile y Andrea Lucas Garín, investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

19. Presentación del libro *Cambio climático y acuerdos comerciales regionales*

El 23 de noviembre se presentó el libro *Cambio climático y acuerdos comerciales regionales. Una mirada desde el sistema multilateral de comercio* de Andrea Lucas Garín. La obra fue presentada por Enrique Navarro Beltrán, Director de Publicaciones de la Universidad Finis Terrae. En el marco del lanzamiento, se presentó la conferencia “El nuevo Código Civil y Comercial de Argentina y el Derecho Internacional Privado y de Derecho de Integración Regional” a cargo de Adriana Dreyzin de Klor, catedrática de Derecho internacional Privado y de Derecho de Integración Regional de la Universidad Nacional de Córdoba.

