

Santiago, treinta y uno enero de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que don Iván Reyes Alcamán, técnico agrícola, en representación de la Comunidad Indígena Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual, sector Catripulli, comuna de Freire; don Eric Jansson Catrin Lemuñir, agricultor, en representación de la Comunidad Indígena José Catrín, sector Millelche, comuna de Freire; don Mario Lemuñir Huinca, agricultor, en representación de la Comunidad Indígena Francisco Lemuñir, sector Rucahue, comuna de Freire; don Carlos Painen Loncon, agricultor, en representación de la Comunidad Indígena Antonio Cotaro, sector Millelche, comuna de Freire; don Leonel Modesto Catriñir Coliñir, agricultor, en representación de la Comunidad Indígena José Aillañir, sector Pelal, comuna de Freire y don Luis Eduardo Antimán Huenchuñir, agricultor, en representación de la Comunidad Indígena Juan Antonio Antimán, sector Rinconada de Millelche, comuna de Freire, interponen recurso de protección en contra del Ministerio de Obras Públicas, representado por su Ministro, don Hernán de Solminihac Tampier (en adelante MOP, por el acto ilegal y arbitrario en cuya virtud adjudicó el contrato de concesión del “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” a una empresa constructora, vulnerando las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N°s 2 y 6 de la Constitución Política de la República.

Relatan que el proyecto del nuevo aeropuerto se emplaza en la Región de la Araucanía, Provincia de Cautín, Comuna de Freire, en territorios utilizados tradicionalmente y reivindicados por comunidades mapuches del sector, que tienen una superficie de 460 hectárea, a una distancia aproximada de 14 km al sur de la ciudad de Temuco y a unos 2 km al

ponente de la plaza de peaje de Quepe, sobre la ruta 5. Indican que el nuevo aeropuerto reemplazaría al actual aeródromo Maquehue.

Explican que el “Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” fue aprobado por la Resolución Exenta N° 2406, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, de 05 de octubre de 2007, que a su vez estableció algunas medidas paliativas respecto del nivel de ruido que generaría la construcción del nuevo aeropuerto.

Exponen que estando pendiente el proceso de licitación del proyecto, entró en vigencia el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, que establece la obligación para el Estado de Chile de consultar las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

Agregan que el 12 de febrero de 2010, el MOP dictó el Decreto N° 121, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril del mismo año que adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública denominada “ Nuevo Aeropuerto de la Región de La Araucanía” a la empresa constructora “Belfi S.A.”, omitiendo la obligación de Consulta que establece el citado Convenio N° 169.

Luego explican las razones que fundamentan la acción de amparo constitucional: a) el proyecto se emplaza sobre un territorio ancestral denominado KIÑEL MAPU PULALKO, que son tierras que tradicionalmente han sido utilizadas por las comunidades indígenas y se encuentran en proceso de reivindicación mediante su compra, así las comunidades Francisco Lemuñir, Caciques Federico Aclaman y Juan Huenchul que solicitan reivindicación sobre el fundo Hiliquilco; b) la presencia en el área de influencia del anteproyecto de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena; y c) la omisión del deber del Estado de consultar a las comunidades indígenas.

Seguidamente el recurso analiza la resolución impugnada y la describe como un acto administrativo de carácter terminal, toda vez que se pronuncia sobre la adjudicación de la concesión de una obra pública; estiman que si bien goza de la presunción de legalidad, de acuerdo al artículo 3º inciso octavo de la Ley Nº 19.880, es igualmente susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional.

Hace presente, que el acto de la Administración es ilegal y arbitrario. La ilegalidad la hace consistir en la infracción al deber de consulta que establece el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008 y vigente 12 meses después; colige que al haberse incorporado al ordenamiento jurídico interno, es de carácter obligatorio para todos los órganos del Estado. Citan la Convención de Viena en cuya virtud los Estados deben abstenerse de los actos que frustren el objeto y el fin de un tratado, antes de su entrada en vigencia; precisa que el Convenio tiene la calidad de Tratado de Derechos Humanos sobre discriminación, de rango constitucional, acorde lo dispone el artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental; añade que el principio de legalidad, contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, obligan al Estado 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” toda vez que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo...dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”; refiere que “las consultas ...deberán efectuarse de buena fe...con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento” , tal como establece el artículo 6 Nº 1 letra a) y Nº 2 y 7 Nº 1 del referido

Convenio; añade que el Tribunal Constitucional declaró que tales normas tenían el carácter de auto ejecutables, razón por la cual el procedimiento de consulta regulado en el tantas veces citado Convenio no puede ser sustituido por otro mecanismo.

Señalan que la arbitrariedad radica en la ausencia de razonabilidad o fundamentación, pues “existiendo el mandato legal para el Estado de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas susceptibles de afectarlos, el MOP no realizó la consulta a que estaba obligado”.

Concluye que las garantías constitucionales vulneradas son la igualdad ante la ley; pues el Estado debe discriminar en forma positiva para lograr la igualdad social, lo que no hizo, esto es, debió, para amparar al pueblo mapuche, realizar las acciones que tuvieran por finalidad amparar los derechos de las comunidades indígenas; en el mismo sentido el artículo 1º inciso 2 de la Ley Indígena, que establece el deber del Estado de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

De igual forma, estiman que se vulneró la libertad de conciencia, esto es la manifestación de las creencias y el ejercicio de los cultos, puesto que en la zona en que se proyecta el nuevo aeropuerto se encuentran 6 guilltuwe o espacios para realizar ceremoniales y liturgias de carácter sagrado y una gran cantidad de eltun o cementerios indígenas.

Solicitan, en definitiva, que se acoja el recurso, y se deje sin efecto el Decreto N° 121 del MOP que adjudicó la concesión para ejecutar el nuevo aeropuerto de la Región de la Araucanía y se ordene al Estado de Chile

materializar su deber de consultar a los pueblos indígenas, según dispone el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.

2º) Que, informando, don Hernán de Solminihac Tampier, Ministro de Obras Públicas, expone primeramente, que el Convenio N° 169 de la OIT no se aplica al contrato de concesión “ Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, por cuanto a la época en que tuvo lugar la adjudicación de la concesión de la obra del nuevo aeropuerto, el Convenio no estaba vigente, lo que sólo aconteció en septiembre de 2009, esto es más de tres años después del inicio del proceso de licitación.

Luego explica la similitud entre el mecanismo de la Consulta y el que tuvo lugar durante el proceso de evaluación ambiental del Anteproyecto del Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía, señalando que desde que éste ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, hecho que tuvo lugar el 06 de enero de 2006, se realizaron variados mecanismo de participación ciudadana, los que describe latamente, y que se consignan bajo el título “Antecedentes en relación con la implementación de mecanismos de Participación ciudadana”, que se contienen en la Resolución Exenta N° 2406, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Relata que en este proceso participaron integrantes de las comunidades indígenas del área de influencia indirecta, incluidos los recurrentes de autos. En estas condiciones, aún cuando no procedía aplicar el mecanismo de la Consulta contemplado en el artículo 6º del Convenio N° 169, igualmente se verificó una intensa participación ciudadana, motivo por el cual sostiene que el Estado dio cumplimiento al objetivo que persigue la tantas veces citada Consulta. Añade que de otro lado, la Consulta regulada en el artículo 6º del Convenio, al no tener el carácter vinculante, sólo resulta ser una especie de negociación obligatoria; en otros términos, refleja una forma de participación

y de recabar información. Tales argumentaciones permiten inferir que el Estado dio cumplimiento al proceso de participación ciudadana previsto en la Ley N° 19.300, cuya regulación implica otorgar a las comunidades indígenas instancias plenas de participación, y consecuentemente, observó los mecanismos de participación establecidos en la Consulta, prevista en el Convenio N° 169, tal como ha sostenido la Excma. Corte Suprema.

Describe seguidamente las medidas de mitigación, prevención de riesgos y planes de seguimiento ambiental que contempla el contrato de concesión, las que en algunos casos corresponden a aquellas solicitadas por los propios recurrentes al deducir los recursos de reclamación en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 252. Considera que tales medidas resultan suficientes y oportunas para proteger cada uno de sus componentes involucrados (así suelo, recursos hídricos, aire, paisaje, ruido, flora, fauna, arqueología, aspectos socioculturales y vialidad).

Luego explica que en el área de expropiación o de influencia directa no existen comunidades indígenas, y en cuanto al área de influencia indirecta, el más cercano gillatué está ubicado a 4 kilómetros de la pista. Es así como no existen comunidades afectadas, luego no existen impactos para este componente ambiental. Informa, a este respecto, que la Corte de Apelaciones de Temuco conociendo del recurso de protección rol N° 2134-2006, deducido por la comunidad indígena Juan Antonio Antimán, basado en los mismo argumentos expuestos en el recurso de autos señaló: “que las comunidades indígenas recurrentes se encuentran en el área de influencia indirecta del futuro aeropuerto y no dentro del área de influencia directa”.

Informa que el proyecto no comprende sitios ceremoniales y de significación cultural, lo que acreditó mediante presentación del Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales, quien después de realizar

una inspección personal a la zona, informó el 4 de junio de 2009, mediante Ordinario 2678, que las actividades realizadas en esa oportunidad no permitieron el avistamiento o hallazgo en la superficie de elementos obvios que permitan dar cuenta de un sitio mortuorio de características históricas en el lugar indicado, y agrega que en el caso que existieran vestigios arqueológicos corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales, que obliga a la persona natural o jurídica a denunciar el hecho ante el Gobernador Provincial.

Respecto a los documentos denominados “Construcción del territorio ancestral Kiñel Mapu Pulaiko y del Catastro de sitios de significación cultural de territorio Millelche”, explica que carece de información técnica y legal que le permita dimensionar lo relativo al bien patrimonial como de los antecedentes legales, motivo por el que estima necesario profundizar con el Departamento de Historia del Ejército de Chile los sucesos trágicos señalados, efectuando una revisión de las bitácoras de campo de las campañas militares y reforzar los relatos orales. Concluye que ha quedado acreditado que no existen antecedentes o indicios, diferentes al testimonio oral de los propios dirigentes, que permitan sostener que dentro del área de concesión del nuevo aeropuerto se encuentre ubicado un cementerio indígena, como lo afirma la arqueóloga señora Navarro. En todo caso, sobre la preservación de sitios arqueológicos, el contrato de concesión contempla medidas para el cumplimiento de la Ley de Monumentos Nacionales.-

Indica que las observaciones formuladas por los recurrentes fueron materia de fiscalización de la Contraloría General de la República, quien no efectuó reparo alguno respecto a dichas observaciones.

Finaliza y concluye que el MOP adjudicó el contrato de concesión del nuevo aeropuerto, sujetándose estrictamente a la normativa ambiental

vigente y, de otro lado, no existen antecedentes que permitan señalar que existió privación, perturbación o amenaza de las garantías constitucionales invocadas. Así, señala que las comunidades indígenas si bien son sujetos a quienes se aplica la discriminación positiva, se puede comprobar que la legislación que correspondía aplicar ha sido respetada. Respecto a la libertad de conciencia se puede advertir que en el área de influencia directa no existen terrenos de propiedad mapuche y en el área de influencia indirecta donde hay guillatues se contemplan medidas de mitigación durante estas ceremonias, lo que implica utilizar el cabezal sur durante los tres días que dura la ceremonia , para resguardar adecuada y oportunamente el ejercicio del culto de las comunidades indígenas en los sitios ceremoniales ubicados en el área de influencia indirecta.

Por lo anterior, solicita que se desestime el recurso de protección con expresa condenación en costas.-

3º) Que, a fojas 163, rola Ordinario N° 4240 del Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales, que consigna que no existen sitios de significación cultural mapuche o monumentos históricos en el área de influencia, bajo protección de la Ley 17.288, con la sola excepción de un sitio arqueológico ubicado dentro de la línea de la base arqueológica, el que deberá ser caracterizado y rescatado antes de empezar las obras del proyecto.

4º) Que, a fojas 250, rola Oficio N° 612/2010 en que el Director Nacional de Conadi consigna lo siguiente: a) respecto a las comunidades recurrentes que cuentan con la resolución de aplicabilidad del artículo 20 letra b) de la Ley N°19.254 , en cuya virtud la CONADI les reconoce la pérdida territorial, que les permite ingresar a una segunda etapa, denominada de compensación de compras de tierras a las comunidades

solicitantes: indica aquellas que se encuentran en esta primera etapa: así las comunidades Cacique Federico Alcaman y Juan Huenchual; la Comunidad Francisco Lemuñir; Comunidad Cacique José Catrin; Cacique Antonio Cotaro. Refiere, sin embargo, para que termine el proceso debe estarse a la voluntad del dueño del terreno, por lo cual no se puede inferir que la CONADI posea facultades expropiatorias respecto a estos terrenos; b) respecto de los sitios de significación cultural mapuche en el área de influencia del proyecto: el informe indica que efectuaron observaciones en la etapa del Estudio de Impacto Ambiental, respecto de 32 comunidades indígenas y consignaron su preocupación sobre los sitios de significación cultural existente, su visión sobre la participación de las comunidades en este proceso y la inclusión en el Fondo de Compensación del proyecto, las que fueron acogidas parcialmente por la CONAMA. Hace presente que acompañó un informe socio cultural que fija como criterio extensivo todos los sitios de significación cultural que existen en el área de influencia indirecta, existiendo 17 sitios de significación cultural, aumentando a 6 los sitios de gillatuwe reconocidos y vigentes en el sector, criterio que a la fecha no ha variado. Hace presente que la CONAMA acogió parcialmente la reclamación y sus conclusiones están contenidas en la Resolución Exenta N° 2406.

5º) Que, para una adecuada resolución del asunto que ha sido sometido al conocimiento de esta Corte, resulta conveniente consignar que la normativa en análisis del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas viene a concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible.

6º) Que tal cuerpo normativo establece que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población, y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; a su vez, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es decir, el objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

7º) Que, de otro lado, se puede inferir que el Convenio N° 169 no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas, como aparece de su artículo 34: "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.". Por otra lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la flexibilidad para implementar tales "consultas", al señalar que la finalidad del artículo 6, N° 2, del Convenio ,es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, y no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido, el precepto resulta plenamente compatible con

la participación democrática que contempla el artículo 1 ° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental.

Tales consideraciones permiten inferir que la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300 que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, tienen el derecho a imponerse del contenido del Estudio del Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido para ello, y que da cuenta el inciso primero del artículo 29 de la citada ley. Asimismo, contempla un mecanismo en cuya virtud las organizaciones ciudadanas y personas naturales cuyas observaciones no hubieran sido debidamente ponderadas, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación. En este orden de cosas, las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes. Así consta que el 17 de enero de 2006 se dio inicio al proceso de participación ciudadana; el 18 del mismo mes y año tiene lugar una reunión de carácter técnico con los concejales de la comuna ; el 19 de enero de 2006 se lleva a cabo una reunión con los integrantes de la comunidad Cacique Federico Alcamán y Juan Huenchual, dónde se acuerda realizar un ampliado; el 20 del mismo mes y año se realiza una reunión de discusión con la comunidad Fermín Manuilef; realización de reuniones

ampliadas con gran convocatoria y asistencia de miembros de la comunidad y de los organismos ambientales regionales y centrales; 23 de febrero de 2006 se realiza una reunión de discusión con la comunidad Freire Urbano; el 25 del mismo mes y año tiene lugar una reunión con la comunidad Dollinco; el 16 de marzo de 2006 se efectúa una reunión de capacitación técnica a las comunidades indígenas. El proceso finaliza el 25 de marzo de 2006, con el aporte de 360 observaciones de personas naturales y 11 de personas jurídicas.

8º) Que, en la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, según consta en la Resolución Exenta N° 252, de 15 de noviembre de 2006, modificada por la Resolución Exenta N° 2406, de 05 de octubre de 2007, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del mencionado proyecto.

9º) Que resulta indubitada la circunstancia que este procedimiento se llevó a efecto de acuerdo a las normas que establece la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, basado en el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, en virtud del cual, los servicios plantearon dentro de la esfera de sus competencias las observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto.

10º) Que una interpretación armónica del Convenio N° 169, de la Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente permite a esta Corte concluir que el Estado cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169, toda vez que el artículo 34 de la Ley N° 19.253,

establece que: "los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley."; y a su vez la Ley N° 19.300 establece que corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio en referencia.

11º) Que, en consecuencia, y acorde a los argumentos que se han venido expresando, no ha podido verificarse una privación, perturbación o amenaza ilegítima de las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas.

De conformidad, asimismo, con lo que dispone, el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se rechaza** el recurso de protección deducido a fojas 89.

Acordada con el voto en contra de la Abogado Integrante Claudia Chaimovich, quien fue de parecer de acoger la acción de amparo constitucional, ordenando la repetición del proceso de evaluación ambiental, porque, en su criterio, no obstante las formas, no se ejecutó el

proceso de consulta que previene el numeral 1 del artículo 6º del Convenio N° 169 de la OIT, según se pasa a señalar:

1) La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estado.

Una de las principales fuentes de la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas se encuentra recogida en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008. Según el artículo 6(1)(a) del Convenio, los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas susceptibles de afectarles directamente”. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo “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” (art. 6.2).

2) Que el Comité de Expertos de la OIT ha establecido que “las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”, reiterando en diversos informes que la “consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio número 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”

3) Que si bien el Convenio otorga a los Estado Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

4) Que las reuniones de mera información, como son aquellas consignadas por el recurrido, no se pueden considerar ajustadas al Convenio, particularmente a la vista del establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”. Del mismo modo, los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajusta necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”.

5) Que los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.

Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha apuntado la OIT, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca” es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas. Por su parte, el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta “los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones” . Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas”.

6) Que a la luz de estos criterios , podría señalarse que éstos dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.

7) Que los mecanismos de participación que se llevaron a cabo en este proceso no se corresponden con aquél contemplado en el artículo 6º del Convenio Número 169 de la OIT, motivo por el cual se estima que la decisión atacada no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular consulta requiere; tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar para los efectos de resolver”.

Devuélvase los anexos acompañados, en su oportunidad.

Regístrese y archívese.

Redacción de la Abogado integrante Claudia Chaimovich.

Nº Protección 1.794-2010.

Pronunciada por la Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Lamberto Cisternas Rocha e integrada por la Ministro señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogada Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik.