# Participación de los pueblos indígenas: implicancias jurisprudenciales del artículo 6° del Convenio 169 OIT

### I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales adoptado por la Organización Mundial del Trabajo (OIT), se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en septiembre del año 2009, con la finalidad de proveer criterios prácticos para la protección de los derechos de pueblos tribales e indígenas. Este tema no es en absoluto indiferente para nuestro sistema legislativo, porque un 4,6%¹ de la población chilena considera pertenecer a un grupo étnico y por ende, son beneficiarios directos del mencionado cuerpo normativo.

A primera vista puede resultar extraño que sea la OIT el marco dentro del cual se haya dictado el Convenio, porque esta organización se define a sí misma como "institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo²", mientras que el Convenio 169 apunta más bien al reconocimiento de los pueblos indígenas en cuanto tales (a sus derechos sobre el territorio y a la mantención de sus formas de vida, entre otros). No obstante, existe una razón histórica que tiene su origen en el Convenio 107 del año 1957. Este Convenio fue adoptado por la

SESUMEN JECUTIVO La siguiente publicación tiene como objetivo reflexionar sobre la aproximación que han tenido, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, sobre la aplicación en Chile del trámite de consulta establecido en el artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Dicho trámite es un instrumento jurídico internacional que busca asegurar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, procurando una mayor participación en la toma de decisiones tanto legislativas como administrativas. Dado que el referido artículo 6 establece sólo los lineamientos básicos sobre el trámite de consulta a realizar por las distintas autoridades, nuestros tribunales juegan un rol importante a la hora de determinar su alcance y en qué medida nuestro ordenamiento jurídico satisface la norma internacional o se ve modificado por la misma.

OIT a solicitud de las Naciones Unidas, y tuvo como causa la existencia de formas de trabajo forzoso aun operativas: el trabajo infantil y la discriminación respecto del empleo y la ocupación³, ambas susceptibles de ser eliminadas. De esta forma, el Convenio 107 cubría temas como "[...] derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; [...]" entre otras, a fin de mejorar la situación laboral de grupos étnicos. Pese a sus nobles fines, el Convenio 107 se orientaba más bien a la integración de los pueblos indígenas, teniendo como finalidad última su modernización; pero con la nueva fuerza que adquirieron estos pueblos, el Convenio 107 quedó obsoleto en varios de sus contenidos. A raíz de ello, y con el nuevo objetivo de promover el respeto a la diversidad étnica y cultural en la década de los ochenta se negoció el Convenio 169, cuyas normas protegen derechos no necesariamente laborales, teniendo como base que los grupos étnicos son sociedades permanentes.

Pese a que este texto fue adoptado por la OIT en junio de 1989 —y que en nuestra legislación se encontraba incorporado el Convenio 107 de 1957— Chile tardó 20 años en hacerlo parte de su sistema jurídico, siendo ratificado en septiembre de 2008, y entrando en vigencia el 15 de septiembre del año 2009. Corresponde, ahora, plantearse la interrogante sobre lo que ha sucedido a nivel jurisprudencial con la aplicación del Convenio 169 y particularmente, con el trámite de la consulta para aquellas medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los grupos étnicos dentro del territorio nacional.

Producto de las posibles divergencias que puede haber de una sede jurisdiccional a otra, se ha centrado el análisis en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y en los fallos de la Corte Suprema. Lo que se busca es delinear cómo se aproxima esta última al trámite de la consulta de los actos administrativos, qué requisitos exige para ello, y si ha habido cambios en su razonamiento a través del tiempo.

### II. EJECUTABILIDAD DEL ARTÍCULO 6° CONVENIO 169 OIT

El Comité de Expertos de la OIT, ha llegado a afirmar que "...las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones." En consecuencia, la aplicabilidad y eficacia misma del Convenio en cualquier ordenamiento, dependerá de cómo se hace efectivo el mencionado artículo. No obstante, cada sistema jurídico las adoptará de acuerdo a su realidad legislativa e idiosincrasia, toda vez que el Convenio no impone un procedimiento, y deja la puerta abierta para un margen de apreciación en cada Estado. En efecto, en su artículo 34 se dice que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

El año 2009, antes de la entrada en vigencia del Convenio dentro del territorio nacional, Chile recibió la visita del Relator Especial de Naciones Unidas relativo a derechos y libertades indígenas, James Anaya, con el fin de reunirse con actores interesados, y dar recomendaciones para la implementación del Convenio.

<sup>1</sup> Véase Censo 2002, http://www.ine.cl/cd2002/etnia.pdf

<sup>2</sup> Véase http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm

<sup>3</sup> Véase http://www.ilo.org/indigenous/Themes/lang--es/index.htm

<sup>4</sup> Véase Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2004/75ª reunión, párrafo 3°.

Con respecto al trámite de la Consulta, el Relator señalo como principales características, en un informe emitido al efecto, que se trata de un trámite previo, el cual no se agota con la mera información, que debe celebrase de buena fe y dentro de un contexto que dé confianza a sus participantes, de manera adecuada y a través de instituciones representativas indígenas, sistemática y transparente.<sup>5</sup>

Por su parte el TC ha debido referirse al Convenio 169 en dos oportunidades. La primera, en el año 2000, a solicitud de un grupo de diputados, para que declarara la inconstitucionalidad del texto normativo completo por no haberse aprobado con el quórum de ley orgánica constitucional y por atentar contra las bases de la institucionalidad. El TC desestimó la petición, indicando que la Cámara de Diputados ya había hecho el juicio de que el tratado no contenía normas autoejecutables que fueran de ley orgánica de rango constitucional; por otro lado, se desestimó su oposición a las bases de la institucionalidad al señalar que el concepto de "pueblo" utilizado en el Convenio, difería del artículo 5° de la Constitución Política de la República, esta última utilizándolo en su acepción de "cuerpo electoral" o "nación".

Si bien en dicho fallo hay referencias explícitas a varios artículos del Convenio en comento, es de mayor interés para este estudio la referencia del TC al artículo 6° letra a) del mismo. Dicho inciso señala que "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 TC consideró que dicho artículo tiene el carácter de auto ejecutable o de aplicación directa<sup>6</sup>, es decir, se trataría de una norma que no requiere, para ser aplicable, de la dictación de leyes, decretos ni reglamentos por parte del Estado en que se incorpora y se refirió específicamente a las medidas legislativas señalando que "el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional<sup>7</sup>, señala que "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"<sup>8</sup>. Ante esto, no sería necesario dictar ningún tipo de normativa para hacer aplicable el trámite de la consulta dentro del Ordenamiento, al ser ejecutable a través del artículo 22, y de hecho, se ha entendido que se modificaría tácitamente la Ley Orgánica Constitucional del Congreso<sup>9</sup>, haciendo obligatorias consultas que antes del Convenio eran meramente facultativas. Pese a que el TC no se pronuncia expresamente con respecto al papel del Poder Ejecutivo como co-legislador, el mismo reporte del relator interpreta que se podrían dar dos fases de consulta: una para el Mensaje, y otra durante la tramitación parlamentaria.<sup>10</sup>

Por otro lado, si bien el TC precisa que la respuesta que pudieren dar los grupos étnicos afectados por la medida "[...]no tiene un carácter vinculante stricto sensu, sí tiene una connotación jurídica especial

<sup>5</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, "Principios internacionales aplicables a la consulta en Relación con la reforma constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile", Abril 2009

<sup>6</sup> Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2000, Considerando 7°, p. 23

<sup>7</sup> Artículo 22. Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquéllos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, de conformidad con lo señalado en los artículos 9° y 9° A, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen convenientes.

<sup>8</sup> Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2009, Considerando 7°, p. 23

<sup>9</sup> Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1050-2008, Considerando Duodécimo, p. 5 ;Boletín 5324-07 "Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena.", 2007, p. 8

<sup>10</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, "Principios internacionales aplicables a la consulta en Relación con la reforma constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile", Abril 2009, p. 12

que se encarga de precisarla el N° 2º del mismo artículo 6º [...]"<sup>11</sup> Es decir, a pesar de que el Poder Legislativo y las distintas autoridades administrativas no estarán obligados por la respuesta que se pueda generar a partir de la consulta, no cabe duda de que ellas deberán efectuarse de buena fe, de manera apropiada y teniendo como fin el llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.<sup>12</sup>

La segunda ocasión en la que el TC debió pronunciarse fue el año 2008, a raíz del control de constitucionalidad del acuerdo aprobatorio del convenio 169, enviado por la Cámara de Diputados. En esa oportunidad debió pronunciarse en concreto sobre el artículo 6° letra a) del Convenio, y el artículo 7°13 del mismo, el cual se señala "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." Esta vez, el TC se refiere más específicamente a las medidas administrativas señalando que "al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante 'en los actos de gobierno' —expresión que debe entenderse en sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional— puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal [...]" (énfasis agregado). Sin embargo, estableció que las normas citadas no podían entenderse como un ejercicio de soberanía, por residir tal facultad en la nación, ni tampoco podían adquirir la forma de plebiscito o de consulta vinculante. En atención a lo expuesto, finalmente, resuelve que tales artículos, junto a otros que no se consideraron por no ser objeto de este estudio, no son contrarios a la Constitución Política.

# III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA APLICABLE AL ARTÍCULO 6° DEL CONVENIO 169 OIT

Desde la recepción del Convenio 169 en el ordenamiento jurídico chileno, se han presentado varios recursos de protección en contra de resoluciones administrativas, dictadas con ocasión de un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (de acuerdo a la ley 19.300 Sobre las Bases Generales del Medio Ambiente). Dicha ley señala en su artículo 9°15 que el titular de ciertos proyectos que son susceptibles de producir un impacto ambiental de acuerdo al artículo 10, "[...] deberá presentar

<sup>11</sup> Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2009, Considerando 7°, p. 24

<sup>12</sup> Artículo 6° N° 2, Convenio 169 OIT

<sup>13</sup> Artículo 7.

I. Los pueblos interesados 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. 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. 14 Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1050-2008, Considerando Duodécimo, p. 5

<sup>15</sup> Artículo 9. El titular de todo proyecto o actividad comprendido en el artículo 10 deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda. Aquéllos no comprendidos en dicho artículo podrán acogerse voluntariamente al sistema previsto en este párrafo. Las Declaraciones de Impacto Ambiental o los Estudios de Impacto Ambiental se presentarán, para obtener las autorizaciones correspondientes, ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región en que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto o actividad, con anterioridad a su ejecución. En los casos en que la actividad o proyecto pueda causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones, las Declaraciones o los Estudios de Impacto Ambiental deberán presentarse ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. En caso de dudas, corresponderá a esta Dirección determinar si el proyecto o actividad afecta zonas situadas en distintas regiones, de oficio o a petición de una o más Comisiones Regionales del Medio Ambiente o del titular del proyecto o actividad.

El proceso de revisión de las Declaraciones de Impacto Ambiental y de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental considerará la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental, en las materias relativas al respectivo proyecto o actividad, para lo cual la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, requerirá los informes correspondientes.

una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según corresponda [...]". La ley dispone procedimientos distintos para cada uno de estos instrumentos, siendo una de las diferencias fundamentales la obligación de asegurar la participación de la comunidad en el proceso de calificación del EIA por medio del trámite establecido en los artículos 26 a 31 del Párrafo 3, De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Por lo tanto, la determinación por parte de la autoridad administrativa, sobre si el proyecto debe realizar únicamente una DIA o un EIA determinará, consecuencialmente, si dentro del procedimiento deben realizarse los trámites de consulta referidos.

En la mayoría de los fallos estudiados, entre otros argumentos esgrimidos, los recurrentes alegan que la resolución que aprueba la DIA, es un acto arbitrario e ilegal y afecta sus derechos constitucionales debido a que el proyecto produce alguno de los efectos señalados en el artículo 11¹6 de la ley, por lo que el proyecto en cuestión debió someterse a un EIA y consecuentemente realizar el trámite de la consulta que dispone al artículo 6° letra a) del Convenio 169 de la OIT.

De acuerdo a lo anterior, lo que se pretende en este trabajo es determinar si el trámite de la consulta establecido por el Convenio, y cuya omisión alegan los recurrentes, puede materializarse mediante la aplicación de la ley 19.300, o si debe realizarse un procedimiento distinto para satisfacer los estándares y criterios del tratado internacional, de acuerdo al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema.

En una primera aproximación, la Corte parece entender que el trámite de la consulta establecido en el artículo 6° del Convenio se satisface mediante la aplicación de la normativa vigente en Chile.

En la sentencia Rol N° 1525-2010 de 17 de mayo de 2010, en la que se rechazó el recurso de protección deducido por la "Comunidad Palguín Bajo" y "Comunidad Antonio Huenuñanco" ¬—por considerarse que no era necesaria la realización de un EIA— se señaló que si en este caso se hubiera establecido un grado de afectación directa sobre las comunidades, la DIA habría tenido que ser rechazada y reemplazada por un EIA, debiendo considerarse a su vez la participación ciudadana, en especial de organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas. Al respecto la Corte señala que "[...]conforme al artículo 26 de la Ley 19.300, corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental".

Por lo tanto, lo que la Corte establece, de manera indirecta en este fallo, es que si el proyecto hubiese tenido que ser sometido a un EIA, la participación de las comunidades indígenas se habría regido por

<sup>16</sup> 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 próxima a población, recursos y áreas protegidas 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.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

el artículo 26 de la ley 19.300, dado que no señala para los pueblos indígenas u originarios un trámite distinto o que esté sujeto a otros estándares que los establecidos por la legislación vigente en Chile.

Más ilustrativa resulta la sentencia Rol N° 4078-2010, de octubre de 2010¹¹, en la que la Corte, aplicando el artículo 34 del Convenio de acuerdo al cual "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[...]" establece en su considerando séptimo que "[...]forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen." Y por tanto, "[...] el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental, previsto en el artículo 26 de la Ley N°19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente"¹8 (énfasis agregado).

En el caso en comento, la Corte reconoce como principios y exigencias del Convenio aquellos establecidos en el N° 2 del artículo 6° de acuerdo al cual, el trámite de la consulta debe ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas y establece que dichos estándares son satisfechos por las instancias de intervención establecidas en la ley 19.300. En virtud de éstas las personas naturales y jurídicas que se vean directamente afectadas, deberán ser informadas acerca del contenido del EIA antes de su aprobación o rechazo; podrán formular observaciones a la autoridad administrativa debiendo ser ponderadas en la resolución de calificación ambiental; e interponer el recurso de reclamación si estiman que las observaciones no han sido debidamente ponderadas.

Por lo tanto, es claro que en las sentencias señaladas, la Corte estima que la ley 19.300 es suficiente para dar cumplimiento al Convenio. Según este criterio, no se requiere la realización de ningún trámite distinto en el caso de pueblos indígenas y tampoco es necesario que el trámite establecido por la normativa vigente se lleve a cabo sujeto a otros estándares que los que la misma ley contempla ya que serían suficientes para dar cumplimiento a las exigencias que señala la norma internacional.

Es importante señalar que ambos fallos se dictaron con el voto en contra del Ministro Brito, el cual reconoce que el Convenio establece un estándar de exigencia más amplio que el reconocido por el fallo, al considerar que el trámite de la consulta debe realizarse no sólo de buena fe y con la intención de alcanzar acuerdo, sino que dicho acuerdo debe surgir de un diálogo en el que se abandonen las posiciones propias para buscar aquellas que surjan consensuadas, siempre incluyendo en el análisis las particularidades de la realidad de los pueblos originarios o indígenas.<sup>19</sup>

En atención a lo anterior, la disidencia sostiene que "informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión".

<sup>17</sup> Véase Corte Suprema, Sentencia Rol 4078-2010, 14 de Octubre de 2010. Argumentos similares se encuentran en la Sentencia Rol N° 2262-2011 de junio de 2011.

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Ídem.

Es en la Sentencia Rol 258-2011, de julio de 2011<sup>20</sup> en la que se consideró que la Corte tuvo una aproximación diferente ante un caso similar a los anteriores. Esta vez, estimó que el trámite de la consulta previsto por el Convenio 169 no se había ejecutado por la recurrida en la evaluación del proyecto "Actualización del Plan Regulador San Pedro de Atacama". Si bien esta habría realizado las instancias de participación de acuerdo al artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, consistentes en instancias de información del instrumento de planificación, la realización de audiencias públicas y la consulta de la opinión del Consejo Económico y Social comunal, no serían suficientes para "[...] satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha". Establece además, al igual que en el voto de minoría del Ministro Brito, que "desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad".

Por otro lado, la Corte toma en cuenta con especial atención el hecho de que el plan regulador en cuestión, se está desarrollando precisamente para resguardar a las comunidades indígenas frente al fuerte desarrollo turístico que ha experimentado la zona de San Pedro de Atacama, por lo que pueden verse afectadas directamente sus condiciones de vida y trabajo. A este respecto, la Corte señala que "es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones"<sup>21</sup>. Debido a lo anterior, afirma que el único modo de resguardar la Constitución Política y cumplir con la misión de garantizar a todos la mayor realización material y espiritual posible, es por medio de un procedimiento de participación que atienda las particularidades de los pueblos originarios.

La Corte, finalmente, resuelve que el proyecto "[...] deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales"<sup>22</sup> (énfasis agregado). Se considera que en atención a estas últimas líneas es posible entender que la Corte ha cambiado su criterio de interpretación, debido a que en este fallo la Ley Nro. 19.300 ya no es considerada como el mecanismo a través del cual se materializa el trámite de consulta establecido por el Convenio, sino que dicho trámite adquiere una connotación diferente en atención al artículo 6° en los casos en que los proyectos ambientales afectan a pueblos originarios.

## IV. CONCLUSIÓN

Como el prólogo del mismo Convenio lo establece, éste es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en materia de protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y el trámite de consulta previsto en su artículo 6° es fundamental para asegurar

<sup>20</sup> Este criterio fue sostenido nuevamente en la sentencia Rol 10.090-2011, de 22 de marzo de 2012.

<sup>21</sup> Véase Corte Suprema, Sentencia Rol 258-2011, Considerando Octavo, p. 10.

<sup>22</sup> Véase Corte Suprema, Sentencia Rol 258-2011, Considerando Décimo, p. 10.

su aplicación en cada uno de los Estados. Es por eso que la determinación de las consecuencias que dicho trámite pueda tener en la práctica cobra vital importancia. En este sentido, es fundamental el rol que cumplen los Tribunales de Justicia, en especial las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema encargadas de velar por el resguardo de los derechos constitucionales de todos los integrantes de la nación a través de mecanismos como el recurso de protección.

Si bien el desarrollo jurisprudencial en torno al Convenio 169 en Chile es todavía muy reciente para considerar que la interpretación de la Corte se encuentre asentada de una manera estable, en sus últimas aproximaciones sobre este tema, ha habido un gran avance en orden al cumplimiento de las exigencias que el derecho internacional ha impuesto.

En las sentencias recientes que se han citado, el pronunciamiento de la Corte ha sido más acorde con el criterio de autoejecutabilidad señalado por el TC en sus fallos del año 2000 y 2008 por lo que, al igual como ocurre en el caso de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, en el caso de los procedimientos administrativos el trámite de la consulta establecido en el artículo 6° del Convenio debiese entenderse incorporado en los mismos. De esta manera, si un determinado procedimiento lleva a la dictación de medidas administrativas que puedan afectar a pueblos indígenas, y dicho procedimiento no previene determinadas formas de participación ciudadana, éste debiese ser incorporado por directa aplicación del artículo 6°. Al contrario, en aquellos casos en que sí se previene un trámite de consulta en el procedimiento administrativo, —como ocurre con la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente— el artículo en comento debiese entenderse incorporado tácitamente por la vía de fijar el estándar de acuerdo al cual dicho trámite debe ser llevado a cabo.

Por último, es importante destacar los términos en que el artículo 6° N°2 del Convenio exige que se lleve a cabo la consulta, esto es "[...] 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." Conforme al modo en que lo ha entendido el TC<sup>23</sup> la consulta no es vinculante per se, pues la idea es alcanzar consensos de buena fe, siendo la finalidad de la norma el lograr un equilibrio y dar un margen de actuación.

La reciente jurisprudencia (ambos fallos al respecto del TC), las interpretaciones de la OIT y sus agentes, y el espíritu que subyace tras el Convenio 169, parecen confirmar que este instrumento se enmarca de manera coherente y razonable dentro de las normas legislativas y administrativas del sistema jurídico chileno. Lo anterior no quita que sea perfectible en cuanto al respeto por los derechos indígenas y la forma de ampararlos de manera efectiva. Por su parte, las líneas de la Corte Suprema apuntan, de manera incipiente, a conformarse aun más con los estándares deseables propuestos por la OIT para el trámite de la consulta, teniendo siempre a la vista el resguardo y garantías para grupos humanos dentro de nuestro territorio que, pese a su distinción étnica, deben ser tratados con igualdad y dignidad.