



"PARÁMETROS PARA EL EJERCICIO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL
MARCO DE LA REALIZACIÓN DE PROYECTOS QUE GENERAN IMPACTO A
NIVEL AMBIENTAL"

Análisis de la implementación de la Consulta Previa Indígena en Colombia y Chile y los principales fallos judiciales proferidos por los jueces en estos países.

POR: LAURA C. RODRIGUEZ

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo para optar al grado académico de Magíster en Derecho de Medio Ambiente.

PROFESOR GUIA:

Sr. RAUL CAMPUZANO DROGGUET

SANTIAGO

Octubre 2019

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: CONSULTA PREVIA Y SU DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	10
1.1. Origen de la Consulta Previa - Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	10
1.2. Consulta Previa Indígena en el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales...	12
1.3. Consulta Previa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas	13
1.4. Consulta Previa y su relación con la Convención Americana de Derechos Humanos.....	14
CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO INTERNO. COLOMBIA Y CHILE.....	15
2.1. Marco normativo de la consulta previa en Colombia.	15
2.2. Marco normativo de la consulta previa en Chile.	18
2.2.1 Procedencia consulta previa/afectación directa/impactos significativos en Chile.	23
CAPÍTULO III: PARÁMETROS PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DE ACUERDO CON FALLOS JURISPRUDENCIALES EMITIDOS EN COLOMBIA Y CHILE.	25
3.1. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Suprema.	28
3.2. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.....	33
3.2.1 Afectación directa por impactos en el territorio.....	34
3.2.2. El impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo	36
3.2.3. El principio de proporcionalidad como criterio determinante de los niveles de participación	37

3.3 Dimensiones del principio de buena fe en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.	38
3.3.1 Deberes del Estado y las comunidades bajo el principio de la buena fe	38
3.3.2. La consulta previa como un proceso de naturaleza sustantiva	40
3.3.3. Ejercicio de ponderación en el marco de la consulta previa	40
3.3.4. “Poder de veto.”	41
3.4. El principio de buena fe en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile	42
3.5 Menciones en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombia y la Corte Suprema sobre el carácter previo de la consulta.....	44
CAPÍTULO IV: COMENTARIOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE CONSULTA PREVIA POR PARTE DE COLOMBIA Y CHILE.	46
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	55

RESUMEN

La consulta previa indígena ha sido un asunto que no ha estado lejos de la controversia en Colombia y Chile. Frente a escenarios de incertidumbre respecto al alcance de la consulta previa en razón a vacíos legales que regulen este instrumento, caso Colombia y, un marco legal que para algunos no se encuentra completamente acorde con los estándares establecidos en tratados internacionales, caso Chile, son los jueces los llamados a resolver los distintos conflictos que se presentan en razón a su aplicación y, quienes han fijado criterios y parámetros para la realización de este derecho. A través de este trabajo se pretende identificar los parámetros fijados en el ordenamiento legal y, asimismo, los establecidos vía jurisprudencia. Para esto último se analizarán los principales fallos que se han proferido al respecto.

PALABRAS CLAVE: consulta previa / indígenas / Convenio 169 OIT

ABSTRACT

Indigenous prior consultation has been an issue that has not been far from controversy in Colombia and Chile. Faced with uncertainty scenarios regarding the scope of the prior consultation due to legal loopholes that regulate this instrument, in the case of Colombia, and a legal framework that according to some does not follow the standards of international treaties, in the case of Chile, it is the judges who are called to resolve the different conflicts that arise due to its application and, who have established criteria and parameters for the application of this right. Through this work it is intended to identify the parameters set in the legal ordainment, and likewise, those established through jurisprudence. For this purpose, the main rulings will be analyzed.

KEY WORDS: prior consultation, indigenous communities, convention C169 ILO

INTRODUCCIÓN

Los distintos intereses que convergen sobre el manejo, usos, aprovechamiento y explotación de los recursos naturales han potenciado el aumento de los conflictos socioambientales en los territorios. Dentro de la gran variedad de conflictos socioambientales, encontramos los que se generan en territorios de comunidades indígenas, en donde, por un lado, tenemos el interés general que persiguen el Estado con el impulso de actividades que generan desarrollo y progreso a nivel económico y social y, por otro lado, tenemos los derechos de las comunidades indígenas los cuales se cimientan en la relación de interdependencia que tienen las mismas con el territorio que habitan¹.

La ejecución de proyectos² en estos territorios generan a las comunidades, múltiples y diferentes impactos según la actividad³, al respecto señala la CIDH que, “(...) *la información recibida da cuenta de que estamos ante una multiplicidad de impactos profundos y que alcanzan ámbitos muy distintos como*

¹ Respecto a Colombia. RODRÍGUEZ (2013) señala en su texto que la magnitud del conflicto se puede apreciar en el elevado número de casos llegados a los altos tribunales judiciales o de las veces que se dice que la consulta previa es un obstáculo para el desarrollo del país. Respecto a Chile, MILLALEO (2018) indica que el “Mapa de Conflictos Socioambientales elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, muestra que 13 conflictos que se refieren directamente a los derechos de propiedad indígena, y 45 que involucran tierras y territorios indígenas, están dentro de los 118 conflictos que se identifican dentro del estudio (INDH 2015).

² Tales como extracciones mineras, petroleras, monocultivos, proyectos de infraestructura de carreteras, canales, represas, centrales eléctricas, parques eólicos, puertos y complejos turísticos, entre otros.

³ CIDH (2015) “*Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*” Página 17.

el ambiental, territorial, espiritual, de salud y vida misma de los pueblos y comunidades.”

Ante este escenario, la CPI adquiere una connotación especial, pues, además de constituirse en un medio de protección de los derechos de las comunidades, también es una instancia de diálogo y conciliación de dos intereses legítimos para Estados que se autoproclaman democráticos.

Ahora bien, la CPI aunque encuentra en el derecho internacional su sustento y la bases para su ejercicio, carece de disposiciones que le brinden alcance y que doten de certeza la manera en cómo debe adelantarse, aspecto que ha suscitado debates al interior de distintos países de la región. Para el caso de Chile el conflicto radica en que, para algunos, el marco que regula lo atinente al proceso de consulta previa no se encuentra en armonía con los estándares internacionales⁴; para el caso de Colombia, la falta de regulación del proceso ha generado un descontento por parte del Gobierno y las empresas privadas quienes perciben la consulta como un freno al desarrollo del país⁵.

⁴ Ver SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo. (2016) “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N.º 169 de la OIT “en Revista de Derecho Ambiental • Año IV N° 6 (2016) p. 117

⁵ Respecto a Colombia (VALERO 2013) en el artículo “Consultas con minorías étnicas 'paralizan' la agenda estatal “publicado en el principal diario del país, presenta los problemas de la falta de reglas claras respecto a la consulta previa con comunidades étnicas. En este artículo, el ministro de Agricultura resumió la postura del Gobierno de la época indicando que “las consultas previas se convirtieron en algo “laberíntico, interminable y costosísimo que ha hecho crisis”, y que “prácticamente está paralizando la gestión estatal, tanto la legislativa como la administrativa”.

Ante este escenario, las instancias judiciales han jugado un papel muy importante, pues han sido los jueces los llamados a llenar estos vacíos, conduciendo, fijando parámetros y criterios y la forma en que debe ser llevada a cabo⁶.

A través del presente trabajo, se pretende realizar un análisis comparativo de los parámetros que se han establecido a nivel legal y judicial en Colombia y Chile, sirviendo este análisis para identificar las diferencias en el tratamiento de la CPI en estos países, los conflictos que se han generado y las decisiones judiciales que han emitido como respuesta a los problemas jurídicos que se desprenden y que se encuentran relacionados con este derecho.

El escrito se desarrolla a través de cuatro capítulos, en el primer capítulo se analizan las fuentes de derecho internacional que orientan la Consulta Previa Indígena; en el segundo capítulo se aborda el marco regulatorio interno de Chile y Colombia realizando para esto un análisis comparativo, en el tercer capítulo se abordan, de forma expositiva, los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Chile y finalmente, en el cuarto capítulo se presentan apreciaciones respecto el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de consulta previa.

⁶ CARRASCO QUIROGA E (2013). *Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 4 No. 1.

Es de aclarar que el presente trabajo no es una recopilación exhaustiva de toda la jurisprudencia que se ha proferido sobre la materia. El análisis que se realiza aquí es sobre los fallos que han marcado hitos importantes y en donde se han fijado parámetros para la realización de la consulta previa indígena en el marco de la realización de proyectos que generan impactos a nivel ambiental.

CAPÍTULO I: CONSULTA PREVIA Y SU DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Es en el marco del derecho internacional que la consulta previa encuentra su origen y contenido. A continuación, mencionaremos las principales fuentes y el desarrollo que le han dado a la CPI.

1.1. Origen de la Consulta Previa - Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La consulta previa surgió con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁷, en adelante Convenio 169 OIT, instrumento que le reconoce una serie de derechos a las comunidades con el fin de empoderarlas⁸. Así, en su parte considerativa se reconoce: i) *“las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados”*; ii) que estos pueblos *“en muchas partes del mundo no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado*

⁷ El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991 y en Chile fue ratificado el 15 de septiembre de 2009.

⁸ PATIÑO P. Luz Angela. (2014) *“Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”* Acdi - Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 7, pp. 69-111. P. 71.

que el resto de la población” y; “la particular 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”⁹

La CPI se encuentra contemplada en el artículo 6^o¹⁰, disposición de la cual se extraen los parámetros y principios que inspiran el desarrollo de la misma. Al respecto, se señala que la CPI debe efectuarse:

1. cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (carácter previo de la consulta)
2. de buena fe.
3. de una manera apropiada a las circunstancias.
4. mediante procedimientos apropiados.
5. a través de instituciones representativas y;

⁹ Ver parte considerativa Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

¹⁰ El artículo 6 dispone taxativamente: “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;

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

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

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

6. con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Aunado a lo anterior, el artículo 7° de este instrumento establece el deber de los Gobiernos de: i) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos, añadiendo que los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas y; ii) tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

1.2. Consulta Previa Indígena en el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Además del Convenio 169 de la OIT, otros instrumentos internacionales y su interpretación por parte de tribunales y la doctrina, han contribuido a robustecer la CPI.

Ejemplo de lo anterior, es la interpretación que se ha realizado por parte del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales al artículo 1° común del Pacto Internacional sobre los Derechos,

Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹¹, el cual establece el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos. De acuerdo con estos organismos, esta cláusula normativa es aplicable a las comunidades indígenas traduciéndose en un derecho a tomar decisiones relativas a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas, lo que *“apareja, entre otros, el deber de los Estados de demarcar y proteger adecuadamente los territorios de estos pueblos y consultarlos en relación con las medidas que los impactan directamente”*¹².

1.3. Consulta Previa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas

Otro instrumento es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas¹³ la cual establece en su artículo 19 que: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”*.

¹¹Ratificados por Colombia el 29 de octubre de 1969 y por Chile el 10 de febrero de 1972.

¹² Ver mención a estos instrumentos y su interpretación en Providencia de la Corte Constitucional de Colombia SU 123 de 2018 Párr. 5.6

¹³ Ratificado en marzo del 2008 y vigente desde septiembre del 2009 en Chile.

1.4. Consulta Previa y su relación con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Adicional a lo anterior, es importante mencionar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial el caso Sarayaku vs Ecuador en donde el alto Tribunal indicó que la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional¹⁴ y, que la obligación de consultar a las Comunidades sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1) y asimismo agrega, el deber de los Estados de incorporar los estándares internacionales dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas¹⁵.

¹⁴ En el Caso del “PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR” La Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó dentro de la providencia que “*la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional*” ver: Corte idh, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, Ecuador, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 164

¹⁵ Ibid. Párr. 166.

CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO INTERNO. COLOMBIA Y CHILE

Una vez mencionados los instrumentos de Derecho Internacional que abordan lo relativo a la consulta previa indígena procederemos a mencionar en este capítulo, los cuerpos normativos que regulan la Consulta Previa en Colombia y en Chile, esto con el objeto de entender y delimitar los márgenes legales sobre los cuales los jueces han tomado sus decisiones.

2.1. Marco normativo de la consulta previa en Colombia.

La Constitución Política de Colombia, define el Estado como una democracia participativa (artículo 1^o¹⁶) estableciendo así dentro de sus fines (artículo 2^o¹⁷), el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten, incluyendo las decisiones relacionadas con el derecho a gozar de un ambiente sano (artículo 79^o¹⁸).

Asimismo, reconoce y salvaguarda la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7^o¹⁹) y dejando claro el fomento de la cultura como fundamento de la

¹⁶ Artículo 1^o: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

¹⁷ Artículo 2^o: “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)”

¹⁸ Artículo 79^o: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. (...)”.

¹⁹ Artículo 7^o: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

nacionalidad colombiana (artículo 70^{o20}). De manera específica, la Consulta Previa se encuentra reconocida a nivel constitucional en el artículo 330 cuyo parágrafo establece lo siguiente:

“(...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” (negrilla fuera del texto)

A nivel legal, la Ley 99 de 1993²¹ dispone en su artículo 76° que: “la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales (...) y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. Por su parte, el Decreto 2041 de 2014 que reglamenta esta Ley en lo relativo al trámite de licencias ambientales, dispone dentro de articulado el deber de cumplimiento de lo dispuesto en la Ley

²⁰ Artículo 70°: “El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.”

²¹ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA y se dictan otras disposiciones”

99 de 1993 respecto a la consulta previa, para los casos que se requiera y de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan dicha materia²².

Aunado a lo anterior, se encuentra que en el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se dispone la posibilidad de nulidad de decisiones administrativas, para los casos en los que no se adelante la consulta previa de acuerdo con los términos señalados en el marco legal²³.

Ahora bien, El Gobierno de Colombia ha intentado expedir reglamentos de la CPI a través de cuerpos normativos como el Decreto 1320 de 1998 “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”; no obstante, este Decreto fue objeto de críticas²⁴ (particularmente el Decreto) y la Corte Constitucional de ese país, a través de varios fallos, ordenó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad²⁵.

²² Ver artículo 15 Decreto 2041 de 2014.

²³ Ver artículo 46 de la Ley 1437 de 2011.

²⁴ Las críticas del Decreto se sustentan principalmente en que: “(i) no establece mecanismos para garantizar el cumplimiento de los acuerdos resultantes de procesos de consulta; (ii) no respeta los tiempos de las comunidades tradicionales en dichos procesos; (iii) sólo consagra la consulta para las comunidades que poseen un territorio, bien sea, en virtud de un título o de su ocupación ancestral, y (iv) no fue consultada con las comunidades antes de su expedición”. Ver: floreliia. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200005#n5

²⁵ En la Sentencia T- 680 de 2012, la Corte Constitucional señaló lo siguiente” Este decreto regula el desarrollo de la consulta con los grupos étnicos en algunas de las situaciones contempladas por el Convenio 169 de la OIT y es a la fecha el más comprehensivo desarrollo normativo expedido en relación con el tema por las autoridades colombianas desde la entrada en vigencia del referido instrumento internacional. Sin embargo, desde la sentencia T-652 de 1998 y en varias otras ocasiones (fallos SU-383 de 2003, T-880 de 2006, y más recientemente, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010, entre otros), esta corporación ha considerado que esta preceptiva resulta inaplicable en los casos en que conforme al Convenio 169 de la OIT se requiera la

En este sentido, Colombia carece de un marco legal que establezca orientaciones precisas que regulen la forma de adelantar el proceso de consulta previa y que le brinde cierta jurídica a la forma de adelantar su ejercicio. Este vacío ha ido llenando por los jueces, quienes han proferido un número considerable de fallos en donde en el marco de la respuesta que le da a una serie de problemas jurídicos han establecido una serie de parámetros respecto a este derecho como veremos en el capítulo III de este documento.

2.2. Marco normativo de la consulta previa en Chile.

A diferencia de Colombia, en Chile “no existe un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos”²⁶. No obstante, en jurisprudencia²⁷ se ha asegurado que lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT

realización de un procedimiento de consulta, pues este decreto fue expedido sin llevar a cabo el trámite consultivo que en razón a la materia regulada resultaba necesario, precisamente en desarrollo de lo previsto en dicho Convenio. Debe incluso indicarse que el Consejo de Administración de la OIT en sus reuniones 276 y 277, acogiendo reclamaciones presentadas por varias organizaciones sindicales colombianas decidió recomendar al Estado colombiano la modificación de esta norma, recomendación que a la fecha no se ha cumplido.”

²⁶ MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. (2018) “Los derechos de los pueblos indígenas como derecho a pertenecer a la naturaleza y el reconocimiento constitucional en Chile” pp 39-60 Editorial Jurídica de Chile “una perspectiva constitucional del medio ambiente”

²⁷ Ver Corte de Apelaciones de Concepción. Rol de Ingreso: 65349. 2016. “Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y T., 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.”

respecto a la consulta previa asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo 1° a todos los integrantes de la comunidad nacional, que es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible²⁸

Pese a la existencia de una debilidad a nivel constitucional, a través de la Ley 19.300²⁹ y el Decreto Supremo 40 del 2012 Reglamento del SEIA se han dispuesto directrices generales respecto a cómo opera la Consulta Indígena en el marco del proceso de evaluación ambiental.

Así, el Art. 4³⁰ de la Ley 19.300 señala que los órganos del Estado, 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.**

²⁸ Artículo 1°. - *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. (...)”*

²⁹ Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

³⁰ Artículo 4°. - *“Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado (...) 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”*

Adicional a lo anterior, el Reglamento del SEIA dispone en los Artículos 85 y 86 lo siguiente respecto a la CPI: en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los

artículos 7³¹, 8³² y 10³³ de este Reglamento, el Servicio deberá diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos

³¹ Artículo 7.- “(...) El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. (...) A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 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 “.

³² Artículo 8.- “(...) 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 (...). 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 organización. (...) 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. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o territorios con valor ambiental, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar”

³³ Artículo 10.- “Alteración del patrimonio cultural. El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. 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

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. En este proceso participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, aclarándose, que el no alcanzar esta finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

Se agrega también, el deber a cargo del Servicio de establecer 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.

Además de lo señalado en el artículo 85, el artículo 86 establece el deber del Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio de realizar reuniones con los pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, para los casos:

pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará: a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288. b) La magnitud en que se modifiquen o deterioren 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.”

- en que se hubiera determinado en el estudio de impacto ambiental, la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 85 y ³⁴;
- para los proyectos o actividades sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental- DIA³⁵.

2.2.1 Procedencia consulta previa/afectación directa/impactos significativos en Chile.

De acuerdo con el marco legal dispuesto en Chile, la afectación directa se encuentra relacionada con los impactos ambientales significativos a los que se refieren los Art 7, 8 y 10 del decreto y los cuales guardan relación con los literales c)³⁶, d)³⁷ y f)³⁸ del artículo 11 de la Ley 19.300.

³⁴ Para estos casos, las reuniones se deben realizar por un periodo no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto y se harán con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 (termino anticipado del procedimiento -EIA) del presente Reglamento.

³⁵ Para este supuesto, las reuniones se realizarán por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 (término anticipado del procedimiento - DIA) del presente Reglamento.

³⁶ Art. 11 literal c): Reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sus sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

³⁷ Art. 11 letra 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;

³⁸ Art. 11 literal f): Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural;

Aquí es importante mencionar, que si bien el Art. 85 del Decreto sólo se refiere a tres de los seis impactos ambientales significativos del Art. 11 de la Ley 19.300, el Decreto 40 de 2012 contempla otros impactos significativos en los Art. 5³⁹, 6⁴⁰ y 9⁴¹ que también podrían considerarse como supuestos en donde se podría presentar afectación directa sobre estas comunidades.

³⁹ El Artículo 5° en su inciso final señala que: *“en caso de 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”*.

⁴⁰ El Artículo 6° en el inciso final señala 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”*;

⁴¹ El Artículo 9° en el inciso final señala que *“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”*.

CAPÍTULO III: PARÁMETROS PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DE ACUERDO CON FALLOS JURISPRUDENCIALES EMITIDOS EN COLOMBIA Y CHILE.

En Colombia, la Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha señalado la incorporación del derecho a la consulta previa vía bloque de constitucionalidad⁴².

Al respecto, la Corte ha señalado, que el Convenio 169 de la OIT “es el instrumento de mayor relevancia en la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en el orden interno, no sólo por el avance que supuso en el respeto por su autodeterminación, sino también porque hace parte del bloque de constitucionalidad, así que lo que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional.”⁴³

Por su parte en Chile, se ha establecido una suerte de principio de flexibilidad en la jurisprudencia, señalando la Corte Suprema que el Convenio No. 169 contiene una norma (artículo 34) que flexibiliza la incorporación de dicho tratado al derecho

⁴² Ver cita en la Sentencia C-123 de 2018 de Colombia párr. 5.4 del fallo SU 383 de 2003 en donde se señala que: “el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles – artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”

⁴³ Ver T-376 de 2012 Corte Constitucional párr. 7

interno y en este sentido, este principio de aplicación implica que el cumplimiento de sus normas por parte de cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones⁴⁴. Aunado a esta declaración, el Tribunal Constitucional se ha referido al Convenio 169 de la OIT, indicando que este instrumento no tiene rango constitucional (Rol 2387 de 2012)⁴⁵ , en este sentido expone el tribunal entre otras las siguientes consideraciones:

- *“(...) nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*
- *“(...) se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional”⁴⁶.*

⁴⁴ Javier Nahuelpán y otros Contra Corema Región de los Ríos. CORTE SUPREMA - Rol N° 4078-2010. Ver consideraciones quinta y sexta.

⁴⁵ Para GALDÁMEZ (2013) “La sentencia, además de su interés por la materia que analiza, es destacable ya que el Tribunal retoma su anterior doctrina sobre el valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos y con ello limita interpretaciones de mayor apertura al Derecho Internacional en materia de derechos humanos” Ver: GALDÁMEZ, Liliana. (2013) “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles N°s. 2387-12 y 2388-12 CPT, acumulados” en Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, 2013, pp. 621 - 632.

⁴⁶ Tribunal Constitucional. Rol. 2387 de 2012. considerando duodécimo.

- *“(…) el deber de “respetar” los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes se refiere al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional”.⁴⁷*
- *los roles N°s 309 y 1050, ha calificado al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT (…) 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.”⁴⁸*

La diferencia respecto al “estatus” otorgado al Convenio 169 de la OIT, es clara y, sin lugar a duda, ha incidido en el sentido de los fallos proferidos por los Tribunales Judiciales. La preponderancia que se le ha otorgado al tratado por

⁴⁷ ibidem considerando decimotercero.

⁴⁸ Ibidem considerando decimonoveno.

parte de la Corte Constitucional Colombiana es tal, que ha incidido en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto que otrora, se expidió por parte del Gobierno, con el fin de regular el proceso de consulta previa⁴⁹.

A lo largo de este capítulo y a medida que se van abordando los pronunciamientos de los altos tribunales, podremos identificar el impacto que se desprende de la interpretación anterior que, unido al marco constitucional de reconocimiento de derechos de las comunidades indígenas, el cual es distinto en los dos países, establecen una marcada diferencia respecto al sentido de los fallos.

3.1. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Como habíamos mencionado, En Chile, la procedencia de la consulta previa se encuentra relacionada con la determinación de la afectación directa de un proyecto a las comunidades indígenas y, de acuerdo con el marco normativo, dicha afectación, como ya se había mencionado, se encuentra relacionada con los impactos ambientales significativos.

Sobre la afectación directa existe una variedad de pronunciamientos debido a lo controversial de la materia, sobre todo en lo atinente a aquellos proyectos que las comunidades consideran generan una afectación y se deberían ser tramitados ingresar al SEIA pero que, bajo el ordenamiento ambiental, se tramitan por medio de una declaración de impacto ambiental (DIA) y en consecuencia, no exigen el adelanto de consulta indígena.

A efectos de ilustrar el desarrollo respecto del concepto de afectación conviene mencionar en primer lugar el caso Palguín⁵⁰ caso hito al establecer un criterio de interpretación usado en varios fallos que se profirieron de forma posterior. En esta providencia, la Corte Suprema señala lo siguiente:

"(...) que, en esas condiciones, al no presentar el proyecto signos o evidencias de generar efectos importantes sobre el medio ambiente, entre ellos, el que se ha descrito precedentemente, la autoridad no requirió la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental;"

"(...) la normativa ambiental prevé que la participación ciudadana es obligatoria sólo para los procesos de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental (...)"

⁵⁰ Corte Suprema Rol 1525 - 2010. Proyecto de Piscicultura Palguín

"(...) Si en el caso que nos ocupa se hubiere determinado que el proyecto de piscicultura a desarrollarse en el sector de Palguín produce alguno de los efectos o consecuencias contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300, deviene inexorablemente en el rechazo a la Declaración de Impacto Ambiental presentada por la empresa y su sustitución por un Estudio de Impacto Ambiental, procedimiento que obliga a considerar la participación ciudadana, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas;"

"(...) 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;" (Corte Suprema. Considerando 12º).

En el mismo sentido, se profirieron distintos fallos como Minicentral hidroeléctrica Cayupil⁵¹, Línea de Transmisión Melipeuco Freire⁵² Piscicultura Caburga II⁵³, Minicentral Hidroeléctrica Chanleufú⁵⁴, Proyecto Central

⁵¹ En Rol 9889-2010 la Corte Suprema indicó: “(...) Que además, del mérito de los antecedentes acompañados, no se constata que se hubiere denunciado y afectado, en forma directa con el proyecto señalado, a las comunidades indígenas que se mencionan en el recurso, toda vez que no basta para ello las solas expresiones genéricas relativas a la protección de la biodiversidad y la integración e innovación del conocimiento del pueblo mapuche (...) Por consiguiente, al no justificarse la privación, perturbación o amenaza de una garantía constitucional, y siendo el recurso de protección una acción cautela de dichas garantías, no puede la Corte en esta sede llegar a determinar que cierto acto de un órgano del Estado debe ser dejado sin efecto. (...)”

⁵² En el Rol N° 1602-2012 la Corte Suprema señaló: “(...) Que tal como lo señalan los diversos organismos con competencia ambiental que intervinieron en este procedimiento de evaluación, no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.” (...) . “Que la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla. En la especie, no se ha explicitado ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto. (...) “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 6.1 letra a) de este 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. (...)”.

⁵³ Rol 6427-2014. Corte Suprema : “(...) no advirtiéndole la procedencia de un estudio de impacto ambiental al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración, no resultando pertinente el trámite de la consulta en los términos que exige el Convenio N° 169, tantas veces citado, la actuación de la autoridad recurrida al calificar favorablemente el proyecto de marras y dictar la Resolución Exenta N° 123/13 de 06 de junio de 2013, no resulta ilegal ni arbitraria (...) “Que en virtud de los razonamientos expuesto, no se ve de qué manera se ha afectado o perturbado las garantías constitucionales invocadas mediante la acción cautelar impetrada”

⁵⁴ Caso Rol 17599-2014 Corte Suprema. “(...) resulta pertinente tener presente que el artículo 6, N° 1, letra a) de este 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.-” (...) “Que en consecuencia, habiéndose concluido en este procedimiento específico de evaluación de impacto ambiental que no era necesario la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental por no reunirse los requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de los reclamantes y que tampoco

Hidroeléctrica Neltume⁵⁵., en donde el alto tribunal rechaza los recursos interpuestos por las comunidades bajo las mismas razones que motivaron el caso Palguín y trasladando la carga probatoria a las comunidades respecto a la susceptibilidad de afectación. De estos casos, se destaca el de la Línea de Transmisión Melipeuco Freire, pues tal y como lo expone Carrasco (2013) este fallo *“revela un criterio basado en la afectación para que se gatille la consulta, pero al cual debe incorporarse la razonabilidad y la proporcionalidad como estándar y principio”*⁵⁶.

Se agrega que si bien el anterior criterio es el dominante, no podemos dejar de mencionar que en El caso del Parque Eólico Chiloé⁵⁷ la Corte Suprema profirió un fallo en distinto sentido y en donde acoge el recurso incoado. Los argumentos

procedía el trámite de la consulta, conforme al Convenio N° 169, la autoridad recurrida sólo podía actuar en la forma que lo hizo y así su decisión, no puede estimarse ni ilegal ni arbitraria. -

⁵⁵ Caso Rol. 12.450-2014 Corte Suprema.

⁵⁶ Para explicar la incorporación de los criterios mencionados, se expone lo siguiente: *“en cuanto a la procedencia de la consulta consagrada en el Convenio, la CS dispone, sin explicar mayormente a qué se está refiriendo, que los “recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida” desestimando la alegación referida a la procedencia de la consulta. Finalmente, y solo enunciando el principio de proporcionalidad –pese a que no se analiza en su completa dimensión– la CS, reafirmando los argumentos previos, asocia dicho principio con que los actores de los terrenos jamás argumentaron “las funciones ambientales relevantes, como la presencia de especies vegetales o animales, existencia de humedales o sitios de significación cultural” Junto a lo anterior, la CS concluye, en función del principio comentado, que la “proximidad alegada tampoco resulta en este caso una pauta suficiente, pues tanto el trazado con la franja de seguridad de la línea eléctrica se encuentran fuera de los bienes, servicios, equipamiento y sitios de significación cultural y espiritual que conforman el bienestar básico de los grupos humanos cercanos” De este modo, la CS concluye que no se producen “alteraciones o interferencias en las comunidades reclamantes” Ver CARRASCO, Edesio. (2013). Razonabilidad y proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio 169 de la OIT.” En Revista chilena de derecho. pp. 301-316.*

⁵⁷ Caso Rol 10.090-2011 Corte Suprema.

que motivan esta decisión se sustentan en el hallazgo de la existencia de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto que debieron ser consideradas para someter el referido proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1º del artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT. Agrega el Tribunal que el proceder de las autoridades en este caso deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas.

Ahora bien, pese a que en el fallo mencionado el tribunal utilizó criterios que a juicio de quien escribe se encuentran acordes con lo dispuesto en los estándares internacionales, lo cierto es que en sentencias posteriores se ha seguido utilizando el criterio del caso Palquin para sustentar el rechazo de los recursos interpuestos.

3.2. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

A través de la sentencia SU-123 de 2018, la Corte Constitucional Colombiana unificó la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa, sintetizando

los conceptos, principios y reglas que surgen del examen realizado por la jurisprudencia colombiana.

En esta providencia, la Corte Constitucional reiteró que la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico. Para la Corte, en los casos de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, la afectación incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo⁵⁸.

3.2.1 Afectación directa por impactos en el territorio

Sobre este punto, el alto tribunal precisa que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia. Así, para el Tribunal, el área de influencia se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto y la afectación directa es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos⁵⁹.

⁵⁸ Sentencia SU 123 de 2018. párr. 17.3

⁵⁹ Ibidem. Párr. 17.4

Señala también el Alto Tribunal, que el concepto de territorio de las comunidades étnicas⁶⁰ no es posible de equiparar al concepto de propiedad del derecho civil⁶¹. Así, el Tribunal incorpora un concepto amplio de territorio que incluye, las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales⁶². En este sentido señala la Corte que, para determinar el alcance del territorio amplio, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio⁶³.

Agrega el tribunal, la posibilidad de que las autoridades competentes, con el fin de establecer la existencia de la afectación directa por impacto en el territorio, tomen en consideración: i) la intensidad; ii) la permanencia efectiva y; iii) la exclusividad con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico.⁶⁴ Para lo anterior, indica la Corte, que será determinante

⁶⁰ Para la Corte Constitucional, el concepto de territorio de las comunidades étnicas trasciende el espacio físico (concepto geográfico de territorio) y se vincula a elementos culturales, ancestrales, así como espirituales (concepto amplio de territorio),

⁶¹ La jurisprudencia constitucional ha precisado que la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad es insuficiente para que el Estado o un privado se niegue a consultar una medida con una comunidad étnica.

⁶² Para el alto tribunal, esta hipótesis comprende también el territorio al que se desplazan las comunidades étnicas, por razones como el conflicto armado, grandes proyectos ambientales, o por las grandes obras de infraestructura, cuando allí desarrollan sus prácticas de supervivencia.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Ver párr. 17.5, 17.6

⁶⁴ Ibidem. Párr. 17.7

verificar la intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en el territorio amplio, lo cual realizarán las autoridades públicas, en diálogo con las autoridades indígenas⁶⁵.

3.2.2. El impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo

Sobre este punto, señala el tribunal que la afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique: i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales y; ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales⁶⁶.

⁶⁵ Ibidem párr. 17.7

⁶⁶ Para la Corte Constitucional, el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados. Ver sobre este punto el párr. 17.8

3.2.3. El principio de proporcionalidad como criterio determinante de los niveles de participación

Para la Corte Constitucional, a la luz del principio de proporcionalidad, la consulta previa se presenta en diferentes niveles⁶⁷:

1. **participación básica:** procede para los casos en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación.
2. **consulta previa:** procede por regla general.
3. **consentimiento previo, libre e informado:** se requiere en los casos de una afectación intensa, procediendo ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos –tóxicos- en sus tierras y territorios.

⁶⁷ ibidem párr. 17.10

3.3 Dimensiones del principio de buena fe en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en su jurisprudencia, el principio de buena fe como un principio que debe guiar la actuación de las partes⁶⁸. Para este tribunal, la buena fe se constituye en el elemento transversal que permea y determina todo el proceso de consulta previa⁶⁹.

En el auto 73 de 2014, la Corte Constitucional en el considerando 55 desarrolló las dimensiones del principio de buena fe, con sustento en los distintos pronunciamientos realizados por dicho Tribunal. A continuación procederemos a mencionar

3.3.1 Deberes del Estado y las comunidades bajo el principio de la buena fe

Agrega la Corte que este principio tiene una doble dimensión, pues impone deberes tanto al Estado como a las comunidades consultadas. Como deberes del Estado, señala el tribunal los siguientes:

- “adelantar la consulta, generar espacios de participación pertinentes y adecuados, suministrar información en los términos identificados

⁶⁸ Sentencia SU 123 de 2018 Párr. 6.2.

⁶⁹ Ver Cita Párr 55 del Auto 73 de 2014 de la Corte Constitucional: “C-030/08, C-461/08, C-175/09, C-702/10, T-1045A/10, C-915/10, T-129/11, C-366/11, T-379/11, C-490/11, T-698/11, T-693/11, C-882/11 y C-937/11.”

anteriormente, ser receptivo a las inquietudes y pretensiones de la comunidad, valorarlas y obrar en consecuencia.”

- “ser receptivo a las inquietudes y pretensiones de la comunidad, valorarlas y obrar en consecuencia. Por eso, se considera una violación al deber de buena fe la reticencia a participar en espacios de consulta, generar obstáculos que torpedeen la participación y efectiva de las comunidades, retener o demorar información, y asumir actitudes refractarias hacia las inquietudes y demandas de la comunidad, así como adoptar posiciones de confrontación”

Respecto a los deberes de la comunidad, señaló, entre otros:

- el “exigir de manera inmediata ante las instituciones competentes el cumplimiento del deber de consulta previa”.
- “asumir actitudes de armonización y concertación, frente a las propuestas institucionales”.

Para el Tribunal, se considera una ausencia de buena fe, la utilización de la consulta para obstruir, obstaculizar o dilatar la ejecución de medidas legítimas, así como rehusarse o eludir, expresa o tácitamente, el escenario de diálogo como

medio para hacer prevalecer una posición que no ha sido objeto de concertación y discusión.

3.3.2. La consulta previa como un proceso de naturaleza sustantiva

La Corte Constitucional manifestó en desarrollo de este principio, que la consulta “no se puede asimilar a un simple trámite administrativo, requisito formal, procedimiento informativo, diligencia de notificación, o un proceso semejante.” De acuerdo con el tribunal, “se trata de un proceso de naturaleza sustantiva y constitucional orientado a salvaguardar los derechos fundamentales individuales y colectivos de las comunidades étnicas.”

3.3.3. Ejercicio de ponderación en el marco de la consulta previa

Agrega el Tribunal como manifestación del principio el ejercicio de ponderación que se debe adelantar en el desarrollo de la consulta previa. En providencia SU123 de 2018, la Corte, agrega lo siguiente:

“A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, sólo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para el efecto

se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”

3.3.4. “Poder de veto.”

Sobre este punto, la alta corporación señala que “el deber de consulta previa no se constituye como un proceso adversarial ni como garantía del derecho a la defensa” no implicando la consulta un poder de veto de las comunidades sobre las medidas que puedan afectarles directamente.

Para la Corte, en caso de no existir acuerdo producto de la consulta, el Estado se encuentra legitimado para adoptar la decisión que pueda afectar directamente a las comunidades, siempre que cumpla con las siguientes cargas específicas:

(1) la decisión debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo;

(2) la decisión debe ser objetiva, razonable y proporcionada, y

(3) deben identificarse y adoptarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir y/o restaurar los efectos individuales y colectivos que la medida pueda tener sobre las personas, bienes, instituciones, cultura y territorio de las comunidades étnicas.

En la sentencia SU 123 de 2016, la Corte Constitucional en el desarrollo de este tema, indicó que la consulta se constituye en un proceso de diálogo intercultural entre iguales, operando un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional. Para el Tribunal, en razón al reconocimiento de las desventajas de las comunidades por razones de discriminación, el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural.

3.4. El principio de buena fe en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile

A diferencia de los fallos de la Corte Colombia, los fallos de la Corte Suprema en Chile han sido más conservadores en su nivel de argumentación y el sentido de estos. No obstante lo anterior y respecto al principio de buena fe, se desprende de varios fallos el reconocimiento de su importancia dentro del proceso de consulta previa, especialmente para el logro de acuerdos en el marco del proceso

de consulta. Así, en el considerando séptimo del Rol 10.090-2011 Parque Eólico de Chiloé el Tribunal menciona lo siguiente:

“Séptimo: (...) los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo (...) debieron ser consideradas para someter el referido proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1º del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, cuyo artículo 4º dispone 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.”

Por otro lado, en el caso Proyecto Central Hidroeléctrica Neltume Rol 12.450-2014 la Corte Suprema en el considerando décimo a fin de consagrar la idea de que la finalidad de las Consultas indica lo siguiente:

“Décimo: Que en el artículo 6 N° 2 del Convenio N° 169, se establece que: "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"

“ (...)

“(...) En el Manual para los Mandantes Tripartitos de la Organización Internacional del Trabajo de Ginebra, en su sección 2: Consulta y participación se expresa que: "Como lo estipula el Artículo 6 (2), las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio núm. 169 no proporciona un derecho a veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente".

3.5 Menciones en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombia y la Corte Suprema sobre el carácter previo de la consulta

En relación con el carácter previo de la consulta, la Corte Constitucional Colombia en la SU123 de 2018 manifestó que el carácter previo, implica que *“debe existir una preconsulta, pero que en todo caso opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad. En este sentido, todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa.”*

Para este tribunal, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado⁷⁰.

Por su parte, respecto al carácter previo, la Corte Suprema ha entendido por el mismo el deber de adelantar este proceso antes de la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental, no pudiendo alegarse el incumplimiento de este deber mientras no se hubiera proferido el acto termina. Así, en el Rol 8703 de 2012, Proyecto el Morro el tribunal indica que: “(...) *en lo tocante a la obligación de consulta y participación impuesta por el Convenio 169, han explicado la oportunidad en que dicha diligencia se llevará a cabo, en todo caso previo a la dictación de la resolución terminal que se pronuncia, esto es, la nueva Resolución de Calificación Ambiental, todo lo cual no contraviene los fallos que la recurrente invoca ni la legalidad vigente, es decir, no se divisa la existencia de controversia en relación a los puntos indicados (...)*”

⁷⁰ De acuerdo con la SU 123 de 2018, en estos eventos, la consulta “*se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica. Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).*”

CAPÍTULO IV: COMENTARIOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE CONSULTA PREVIA POR PARTE DE COLOMBIA Y CHILE.

En este capítulo, es importante mencionar el informe realizado por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH⁷¹- y denominado “Pueblos Indígenas Comunidades Afrodescendientes Industrias Extractivas” (2015) el cual fue realizado dentro de su función de monitoreo. En dicho informe, la CIDH abordó, con sustento en información que ilustra los efectos humanos, sociales, de salud, culturales y ambientales de estos proyectos en los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, una serie de recomendaciones relativas a las obligaciones y garantías de los Estados Parte frente a la realización de actividades de desarrollo, explotación y extracción de recursos realizadas en territorios de comunidades indígenas, resaltando dentro de las mismas, aspectos relativos a la consulta indígena.

Al respecto, señala la CIDH, entre otros aspectos, entre otras, las siguientes recomendaciones relativas a obligaciones y garantías⁷²:

⁷¹ La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano

⁷² CIDH (2015) “*Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*” P. 188.

- *“Adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta y en su caso, el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales y comunidades afrodescendientes, conforme a los estándares de derechos humanos internacionales y con la participación plena de los pueblos y comunidades.*

- *“Consultar a los pueblos y comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en sus tierras y territorios, o plan de desarrollo o explotación de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.”*

- *“Respecto de las concesiones ya otorgadas o en implementación, establecer un mecanismo que permita evaluar la necesidad de una modificación a los términos de las mismas para preservar la supervivencia física y cultural de comunidades y pueblos indígenas y tribales.”*

Es de resaltar que, en este informe, además de las recomendaciones transcritas, la CIDH realiza un análisis del cumplimiento de los estándares internacionales en la región, indicando que la implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales sigue siendo una tarea incompleta en la mayoría de la región⁷³.

Sobre Chile⁷⁴, la CIDH consigna las preocupaciones que se presentan en torno al marco normativo sobre consulta previa, indicando que, de acuerdo con la información recibida, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013 y el Decreto Supremo No. 40 del Ministerio del Medio Ambiente, han sido objeto de cuestionamientos por razones vinculadas a la ausencia de un proceso de consulta adecuada para su aprobación y también por cuestiones de fondo. Advierte dicha corporación, que una de las preocupaciones centrales con relación al Decreto Supremo 40, es que limita seriamente la procedencia de la consulta indígena a través de la incorporación de una lista taxativa de supuestos excepcionales en los que es exigible o procede el derecho. Para la CIDH, las exigencias desconocen lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligatoriedad de la consulta “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de

⁷³ CIDH (2015) *“Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”* Párr. 173.

⁷⁴ Ibidem p. 92.

afectarles a los pueblos indígenas directamente”, sin importar la envergadura o impacto del proyecto.

Respecto a Colombia⁷⁵, la CIDH menciona que, de acuerdo a información recibida, si bien existen ciertos avances en materia de reconocimiento formal de sus derechos — principalmente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y algunos cuerpos normativos— estos avances no se reflejan en el goce efectivo de los derechos de las comunidades. Asimismo, se agrega en el informe de la CIDH entre las dificultades:

- las derivadas de la implementación de proyectos sin garantizar el derecho a la consulta y el consentimiento previo libre e informado;
- el otorgamiento de licencias ambientales, solicitudes y titulación minera de forma inconsulta y sobre áreas restringidas;
- negación de acceso al proceso de registro y reconocimiento de identidad de comunidades afrodescendientes e indígenas y dificultades para el reconocimiento de su existencia para evitar procesos de consulta;
- consultas previas realizadas de forma “clandestina” y;
- consultas previas realizadas en escenarios de concertación desequilibrados, lideradas por las empresas sin presencia de órganos de

⁷⁵ ibidem Ps. 94-95

control, donde se generan incumplimientos de lo pactado y sin ningún límite sobre proyectos que atentan contra la pervivencia de los pueblos.

Ahora bien, sobre algunos aspectos de lo señalado por la Cidh conviene en este escrito profundizar. En este sentido y respecto a los comentarios respecto a las limitaciones que a nivel legal se presentan para la procedencia de la consulta previa en Chile, algunos doctrinantes consideran SILVA y PAROT (2016) y HERVÉ Y BERMÚDEZ (2013) que la manera en cómo se encuentra diseñado el instrumento ambiental en relación con la procedencia de la consulta previa puede ser incompatible con algunos estándares de la consulta.

Así, se señala por SILVA y PAROT (2016) como principales obstáculos: i) la oportunidad de la consulta; ii) la equivalencia de impactos significativamente adversos con la susceptibilidad de afectación indígena y; iii) la finalidad de los procedimientos⁷⁶. En similar sentido se indica por parte de HERVÉ Y BERMÚDEZ (2013) que: i) *“(...) la ausencia en el SEIA de una etapa de evaluación de alternativas de un proyecto de inversión, incluida la alternativa de no realizar el proyecto, puede constituir un impedimento para la realización de una consulta temprana que permita a los pueblos indígenas influir sustantivamente en la decisión.”* ii) al tener *“el SEIA como objetivo evaluar los impactos ambientales de un proyecto (...) puede resultar un mecanismo estrecho*

⁷⁶ SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo. (2016) “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT “en Revista de Derecho Ambiental • Año IV N° 6 (2016) pp. 92-118

para considerar los impactos sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y; “el alcance del SEIA, que solo exige la evaluación de ciertos proyectos de inversión, también puede significar un obstáculo para la adecuada implementación de la consulta indígena contemplada en el Convenio 169.”⁷⁷

Contrario a la anterior, para Núñez (2014), las tres hipótesis que reglamentariamente se ha asociado al concepto de afectación directa en Chile, remiten a alguna forma de significación en el impacto y, esta significación, no debe ser entendida como una restricción a la consulta, sino que debe interpretarse como una exigencia objetiva necesaria para mantener el concepto de “afectación directa” dentro de márgenes que impidan vaciar su contenido. *“Lo anterior es consecuencia natural de las exigencias de proporcionalidad que impiden dos posibles sentidos absurdos del Convenio 169: que todo deba consultarse o que nada deba consultarse. Para evitar el primer extremo (que todo se consulte), estos criterios de significación permiten discernir situaciones irrelevantes en términos de percepción o impacto de aquellas que tiene una entidad suficiente para que razonablemente puedan afectar a un grupo humano.”⁷⁸*

⁷⁷ HERVÉ, Dominique y BERMÚDEZ, Jorge. 2013. La Jurisprudencia Ambiental Reciente: Tendencia al Reconocimiento de Principios y Garantismo con los Pueblos Indígenas. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales

⁷⁸ NÚÑEZ, Manuel Antonio (2014) “La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial” en Anuario de Derecho público 2014, Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, pp. 317-338

Los extremos que indica Núñez (2014) podrían explicar la diferencia entre el número de consultas previas que se han realizado en Chile (aproximadamente 39) y el número de consultas previas que se han adelantado en Colombia (aproximadamente 4.500). En todo caso, esto sería una conclusión apresurada sin un análisis de contexto que compare presencia de comunidades indígenas en el territorio y número de proyectos ejecutados.

Lo que sí es cierto, es que, en Colombia, pese a que la Corte Colombiana ha sido muy precisa respecto al alcance del proceso de consulta fijando orientaciones que se encuentran en armonía con estándares internacionales y fórmulas sustentadas en el principio de proporcionalidad, sigue presentándose la necesidad, por parte de un sector de la sociedad, de regular el proceso de consulta y de limitar los asuntos que se consultan a través de dicho proceso⁷⁹. Este último escenario es difícil, si se considera el precedente jurisprudencial citado en el capítulo III de este documento, específicamente en lo relacionado respecto al concepto indeterminado de afectación y, el antecedente histórico respecto a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad realizada por la Corte Constitucional respecto del instrumento normativo que otrora regulaba este proceso.

⁷⁹ Ver la exposición de motivos del proyecto de Ley "Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones" presentado por la bancada del partido Cambio Radical en Colombia. <http://www.partidocambioradical.org/1886/>

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

Como se evidenció a través de lo expuesto en este documento, Colombia y Chile son países que, pese a compartir similares conflictos a nivel socioambiental, se encuentran en extremos respecto a las fórmulas aplicadas para la solución de estos.

A la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana y que han servido para resolver los problemas jurídicos que se desprenden de la implementación del proceso de consulta, las limitaciones legales respecto a la procedencia de la consulta y su consecuente interpretación por parte de la Corte Suprema de Chile nos llevan a concluir que en este último país los estándares fijados por el derecho internacional se encuentran lejos de cumplirse.

Por otro lado, la experiencia de Colombia es reveladora si se considera que pese a contar con unas reglas robustas de orden constitucional, este país se encuentra lejos de resolver materialmente los conflictos que se generan en el territorio por la implementación de este derecho.

Las controversias generadas por la implementación del derecho parecieran no tener un punto de salida y esto es entendible, si se considera que en el fondo de este debate lo que se discute son dos posturas difíciles de armonizar, la postura que considera la consulta como una facultad de las comunidades de tomar decisiones sobre todos los asuntos que le afectan y que en últimas encuentran

sustento en el derecho de autodeterminación y, la postura respecto a la legitimidad del Estado respecto a establecer limitaciones a los derechos por razones de interés público y general.

Pareciera que el principio de proporcionalidad fijado por la Corte Constitucional puede ser un criterio razonable en escenarios donde no existan consensos, no obstante, su aplicación per se, siempre va a generar un grado sacrificio de los intereses en tensión.

BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN, José, Mesa-Lopehandia, Matías y Yañez, Nancy. “Los pueblos indígenas y el derecho”, Derecho en Democracia, Observatorio Ciudadano (Ediciones LOM, 2013.): pp.337-433. Recuperado de: <https://observatorio.cl/1304-2/>

CARRASCO, Edesio. (2013). Razonabilidad y proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio 169 de la OIT.” En Revista chilena de derecho. pp. 301-316. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000100011>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L).

GALDÁMEZ, Liliana. (2013) “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles N°s. 2387-12 y 2388-12 CPT, acumulados” en Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, 2013, pp. 621 - 632. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art18.pdf>

GUERRA, Felipe (2017) “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile” en Revista Justicia Ambiental. Nº 9 pp. Recuperado de: <https://observatorio.cl/2768-2/>

HERVÉ, Dominique y BERMÚDEZ, Jorge. (2013) “La Jurisprudencia Ambiental Reciente: Tendencia al Reconocimiento de Principios y Garantismo con los Pueblos Indígenas”. En Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales. Recuperado de: http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/010_Bermudez_herve.pdf

MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. (2018) “Los derechos de los pueblos indígenas como derecho a pertenecer a la naturaleza y el reconocimiento constitucional en Chile” En “Una perspectiva constitucional del medio ambiente” pp. 39-60

NÚÑEZ, Manuel Antonio (2014) “La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial” en Anuario de Derecho público 2014, Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, pp. 317-338

PATIÑO P. Luz Angela. (2014) “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas” Acti - Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 7, pp. 69-111. P. 71.

Recuperado de:

<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/acdi7.2014.03>

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. (2014) “De la consulta previa al consentimiento previo e informado a pueblos indígenas en Colombia” Recuperado de:

<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8716/24867399-2014.pdf?sequence=1%20>

SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo. (2016) “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT” en Revista de Derecho Ambiental • Año IV N° 6

Recuperado de:

<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43317/45303>

VALLEJO TRUJILLO, FLORELIA. (2016). “El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana en estudios constitucionales”, pp. 143-182. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200005>

Instrumentos internacionales consultados:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.
- Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Marco legal consultado (Colombia):

- Constitución Política de Colombia
- Ley 99 de 1993: “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1437 de 2011: “Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”
- Decreto 2041 de 2014: “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.
- Decreto N°1320 de 1998 “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”
- Proyecto de Ley "Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones" presentado por la bancada del partido Cambio Radical en Colombia. Recuperado de: <http://www.partidocambioradical.org/1886/>

Marco Legal consultado (Chile):

- Constitución Política de la República de Chile.

- Ley 19.300: “Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.”
- Decreto Supremo 40 de 2012: Reglamento del SEIA

Fallos Jurisprudenciales Consultados:

- Corte idh, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, Ecuador, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245.
- Tribunal Constitucional. Rol. N° 2387 de 2012.
- Corte Suprema. Causa Rol N° 1525 - 2010. “Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía”
- Corte Suprema. Causa Rol N° 4078-2010: “Javier Nahuelpan y Otros contra Corema Región de Los Ríos”.
- Corte Suprema. Causa Rol N° 9889-2010. “Fernando Meza Moncada y Otros Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Del Biobío”.
- Corte Suprema. Causa Rol. 10.090-2011. “Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique Contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región De Los Lagos”.
- Corte Suprema. Causa Rol N° 1602-2012. “Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía”

- Corte Suprema. Causa Rol N° 6427-2014. “Comunidad Indígena Mariano Millahual y Otras Contra Comisión Evaluadora Ambiental Región de La Araucanía”.
- Corte Suprema. Causa Rol. 12.450-2014. “Comunidad Inalafken y Otros con Servicio Evaluación Ambiental Los Ríos”.
- Corte Suprema. Causa Rol N° 17599-2014. “Comunidad Indígena Ñielay Mapu contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos”.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Causa N° 17128/2016 (De recursos civil). Resolución N° 241352 de 27 de agosto de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia SU 383 de 2003
- Corte Constitucional de Colombia T-376 de 2012 Corte Constitucional
- Corte Constitucional de Colombia. Auto 73 de 2014
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-123 de 2018.