

El caso del Lof Palguin ante la Corte Suprema: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas

Por Matías Meza-Lopehandía G.*

Hace ya casi un año que entró en plena vigencia el Convenio 169 de la OIT. Se trata de un tratado internacional de derechos humanos que reconoce por primera vez a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, que aspiran a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico y a fortalecer sus identidades, lengua y espiritualidad, dentro del marco de los Estados en que viven¹. A partir de estas ideas, el Convenio establece como mecanismo fundamental para resguardar los derechos que reconoce, la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen y la obligación estatal de consulta previa, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente².

Desde bastante tiempo antes de su ratificación, el alcance de las normas del Convenio ha sido objeto de discusión. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos oportunidades sobre su constitucionalidad (sentencias N° 309-2000 y N° 1050-2008), ocasiones en las que ha ratificado el carácter auto-ejecutable de las citadas normas relativas a participación y consulta³. En palabras del TC, éstas “*tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno*”⁴.

En este contexto, la Corte de Apelaciones de Temuco conoció un recurso de protección en que el *longko* del *lof mapuche* de Palguin solicitó el amparo de los derechos constitucionales de las comunidades mapuche de Palguin Bajo y Antonio Huenuñanco y de sus integrantes, amenazados por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que autorizó la instalación de una piscicultura

* Abogado. Miembro del Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano.

1 Ver su Preámbulo, párr. 5°.

2 Artículos 7° y 6°, respectivamente, del Convenio 169 de la OIT.

3 El Tribunal Constitucional sostuvo que: “*La simple lectura de este precepto [del artículo 7.1] es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar”... “Esta norma [la del artículo 6.1], a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa*”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Causa Rol N° 309-2000, considerandos 6° y 7°)

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia Rol N° 309, considerando 48°.

salmonícola a 720_{mts} río arriba del emplazamiento de aquellas⁵. Esta RCA fue emitida basándose en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) presentada por la empresa solicitante y se decretó con posterioridad a la entrada en plena vigencia del Convenio 169 de la OIT, sin verificarse la consulta previa a los pueblos indígenas ante la adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente exigida por este tratado internacional.

La Ilustrísima Corte estableció que el centro de la disputa era si debía o no llevarse a cabo el trámite de consulta previa establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 7.1 del Convenio 169 en relación al artículo 34° de la Ley de Desarrollo Indígena⁶. Al respecto, recordó que conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional “*existe un **imperativo** para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean -en este caso- medidas **administrativas** susceptibles de **afectarles directamente***”⁷. Con todo, resultaba necesario despejar qué debe entenderse por medida administrativa y cuándo ésta es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

Para despejar estas incógnitas, la Corte se pronunció sobre el alcance del DS N° 124 de MIDEPLAN que la recurrida pretendía hacer valer, por cuanto el concepto de medida administrativa que este reglamento propone excluye las resoluciones relativas a proyectos de inversión⁸. En este punto, la sentencia fue enfática al señalar “[q]ue en esta perspectiva se debe afirmar con precisión que el Decreto N° 124 de 4 de septiembre de 2009, de MIDEPLAN, reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 y **no el Convenio 169** en las normas aludidas- ya que estas normas son autoejecutables”⁹. Así mismo, considerando que estamos ante un tratado internacional que consagra derechos fundamentales, aplicó el principio *pro homine* para establecer que “**el concepto de medidas administrativa debe ser**

5 El *lof* es el territorio que comparten diversas familias *mapuche* vinculadas por un ancestro común y que reconocen la autoridad de un *longko*.

6 CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, *Caso Lof Palguin con COREMA de la Araucanía*, Rol N° 1705-2009, considerando 3°.

7 *Ídem*, considerando 6°. El **destacado** es original.

8 El artículo 14° inciso tercero de dicho reglamento define la medida administrativa como “*las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados*”. Por su parte, el artículo 5° del mismo excluye expresamente a los proyectos de inversión. Señala al respecto: “*Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley No 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además, aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial.*” El **destacado** es nuestro siempre, salvo que se indique lo contrario.

9 *Caso Lof Palguin...*, considerando 7°. El **destacado** es original.

*interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos es la que proviene de la administración del Gobierno)*¹⁰. Concluyó la Corte que resulta evidente que la RCA impugnada constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente al recurrente, por lo que se dan los presupuestos para hacer exigible la obligación de consulta previa llevada a cabo “*de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas*”¹¹, establecida en el Convenio 169 de la OIT. Al no hacerlo, la autoridad ambiental incurrió en una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, desde que la consulta es concebida como una forma de discriminación positiva establecida en favor de los pueblos indígenas¹². Así mismo, se declaró vulnerado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que siendo una posibilidad cierta la realización del proyecto descrito en el DIA “*sin haberse hecho la consulta, la garantía ha sido vulnerada*”¹³.

La sentencia comentada tuvo el mérito de aclarar razonadamente las cuestiones que se plantearon en el recurso y para ello tuvo a la vista el especial estatuto que la Constitución de la República otorga a las normas sobre derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile¹⁴. Éstas -conforme a su artículo 5° inciso segundo- actúan como un límite al ejercicio de la soberanía estatal¹⁵, al tiempo que establecen un deber positivo de promoción de aquellas¹⁶. Del mismo modo, aplicó su artículo 54° N° 1 inciso quinto, que prohíbe derogar, modificar o suspender las normas de un tratado internacional si no es conforme a las normas del derecho internacional de tratados, y evitó hacer incurrir al Estado de Chile en responsabilidad internacional por invocar disposiciones internas para sustraerse de sus obligaciones internacionales¹⁷.

10 *Ídem*, considerando 8°.

11 *Ídem*, considerando 10°.

12 *Ídem*, considerando 13°.

13 *Ídem*.

14 *Ídem*, considerando 8° y 10°.

15 Así lo ha confirmado el máximo tribunal de la República “*Esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son 'superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide que sean desconocidos'*”. Revista Fallos del Mes N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, 2002, en Ius et Praxis, año 6 N° 2, pág. 265.

16 “*La Palabra Promover que es siempre -sin descanso- una actitud positiva (nunca omisiva, negativa, ni desidiosa), es de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento, que los intérpretes y juristas deben en primera línea considerar al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos*” (CORTE SUPREMA, *Caso Machi Linconao con Sociedad Palermo Ltda.*, Rol N° 7287-2009, confirmando sentencia de primera instancia CORTE DE APELACIONE DE TEMUCO, Rol N° 1773-2008, considerando 3°.

17 Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

Paradójicamente, la Corte Suprema -al conocer del recurso de apelación interpuesto por la COREMA de la Araucanía-, se abstuvo de argumentar en base a las normas auto-ejecutables del Convenio, y fundó su resolución en las normas del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) establecidas por la Ley 19.300 de 1994 (LBMA). De esta manera, soslayó resolver directamente la problemática de la especificidad de la obligación estatal de consulta previa establecida en el Convenio 169, su autoejecutabilidad y la cuestión de la aplicabilidad del DS N° 124 para regularla, todas cuestiones debidamente abordadas y resueltas expresamente en la sentencia de primera instancia.

El máximo Tribunal esgrimió que -conforme a la normativa ambiental vigente- la participación ciudadana solo sería obligatoria en los procesos de calificación de Estudios de Impacto Ambiental (EIA)¹⁸, los que corresponderían únicamente cuando el proyecto presente alguna de las características establecidas en el artículo 11 de la misma¹⁹. Esto es correcto en general, pero no lo es en los casos en que estén involucrados los derechos de pueblos indígenas, pues ellos tienen derecho a participar y a ser consultados frente a medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, conforme lo establecen las normas auto-ejecutables contenidas en los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT. Lo grave es que la Corte no solo excluyó la aplicación de estas normas vigentes y vinculantes para el Estado de Chile, sino que se abstuvo de fundamentar dicha omisión.

Ahora bien, pasando por alto la falta de pronunciamiento respecto de la aplicabilidad de las normas del Convenio, cabría esperar que la Excelentísima Corte revisara exhaustivamente los presupuestos del citado artículo 11° de la LBMA. Sin embargo, se limitó a constatar que siendo que el proyecto no provoca “*reasantamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”²⁰ conforme a la letra c) del mismo artículo, la autoridad ambiental habría actuado conforme a derecho al no exigir la elaboración de un EIA, específicamente por no producirse “*algún grado de afectación directa a las comunidades*”²¹. Cabe señalar que el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, ha señalado que la consulta previa es necesaria ante cualquier “*decisión del Estado [que] pueda afectar a los*

18 CORTE SUPREMA, *Caso Lof Palguin con COREMA de la Araucanía*, Rol N° 1525-2010, considerando 11°.

19 *Ídem*, considerando 5°.

20 *Ídem*, considerando 6°.

21 *Ídem*, considerando 13°.

pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”²², lo que incluye por cierto los proyecto de inversión “*que pueda[n] afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena*”²³. En el mismo sentido apunta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴ y los órganos de interpretación de tratados de la OIT. Estos últimos han señalado que “[l]a consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el artículo 7 del Convenio”²⁵. De esta manera, la Corte Suprema vulneró las normas constitucionales e internacionales arriba citadas al establecer indirectamente un concepto restrictivo de afectación directa, limitando de este modo el alcance del Convenio 169 en materia de participación y consulta.

Por otra parte, si la Corte hubiese hecho un examen más acabado de la normativa interna, se hubiese percatado que la letra d) del artículo 11° de la LBMA, define como criterio de afectación la “[l]ocalización **próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar**”. Así mismo, el Reglamento de la Ley 19.300 establece que para evaluar si el proyecto efectivamente se encuentra próximo a población protegida susceptibles de ser afectadas debe considerarse “**la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales**”²⁶. Como puede apreciarse, la norma exige que se de alguna de las **circunstancias disyuntivas** que enumera: magnitud, duración **o emplazamiento**. En nuestro caso, el proyecto se emplaza a 720_{mts} río arriba de las comunidades afectadas, población evidentemente protegida por leyes especiales²⁷. A este respecto, cabe recordar que la propia Corte Suprema dejó sin efecto una RCA que autorizaba la instalación de una Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de Villarrica por haber sido ésta otorgada mediante DIA en circunstancias que se emplazaba en las cercanías de una comunidad indígena (2000_{mts}), lo que la obligaba a ser evaluada conforme a un EIA. Es más, el máximo tribunal declaró que resultaba irrelevante que CONADI no hubiese solicitado dicho EIA ante la evidencia de la

22 RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

23 INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, JAMES ANAYA, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr. 56.

24 Ver *Caso Saramaka vs. Surinam (2007)*, considerando 129.

25 OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2009)*, p. 737

26 Artículo 9° letra a) Reglamento SEIA, DS 95/2001.

27 Ver Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253.

proximidad de las comunidades²⁸. O sea, siguiendo el razonamiento de la Corte, ésta debió haber establecido que el proyecto tenía que ingresar al SEIA mediante EIA y no simplemente una DIA, en función de la norma del artículo 11 letra d) y, por lo tanto, **procedía la aplicación de las normas de participación ciudadana, sin perjuicio que éstas, como veremos, deben ser enriquecidas a la luz de las disposiciones del Convenio 169.**

Aquí entramos en el segundo punto relevante que se discutía en el caso en análisis: siendo procedente la consulta, ¿cómo debe verificarse? Conforme se señala en la sentencia, el EIA establecería un mecanismo “*cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación*”²⁹. Esta afirmación parece homologar la participación ciudadana del SEIA con la obligación estatal de consulta establecida en el Convenio 169. Sin embargo, aquella se limita a permitir el ingreso de observaciones al proyecto dentro de los 60 días siguientes a la publicación exigida, las cuales deben ser ponderadas por la autoridad en su resolución final y notificadas a quienes las hubieren presentado³⁰. Esto está lejos de alcanzar el estándar de la obligación estatal de consulta establecida en el Convenio 169, la cual debe ser previa, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las medidas propuestas³¹. Cabe recordar que el propio Tribunal Constitucional ha hecho notar que dicha consulta tiene una “*diferencia esencial*” respecto de otros mecanismos de participación existentes en el ordenamiento jurídico chileno³². En este sentido, el Relator Anaya ha señalado que resulta indispensable que la consulta sea anterior a la adopción de la medida consultada, concibiéndose como un “*verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas*”³³. Como se puede apreciar, no hay en la participación ciudadana del SEIA mecanismos de ida y vuelta que permitan este diálogo, por lo que difícilmente puede calificarse como “*plena*

28 CORTE SUPREMA, *Caso Comunidad Mapuche Pedro Ancalef (Putue) con Aguas Araucanía SA*, Rol 5808-2005, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1029-2005.

29 *Ídem*, considerando 11°.

30 Artículo 53 Reglamento SEIA, DS 95/2001.

31 Artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT.

32 El Tribunal Constitucional señaló que la consulta “*tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.'*” (Fallo N° 309-2000, considerando 8°).

33 INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr. 23.

participación” a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

Con todo, el Tribunal concluye que *“tampoco es posible constatar una afectación a las comunidades indígenas que se mencionan en el recurso ni, consecuentemente, se ha acreditado la transgresión de los derechos cuya tutela se solicita”*³⁴. Sin embargo, la obligación de consulta previa surge justamente frente a decisiones administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas. La voz *“susceptibles”* sugiere que de lo que estamos hablando es de una eventualidad, la cual debe ser debidamente ponderada. De hecho, su objetivo es **visibilizar impactos en un marco de interculturalidad**, en función de la estrecha relación que vincula a los pueblos indígenas con sus territorios. El máximo tribunal aplicó un concepto estrecho de medio ambiente, contaminación y tierra indígena, cuando justamente de lo que se trata es de enriquecerlos con la perspectiva indígena, para evitar así que una decisión estatal los afecte de modos que nos son percibidos desde la sociedad predominante. Mientras no se verifique el proceso de consulta previa, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estará amenazado para las comunidades afectadas, y posiblemente también conculcado. Así mismo, la propia Corte Suprema vulneró la garantía de igualdad ante la ley, al omitir la aplicación de normas vigentes, como las del Convenio 169 y las de la Ley 19.300.

En definitiva, la sentencia comentada ha omitido aplicar normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico sin aparente justificación. Esto constituye por sí mismo una vulneración del derecho internacional y de la propia Constitución. Así mismo, en forma indirecta ha pretendido limitar el alcance de derechos fundamentales, lo que trasgrede el límite impuesto al ejercicio de la soberanía en nuestro sistema normativo, a la vez que violenta la norma internacional que proscribe a los Estados de sustraerse de sus obligaciones internacionales invocando leyes internas.

Las deficiencias de este pronunciamiento hacen que el alcance de la obligación de consulta previa establecida en el Convenio 169 siga siendo incierto, lo cual evidentemente repercute en el mundo empresarial, que aún no tiene certeza sobre el marco jurídico al que debe atener sus proyectos de inversión. De la misma manera, estamos retrasando la posibilidad de enmendar el rumbo en nuestra relación con los pueblos indígenas para avanzar hacia una sociedad respetuosa de su diversidad

³⁴ *Caso Lof Palguin*, considerando 12°.

cultural. Es de esperar que en el futuro, la jurisprudencia se decida por seguir el camino trazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, orientado por el desarrollo contemporáneo del derecho internacional de los derechos humanos.