

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas

Autores

Sebastián
Donoso
Rodríguez

Manuel
Núñez
Poblete

Sebastián Donoso Rodríguez

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Social Policy and Planning in Developing Countries (London School of Economics). Profesor asociado de legislación indígena en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, investigador asociado del Centro de Políticas Públicas PUC y profesor en varias universidades. Fue Asesor Especial para Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2010-2011). Desde el 2013 es consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Manuel Núñez Poblete

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Doctor en Derecho (U. Santiago de Compostela) y Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Fue director de la Escuela de Derecho PUCV. Imparte los cursos de Derecho constitucional, Derecho internacional y Derecho público de los pueblos indígenas. Ha sido docente en varias universidades y en todos los programas de la Academia Judicial. Fue miembro del Consejo del Instituto Nacional de derechos humanos (2010-2016), y hoy forma parte de su Consejo Consultivo.

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 33
Santiago,
Chile 2021

ISBN N°
2022-A-1853

Autores

Resumen

El texto tiene por propósito ofrecer un panorama general del contenido y formas de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Para ello, y previa explicación del sentido de este instrumento como tratado derechos humanos, el texto se centra en la consulta y participación indígenas, en las regulaciones relativas a los derechos sobre la tierra y los territorios, en las características especiales de los litigios que tienen componente interétnico y, por último, es la normativa sectorial relativa algunas cuestiones importantes del convenio tales como el agua, la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural.

Palabras clave

Pueblos indígenas – Pueblos tribales – Convenio 169 OIT – Derechos colectivos – Derechos territoriales – Consulta previa – Normativa sectorial indígena – Litigios interculturales

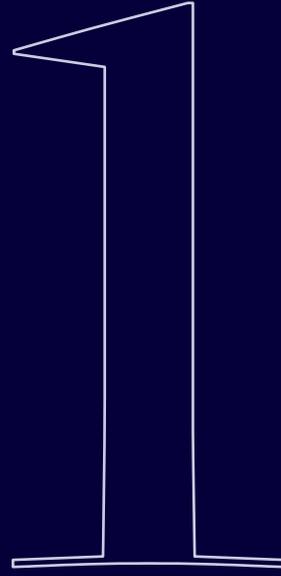
Índice de contenidos

1. El Convenio 169 como tratado de derechos humanos	8
1.1 El Convenio 169 en manos de los jueces: criterios generales de aplicación judicial de los tratados internacionales	9
1.1.1 La dimensión normativa y hermenéutica del Tratado	10
1.1.2 Como se interpreta el Convenio 169: criterios e insumos técnicos	12
1.1.3 La cláusula de flexibilidad	16
1.1.4 Otros instrumentos de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas	17
1.2 La historia de la ratificación: jurisprudencia del Tribunal Constitucional más desarrollo reglamentario y legislativo posterior	30
1.2.1 El fallo del Tribunal Constitucional de 2000	30
1.2.2 Desarrollo legislativo ulterior y aplicación directa	33
1.2.3 A quiénes protege el Convenio: quiénes forman parte de los pueblos indígenas y tribales. Pueblos indígenas rurales y urbanos	36
1.2.4 Dimensión individual	45
1.2.5 Pertenencia y autoidentificación	47
1.3 Qué protege el Convenio: derechos individuales y derechos colectivos, identidad cultural y autodeterminación	50
2. La consulta y las formas de participación en el Convenio	52
2.1. Introducción	53
2.2 Las disposiciones sobre participación y consulta como la 'piedra angular' del Convenio	54
2.3 La participación y consulta en relación con el derecho a la libre determinación	57
2.4 Mecanismos de participación y consulta en el Convenio	59
2.5 El derecho-deber de consulta indígena. Principios rectores o estándares	61
2.6 El derecho-deber de consulta indígena. Desarrollo e interpretación de sus principios rectores o estándares	64
2.7 Vinculabilidad de la consulta	70
2.8 Reglamentación interna de la consulta del artículo 6 del Convenio	73
2.8.1 Reglamentación temprana de la consulta del artículo 6: el Decreto Supremo N° 124 de 2009	74
2.8.2 Reglamentación doméstica actualmente vigente de la consulta del artículo 6	74
2.9 Consulta de medidas legislativas	82

2.10 El mecanismo de participación del artículo 7 del Convenio	91
2.11 El estándar de consentimiento en el Convenio. El artículo 16 y el traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan	94
2.12 La consulta en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales	100
2.12.1 Qué medidas se consultan	100
2.12.2 En qué casos de consulta (medidas susceptibles de causar afectación directa a pueblos indígenas)	105
2.12.3 Como se consulta	109
2.12.4 A quién se consulta	110
2.12.5 Qué consecuencias tiene la omisión de la consulta	112
2.12.6 Qué sucede si la comunidad no participa en un proceso de consulta o se retira de él	114
2.12.7 Jurisprudencia en sede de protección	117
2.13 La consulta en la jurisprudencia administrativa	120
3. Tierras, territorio y recursos naturales	122
3.1 Introducción	123
3.2 Las tierras en el Convenio: vinculación con el derecho a la libre determinación, 'importancia especial' y deberes para los gobiernos	124
3.2.1 Las tierras y el derecho a la libre determinación	125
3.2.2 'Importancia especial' de la relación de los pueblos indígenas con las tierras; introducción del concepto de territorio	125
3.2.3 Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos	127
3.3 El régimen de protección de las tierras indígenas. Los derechos que reconoce y deberes que establece el Convenio	129
3.3.1 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: aproximación al concepto 'tierras' en sentido amplio	131
3.3.2 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: alcance del concepto 'tierras'	133
3.3.3 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios	133
3.3.4 Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos	136
3.4 El régimen de los recursos naturales. Los derechos que reconoce el Convenio 169	138
3.4.1 El régimen de los recursos naturales y su vinculación con el concepto de territorio	138
3.4.2 El régimen de los recursos naturales. Artículo 15	141
3.5 Reglas especiales respecto al traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan. Artículo 16	143
3.6 Mecanismos de 'ampliación' de las tierras indígenas en el Convenio 169. Artículo 19	148

3.7	Protección ambiental de las tierras indígenas en el Convenio	150
3.8	Las tierras, territorio y recursos naturales en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales	154
3.8.1	Alcance del concepto de territorio	154
3.8.2	Estatus de las Áreas de Desarrollo Indígena en relación al concepto de territorio	157
3.8.3	Constitución de servidumbres mineras sobre tierras indígenas. Relación con las disposiciones del Convenio	160
4.	El componente indígena en los litigios judiciales	163
4.1	El Convenio 169 y la reinterpretación de los derechos fundamentales constitucionales en clave indígena: recursos de protección y amparo	174
4.1.1	El acceso a la justicia	175
4.1.2	La interpretación evolutiva y el enfoque intercultural	176
4.1.3	Las medidas de reparación: individuales y colectivas	178
4.2	Las normas especiales en materia civil: conflictos civiles, electorales y asociativos	181
4.3	Normativa en materia laboral y de seguridad social: las comunidades como empleadoras y los indígenas como trabajadores	184
4.4	El impacto del Convenio en materia penal: persecución penal e instituciones de justicia penal indígena	188
4.4.1	Persecución penal estatal de los miembros de comunidades indígenas	188
4.4.2	La comunidad sancionadora: el deber del juez de considerar las instituciones de justicia penal indígena	197
5.	La incardinación del Convenio en la normativa especial vigente en Chile	200
5.1	Ley N° 19.253	201
5.2	La Ley N° 20.249 sobre 'Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios' o ECMPO	204
5.2.1	La Ley N° 20.249 en síntesis	204
5.2.2	El ECMPO	204
5.2.3	A quiénes aplica	206
5.2.4	Normas de discriminación positiva en el artículo 10 de la Ley N° 20.249	206
5.2.5	Ley N° 20.249, Convenio y concepto de 'territorios'	207
5.2.6	Ley N° 20.249, ECMPO y Convenio en la jurisprudencia judicial	209
5.3	Los pueblos indígenas en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente	211
5.3.1	La evaluación ambiental	212
5.3.2	El sancionatorio ambiental	223
5.3.3	La tutela jurisdiccional en los procedimientos de evaluación ambiental: el acceso a la justicia de los pueblos indígenas	224
5.4	Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua y otras normas especiales sobre Rapa Nui	229

5.4.1	La Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua	231
5.4.2	Ley N° 21.070, que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua	234
5.5	Normativa sectorial sobre recursos naturales, con particular referencia a la que es aplicada por los jueces civiles (concesiones mineras, contencioso del Código de Aguas y contencioso especial del art. 56 de la Ley N° 19.253)	236
5.5.1	Código de Minería, concesiones mineras y pueblos indígenas	236
5.5.2	Las aguas y los pueblos indígenas en la normativa doméstica	244
5.6	Normativa sectorial sobre patrimonio cultural indígena	273
5.6.1	Normativa sectorial doméstica	274
5.6.2	El patrimonio cultural indígena en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios	276
5.7	Salud y educación	281
5.7.1	Salud y autodeterminación	281
5.7.2	Educación	285
	Bibliografía	289



El Convenio 169 como tratado de derechos humanos

1.1

El Convenio 169 en manos de los jueces: criterios generales de aplicación judicial de los tratados internacionales

El Convenio 169 de la OIT fue publicado en el Diario Oficial de 14 de octubre de 2008 mediante el Decreto Supremo N° 236 del 2 de octubre de 2008 y entró en vigor, conforme con el mismo Decreto, el 15 de septiembre del 2009. A contar de esta última fecha, se trata de un tratado internacional ratificado por Chile, que se encuentra vigente y que surte los efectos a que se refiere el artículo 5º de la Constitución.

El Convenio 169 de la OIT fue publicado en el Diario Oficial de 14 de octubre de 2008 mediante el Decreto Supremo N° 236 del 2 de octubre de 2008 y entró en vigor, conforme con el mismo Decreto, el 15 de septiembre del 2009. A contar de esta última fecha, se trata de un tratado internacional ratificado por Chile, que se encuentra vigente y que surte los efectos a que se refiere el artículo 5º de la Constitución.

¿Por qué la OIT?

Muchos abogados y jueces se preguntan por qué un Convenio de la OIT regula los derechos humanos de los pueblos indígenas. La razón es muy simple: la OIT venía preocupándose de las condiciones laborales de los indígenas desde los años 20 y 30, a poco andar de su fundación (1919). El Convenio 50 (1936) versa sobre el reclutamiento de los trabajadores indígenas, el 64 (1939) y el 86 (1947) tratan sobre sus contratos de trabajo, el 65 (1939) sobre sanciones penales por incumplimiento de tales contratos. Fue el 1957 cuando se aprobó el Convenio 107, que tuvo un carácter más general, como el 169, aunque inspirado en una filosofía completamente diversa.

El Decreto 236 de 2008 siguió a una larga tramitación parlamentaria que había comenzado el 8 de enero de 1991, cuando ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de Acuerdo presentado por el entonces Presidente, don Patricio Aylwin.

Como tratado internacional que es, al Convenio se aplican todas las normas de derecho público, doméstico e internacional, relativas a los instrumentos internacionales derechos humanos:

- a. Limita el ejercicio de la soberanía (art. 5º CPR).

- b. Sus disposiciones “solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (art. 54.1).
- c. Las normas del tratado obligan de buena fe al Estado, que no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de un tratado (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).
- d. Desde el punto de vista de las fuentes, el Convenio 169 se aplica teniendo en cuenta los otros tratados internacionales ratificados por Chile, frente a los cuales tendrá preferencia por tratarse de una norma especial.
- e. De mantenerse el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol N° 1.288 del 25 de agosto de 2009, sobre el proyecto de reforma a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (considerandos 41° y siguientes), sus preceptos podrían ser objeto de una declaración de inaplicabilidad si llegaran a producir, en cualquier gestión pendiente, un efecto contrario a la Constitución (art. 93.6 CPR). A la fecha en que se escribe este texto, el tribunal no ha aplicado esta doctrina (todo lo contrario, la ha desconocido), por lo que más interesante que la inaplicabilidad son los criterios que afirmó ese tribunal cuando declaró condicionalmente que el tratado no violaba la Constitución.¹

1.1.1 La dimensión normativa y hermenéutica del Tratado

Desde el punto de vista funcional, el Convenio 169 es norma *decisoria litis* y, salvo algunas disposiciones que requieren de desarrollo legislativo, es en gran medida una norma autoejecutable, esto es, no requiere de desarrollo legislativo ulterior y es directamente aplicable por los jueces. En esa misma línea, el Convenio 169 debe también ser tenido en cuenta como norma integrante del “bloque constitucional” de derechos que permite una interpretación sistemática del ordenamiento.

1 Véase sentencia rol N° 2789-2015 del 25 de marzo de 2015.

En este proceso de atribución de significado de las leyes, la magistratura debe buscar que los efectos asignados a la legislación doméstica no sean contrarios a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile. Como es bien sabido, los jueces tienen ciertas herramientas hermenéuticas para buscar la conformidad de la interpretación (la interpretación conforme con la Constitución y el control de convencionalidad) y dispositivos procesales para requerir, ante el Tribunal Constitucional, la inaplicabilidad de los preceptos legales cuando las herramientas hermenéuticas son insuficientes.



Huella genética: un ejemplo de interpretación conforme

Los abogados de la Defensoría Penal recurren de amparo a favor de un condenado que pertenece al pueblo mapuche, quien se resiste a la toma de muestras de ADN que manda la Ley N° 19.970 y piden que la medida de toma de muestras se deje sin efecto pues ella implica una pena humillante y degradante. La Corte de Concepción discurre señalando que la medida no es una pena, que no puede ser humillante ni degradante “para una persona someterse al cumplimiento de una medida administrativa que se ajusta a la ley, que no constituye sanción penal en los términos que establece el Código Penal y que los tribunales están obligados a disponer respecto de cualquier condenado que cometa los delitos que describe el artículo 17 antes citado, ya que bajo este simple pretexto se podría eludir e incumplir todo el ordenamiento jurídico del Estado, justificándolo en creencias religiosas, étnicas, políticas o de cualquier otro orden, lo que resulta inadmisibles”. Se añade que “por la misma razón, no puede considerarse que se vulneran los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ya que las mismas disposiciones si bien consagran el derecho de los “pueblos in-

tereados” a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales (igualdad ante la ley) definidos en el sistema jurídico nacional” (Corte de Concepción, Huenuche Reimán, 13 de diciembre de 2012, rol N° 150-2012).

En este caso, puede buscarse una interpretación y aplicación de la Ley N° 19.970 que, al tiempo de no tornar a este último instrumento en una ley vacía, sea compatible con el objeto y fin del Convenio. Ello sería buscando la forma de obtención de la muestra que fuera menos lesiva a los derechos del indígena.

1.1.2 Como se interpreta el Convenio

169: criterios e insumos técnicos

La primera cuestión que debe tenerse presente es que la interpretación del Convenio no se ciñe a las normas de interpretación del Código Civil. Se aplica, por el contrario, las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (CVDT). Por lo tanto, “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.²

-
- 2 Los artículos 31 y 32 de la CVDT establecen: “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.
32. Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

El Convenio, en su preámbulo, aporta insumos interesantes para identificar su objeto y fin:

“Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando 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”.

¿Qué elementos se pueden destacar del texto transcrito? Pues bien, el tratado busca terminar con el asimilacionismo que caracterizó a las normas anteriores (el Convenio 107 de 1957) y reconocer el derecho a tener y fortalecer la identidad de los pueblos. En otras

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.

palabras, el Convenio busca proteger la identidad que caracteriza a los grupos indígenas y que se expresa en instituciones, cultura, prácticas religiosas, derecho propio y usos del territorio. Lee Swepton, un testigo abonado del proceso de adopción del Convenio 169, explica que como “filosofía básica” el Convenio adoptó una actitud de respeto a las culturas y modos de vida de los pueblos indígenas y tribales, suponiendo el derecho de ellos a una existencia continua y a desarrollarse del modo en que ellos lo deseen.³ Si se siguen las autorizadas recomendaciones de la *International Law Commission* (que en esta parte no hace sino seguir la jurisprudencia internacional), el objeto y el fin puede ser rastreado en el preámbulo del tratado.⁴ En el caso del Convenio 169, el preámbulo de este instrumento ofrece algunos elementos que conviene transcribir pues representan de alguna forma, ciertamente abstracta y no exhaustiva, su propósito:

- Superar el *asimilacionismo* propio del Convenio 107;
- Reconocer “las aspiraciones” de los pueblos para “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”;
- Precaver la discriminación (no “gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población”).
- Reconocer las “leyes, valores, costumbres y perspectivas” que han sido erosionadas.

En el caso del Convenio 169 de la OIT existen insumos adicionales que aporta la propia OIT y que pueden encontrarse en el sitio web jurídico de la misma.

3 Swepton (1990); p. 342.

4 Tobin (2010); p. 18.

Existe, en primer lugar, una Guía de la OIT sobre el Convenio 169 del año 2009 (en adelante la *Guía del Convenio*)⁵ que sucede a un Manual que la misma organización había publicado el año 2003.⁶ Hay también una edición de un Manual del año 2013.⁷ La *Guía del Convenio* es un manual que contiene orientaciones y experiencias prácticas sobre la aplicación del mismo. En cuanto a la literatura general, en nuestro país, salvo alguna excepción, los estudios tienden a ser monografías particulares antes que estudios globales.⁸

Además, en el sitio dedicado a la búsqueda de los comentarios de los órganos de control se pueden consultar los comentarios emitidos por el Comité de Expertos para la aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante Comisión de Expertos o CEACR):

The screenshot shows the NORMLEX website interface. At the top, there is the ILO logo and the text 'Organización Internacional del Trabajo' and 'Promover el empleo, proteger a las personas'. Below this is a navigation menu with tabs: 'Acerca de la OIT', 'Temas', 'Regiones', 'Eventos y reuniones', 'Programas y proyectos', 'Publicaciones', 'Normas del trabajo', and 'Estadísticas y bases de datos'. The main content area is titled 'NORMLEX Information System on International Labour Standards'. Below the title, there is a search bar and the text 'Página de entrada NORMLEX > Control de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo > Buscar comentarios'. The main heading is 'Búsqueda de comentarios de los órganos de control'. There is a section 'Buscar Comentarios por:' with several dropdown menus: 'Todos los países', 'Todos los temas', 'Todos los años', and 'Todos los convenios'. There are also radio buttons for 'Comentarios pendientes de la CEACR', 'Comentarios de la CEACR' (which is selected), and 'Examen por la CAS'. Below these are more dropdowns for 'Todo tipo de Comentarios de la CEACR', 'Comentarios sobre todo', and 'Todo'. There is an 'Advanced Search' button. Below the search section is a 'y por:' section with radio buttons for 'Todas las palabras', 'Palabras clave', and 'Phrase'. There are 'Encontrar' and 'Reiniciar' buttons. At the bottom, there is a 'Véase también' section with links to 'Informes de la Comisión de Expertos (CEACR)' and 'Informes de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAS)'. On the left side, there is a sidebar with a list of instruments and documents, including 'Instrumentos', 'Documentos básicos', 'Ratificación de los convenios de la OIT', 'Control de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo', 'Control por país', 'Búsqueda de comentarios de los órganos de control', 'Procedimientos relativos a quejas', 'Casos sobre Libertad Sindical', 'Reclamaciones (Art. 24)', 'Comisión de encuesta (Art. 26)', 'Memorias regulares', 'Perfiles por país', 'Datos Comparativos', 'Convenio sobre el trabajo marítimo (2006)', and 'M.L.C. 2006'.

Sobre el Convenio hay tres observaciones generales adoptadas en 2018, 2010 y 2008 publicadas en la 98^a (2009), 100^a (2011) y 108^a (2019) reuniones. La primera (2009) de ellas es muy genérica, mientras que la segunda (2010) se refiere con algo de detalle al derecho de consulta previa y la tercera a identificación, participación y consulta (2019).

5 Organización Internacional del Trabajo (2009).

6 Organización Internacional del Trabajo (2003).

7 Organización Internacional del Trabajo (2013).

8 Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez (2013). Para la legislación nacional se recomienda el texto de Valenzuela y Oliva (2018), que ya cuenta con dos ediciones.

CEACR Observaciones Generales sobre el Convenio 169		
2009	2011	2019
Consulta previa Derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo	Consulta previa	Identificación y conciencia de identidad indígena Derecho de participación efectiva Consulta previa Tierras Condiciones de empleo Educación Salud Desarrollo incluyente y sostenible

Quien esté habituado a consultar las observaciones o comentarios generales de los órganos de tratados, posiblemente advertirá que el lenguaje de los comentarios es bien general y que la extensión es relativamente breve. Como sea, hay allí un insumo importante a tener presente por los operadores del Convenio.

1.1.3 La cláusula de flexibilidad

Con relación a las medidas que los estados adopten para cumplir con las disposiciones del Convenio 169, el mismo instrumento señala en su artículo 34:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

Esta cláusula de flexibilidad no es original del Convenio 169, pues ya estaba incluida en el artículo 28 del Convenio 107:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad para tener en cuenta las condiciones propias de cada país”.

El propósito original de esta norma -que fue propuesta en el seno de la Conferencia internacional y contó con el amplio respaldo de los participantes- perseguía ajustar las normas especiales a las normas

generales existentes en cada país.⁹ Más específicamente, la norma en cuestión respondía a la naturaleza de las medidas especiales que los gobiernos podrían disponer para la protección de las instituciones, propiedad y el trabajo de las poblaciones indígenas no integradas mientras su condición de inferioridad “económica, cultural y social” les impidiese beneficiarse de la legislación general.¹⁰ La pregunta, que respondieron afirmativamente los estados durante el proceso de reflexión que dio lugar al Convenio 107, era la siguiente: “¿se considera que en el instrumento internacional debiera ponerse de relieve la necesidad de flexibilidad al determinar la naturaleza de tales medidas especiales, conforme a las condiciones particulares de cada país (por ejemplo, legislación especial transitoria aplicable solamente a las poblaciones indígenas, adaptación de la legislación general, etc.)”.¹¹

La filosofía diversa del Convenio 169 no altera el sentido de la cláusula de flexibilidad, en cuanto a que los ejecutores del Convenio están autorizados para incorporar criterios de progresividad y para buscar el modo de conciliar –en cuanto ello sea posible y no traicione el objeto y fin del tratado– la norma internacional con las nacionales. Sin negar el carácter de *hard law* de las disposiciones del tratado, la cláusula de flexibilidad permite que el convenio pueda adaptarse a las distintas formas de gobierno, de estado, de justicia constitucional y administrativa, al mismo tiempo que abre la posibilidad para los estados de ofrecer más de una forma de cumplir con las obligaciones del Convenio.

1.1.4 Otros instrumentos de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas

El convenio 169 no se interpreta ni aplica en un vacío normativo. Existen numerosos instrumentos internacionales generales en materia de derechos humanos que también ofrecen alguna forma

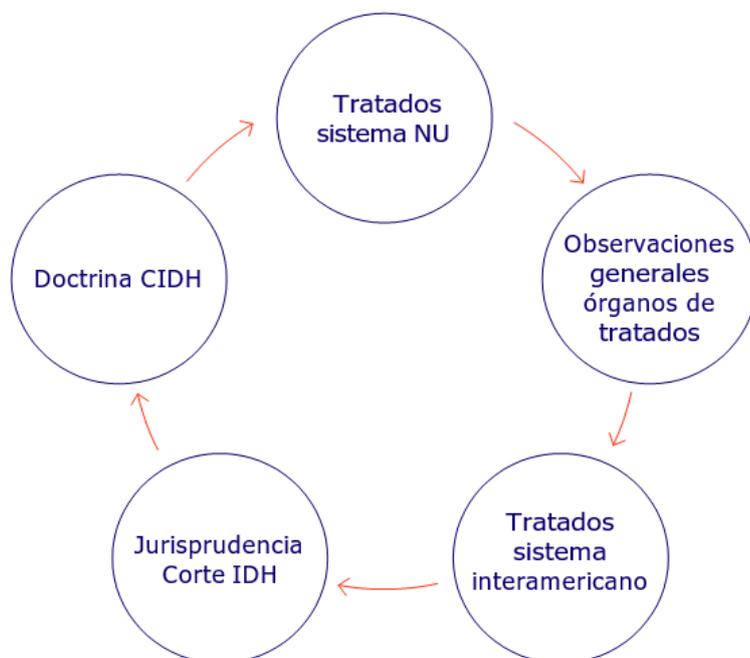
9 Véase 40ª Conferencia Internacional del Trabajo, Informe VI (1), *Protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países*, 40ª reunión, Ginebra, 1956, OIT (1956a), p. 13.

10 39ª Conferencia Internacional del Trabajo Informe VIII (2), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, 39ª reunión, Ginebra, 1956, OIT (1956b), pp. 16-17.

11 OIT (1956b); p. 18.

de protección a los pueblos indígenas. A ellos se pueden sumar los instrumentos de protección del medio ambiente como el Convenio sobre Diversidad Biológica¹² o la Convención de la UNESCO sobre salvaguardia del patrimonio inmaterial.¹³

Sistema de tratados y protección de derechos de los PP.II.



1.1.4.1 Sistema de Naciones Unidas

Chile es parte de catorce instrumentos del sistema de Naciones Unidas¹⁴ y están a la cabeza el PIDCP y el PIDESC. Del primero, la norma particular más relevante es el artículo 27 que dispone:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

12 Decreto 1963, 28 de diciembre de 1994, Diario Oficial de 6 de mayo de 1995.

13 Decreto 11,11 de enero de 2009, Diario Oficial de 13 de marzo de 2009.

14 Véase el reporte actualizado en la página web de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible [en línea](#).

Tráfico de drogas: un caso de aplicación del art. 27 del PIDCP antes del Convenio 169

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, conociendo de un recurso de nulidad en un proceso por infracción a la Ley N° 20.000 que había tenido su inicio por la detención de dos indígenas que portaban hojas de coca para participar en una ceremonia indígena, recurrió al art. 27 del PIDCP para sustentar la aplicación de la doctrina penal del error en la prohibición.“6° Que la justipreciación de los hechos y de la conducta de las acusadas que discrecionalmente ha llevado a cabo el sentenciador en contra de quien se recurre, tiene consonancia con la norma constitucional expresa del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su correlato en el inciso 4° del art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República: ‘En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, o profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma’ (destacado en el original)”.

“7° Que es evidente que la norma transcrita es de una claridad y transparencia tan evidente que, a su solo mérito y amparo, el ente jurisdiccional llamado a acatarla y aplicarla tiene definido su alcance y ejecutoria.

Provieniendo de un Tratado internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país, se produce lo que en Derecho Internacional Público se denomina ‘*autoejecutividad de tales convenciones*’ (destacado en el original)” que rigen las relaciones interestatales en procura del bien común. De esa norma, que constitucionalmente se ha incorporado al orden jurídico interno, surge una conclusión obvia: ‘del precepto invocado se deriva un derecho o interés legítimo e irrenunciable a favor de todo individuo’ -nacional o extranjero- y que es lo suficientemente específico para ser aplicado directamente por

los llamados a hacer cumplidera la ley en su cabal sentido y alcance' (destacado en el original)'. Así, en la medida en que Chile es signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su territorio, el precitado artículo 27 del mismo es ley chilena, y conforme a ella las minorías tienen incorporado a su patrimonio el derecho al trato no discriminatorio en forma amplia y genérica para practicar su propia vida cultural, costumbres, ritos y usanzas cualesquiera sea la nacionalidad de ellas". Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de noviembre de 2007, rol N° 250-2007.

A los pactos se suma el texto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.¹⁵

Del sistema de Naciones Unidas es importante tener presente las observaciones o comentarios generales de los órganos de tratados. Estos órganos pluripersonales emiten comentarios que facilitan su interpretación, lo que es de agradecer teniendo en cuenta que los más antiguos datan de los años 60 cuando no existían muchos de los problemas acuciantes de hoy. A continuación se muestra una lista de observaciones generales a tener en cuenta sobre pueblos indígenas:

Comité (sigla en inglés)	Observación general
Comité de Derechos Humanos (CCPR)	Nº 23: Derechos de las minorías
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)	Nº 21: Derecho a la autodeterminación Nº 34: Discriminación contra personas afrodescendientes

15 A/61/L.67, 12 de septiembre de 2007.

Comité (sigla en inglés)	Observación general
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	Nº 35 (2017), sobre la violencia por razón de género contra la mujer Nº 34 (2016), sobre los derechos de las mujeres rurales Nº 33 (2015), acceso de las mujeres a la justicia Nº 30 (2013), mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos 27 (2010), mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos
Comité de los Derechos del Niño (CRC)	Nº 11 (2009) niños indígenas y sus derechos en la Convención

La consulta de las fuentes debería también, para ser exhaustiva, comprender la doctrina de los órganos de tratados -que emiten a propósito de los países que son supervisados y las quejas individuales-, los compromisos adquiridos voluntariamente por los estados y las opiniones de los Relatores Especiales. Entre estas últimas, ha sido especialmente autorizada la voz del ex Relator James Anaya.¹⁶

El aporte del Relator Anaya a la interpretación del Convenio

El anterior Relator de Naciones Unidas para los pueblos indígenas, el Profesor indígena James Anaya, desarrolló una función muy prolífica en el cumplimiento de su mandato. El Relator Anaya propuso la interpretación contextualizada y finalista de la afectación directa que ha llevado al actual Relator de Naciones Unidas a proponer la noción de “modos no percibidos por la población del Estado” (“*ways not felt by other in society*”, en la versión original de su tesis) como patrón para discernir la necesidad de la consulta indígena: “Una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los

16 Véase Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2008) y (2013).

pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad” (cursivas añadidas).¹⁷

Para el Relator Anaya la afectación directa es una suerte de “incidencia diferenciada” que remite a la evaluación de los “intereses” y “condiciones” de los pueblos indígenas: “Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas” (cursivas añadidas).¹⁸

1.1.4.2 El sistema interamericano

Para el sistema de la Organización de Estados Americanos, complementan el Convenio 169 las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de derechos de los pueblos indígenas (2016), la doctrina de la Comisión Interamericana y, particularmente, la jurisprudencia de la Corte IDH.¹⁹

17 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009) párr. 43.

18 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009), párr. 43.

19 AG/RES.2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

El Convenio 169 de la OIT encuentra en Latinoamérica su principal laboratorio de aplicación. En efecto, de los veintidós estados que lo han ratificado, catorce son latinoamericanos.

Estos catorce estados²⁰ abarcan una población que supera los cuatrocientos cuarenta millones de habitantes, con rangos de población indígena que -a principios de este siglo y en cifras gruesas- varían entre el 62% (Bolivia) y el 0,4% (Brasil) de la población según cifras de la CEPAL elaboradas con los censos de la primera década del siglo XXI.²¹ Con la sola excepción inicial de Colombia (que adhirió el año 2009), todos los estados americanos que son signatarios del Convenio 169 lo son también de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (2007). El status del Convenio 169 varía de país en país y de tradición legal en tradición legal (monistas versus dualistas), oscilando entre una jerarquía equivalente a las constituciones nacionales y un rango inferior a la constitución pero superior al de las leyes.²² Entre los países que han reconocido expresamente al Convenio, como parte de su “bloque constitucional”, destacan Colombia²³, Perú²⁴ y Bolivia.²⁵ Otras altas cortes, como la

20 Incluyendo el Caribe, la lista es la siguiente: Argentina (2000), Brasil (2002), Bolivia (1991), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dominica (2002), Ecuador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nicaragua (2010), Paraguay (1993), Perú (1994) y Venezuela (2002).

21 Cf. www.celade.cepal.org

22 Perrotti (2004).

23 Véanse los siguientes fallos de la Corte Constitucional de Colombia: T- 282-11 (12 de abril de 2011), T-704 de 2006 (22 de agosto de 2006); C-030 de 2008 (23 de enero de 2008); C-401 de 2005 (14 de abril de 2005); SU-039 de 1997 (3 de febrero de 1997); C-169 de 2001 (14 de febrero de 2001); SU-383 de 2003 (13 de mayo de 2003). En la sentencia C-401 (14 de abril de 2005), la Corte aclaró el status de los convenios internacionales del trabajo afirmando que “estos, al incorporarse a la legislación interna (art. 53), son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno” (párr. 22)

24 Véase Tribunal Constitucional del Perú, sentencia N° 0047-2004 - AI/TC (24 de abril de 2006), *sentencia N° 0025-2005-PI/TC (25 de abril de 2006)*; *sentencia N° 03343-2007-PA/TC (19 de febrero de 2009)*; *sentencia N° 06316- 2008- AA/TC (11 de noviembre de 2009)*; *sentencia N° 0022- 2019 - PI/TC (9 de junio de 2010)*; y *sentencia N° 05427 - 2009 (30 de junio de 2010)*. En esta última el Tribunal peruano afirma: “el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no solo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en este, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquel a título de derecho de rango constitucional (fuerza activa)” (párr. 9).

25 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 2056 (16 de octubre de 2006) y Sentencia 2003 (25 de octubre de 2010).

Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina²⁶, el Tribunal Supremo Federal de Brasil²⁷ o el Tribunal Constitucional chileno²⁸, lo señalan por encima de las leyes pero bajo la Constitución.

Como es ampliamente conocido, el Convenio 169 tiene al menos tres maneras de ejecución (*enforcement*): es exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los estados que lo han ratificado (como se explica más abajo), es corrientemente aplicado por los tribunales nacionales y es supervisado administrativamente por los órganos de la OIT (principalmente CEACR). Por cuanto se refiere a la Corte IDH, son importantes los siguientes fallos:

- Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11
- Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Comunidad Indígena Eben Ezer vs. Provincia de Salta (30 de septiembre de 2008, párr. 4).

27 Supremo Tribunal Federal de Brasil, sentencia ADI-MC 1.480-3 DF (4 de septiembre de 1997). Véase Moreira (2013) pp. 205-223.

28 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia 2387/2388 (23 de enero de 2013), párr. 22.

- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305.

- Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.
- Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.
- Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

¿Por qué es relevante conocer la jurisprudencia de la Corte IDH sobre temas indígenas?

Porque ella se pronuncia sobre temas relevantes para la práctica nacional:

- Discriminación y violencia contra los miembros de los pueblos indígenas.
- Derecho al debido proceso.
- Reparaciones en caso de violaciones a los derechos humanos
- Contenido y características especiales de los derechos de los pueblos indígenas
- Consulta y consentimiento previo
- Licencias y concesiones
- Expropiaciones

- Derechos sobre recursos naturales
- Formas especiales de reparación

Además, son los estándares que le dan cuerpo a la doctrina del control de convencionalidad.

La jurisprudencia de la Corte IDH constituye el principal motor judicial internacional de desarrollo de los estándares de derechos de los pueblos indígenas. Ella, en la práctica, ha empujado “hacia arriba” los estándares de protección del Convenio 169. Para llevar adelante esos estándares, la Corte IDH ha recurrido a la interpretación evolutiva de los preceptos de la Convención Americana logrando el *aggiornamento* necesario de su articulado. Un ejemplo de ello es el emblemático fallo *Awas Tigni*: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”, Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 146.

“149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra

debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”, *Ibíd.*, párr. 149.

De todos los casos mencionados ha surgido un importante cuerpo doctrinal que es frecuentemente utilizado por la propia Corte Interamericana y las más altas magistraturas de la región. Es importante recordar, de acuerdo con la doctrina del “control de convencionalidad”, que estos fallos -en la medida en que contienen criterios de interpretación de la Convención Americana de Derechos humanos- en conjunto con el articulado de la Convención, conforman el parámetro conforme con el cual se debe valorar y aplicar la legislación doméstica de los estados parte.

Existen diversos estudios sobre esta jurisprudencia y su valor para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. A ellos se puede recurrir para profundizar el conocimiento de esta importante fuente de promoción de los estándares regionales y del propio Convenio 169.

1.2 La historia de la ratificación: jurisprudencia del Tribunal Constitucional más desarrollo reglamentario y legislativo posterior

1.2.1 El fallo del Tribunal Constitucional de 2000

El Tribunal Constitucional desde fines de la década de los 90 ha venido configurando una serie de criterios para el control preventivo de los tratados internacionales, criterios que tuvieron su aplicación en la sentencia rol N° 309 de 2000.²⁹ Esta sentencia es importante, pues en ella el Tribunal Constitucional formuló varias declaraciones particulares y, en forma previa, propuso dos criterios básicos para la aplicación interna del Convenio: (i) los preceptos contrarios a la Constitución que, al tenor del mismo tratado, no pueden tener aplicación en Chile, no pueden ser tachados de inconstitucionales y (ii) los preceptos no auto ejecutivos “no pueden (...) entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional”.

- a. “Pueblos” y unidad política. Sobre el sentido de la voz “pueblos”, en Tribunal sostiene que no viola la Constitución pues “debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado” (considerando 44°).

29 Véanse las sentencias roles N° 282 (28 de enero de 1999, sobre el Décimo protocolo Adicional y su anexo al ACE con Bolivia), 288 (24 de junio de 1999, Acuerdo con Argentina sobre límite fronterizo desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet), 309 (4 de agosto de 2000, requerimiento contra el Convenio 169 de la OIT), 312 (3 de octubre de 2000, requerimiento contra el tratado de integración y complementación minera con Argentina) y 346 (8 de abril de 2002, sobre Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional), entre otras.

- b. Justicia indígena. Según el Tribunal, las normas del 9.1 del Convenio 169, sobre aplicación de sanciones penales por las comunidades indígenas, no obstante no ser declaradas inconstitucionales, no pueden ser aplicadas en Chile por ir precisamente contra la Constitución.³⁰
- c. Tierras indígenas y expropiación. Sobre la norma del art. 14 sobre propiedad³¹, el Tribunal declaró, como en Chile la Constitución no permite la expropiación de tierras a favor de comunidades indígenas (sic)³², la norma en cuestión tampoco vulneraba la Constitución.

-
- 30 "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de sus miembros". Respeto de esta norma el Tribunal Constitucional resolvió que "el contenido, en esta parte, del artículo 9º, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación solo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto", STC rol N° 309, cons. 53º.
 - 31 "Artículo 14.1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".
 - 32 "Que en cuanto a la inconstitucionalidad que se le imputa al Convenio, en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, además de la razón antes mencionada, esto es, que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto. Por el hecho de ser programática la norma y atendido que lo que ella propone no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones, el tratado en esta parte tampoco vulnera el artículo 19, N° 24º, de la Carta Fundamental", STC rol N° 309, cons. 66º. El Tribunal no demuestra porqué el "interés nacional" o la "utilidad pública" a que alude el art. 19 N° 24 de la Constitución no brinda cobertura constitucional a aquella ley que decida autorizar las expropiaciones de bienes raíces para radicarlos en comunidades indígenas. Con esta sentencia el Tribunal descarta todas las posibilidades de equilibrio entre los intereses individuales y colectivos que ha propuesto, entre otros órganos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- d. Derechos sobre los recursos naturales. En este caso se impugnó el art. 15 del Convenio, que pondría en duda el dominio estatal sobre las sustancias minerales, lo que es descartado recurriendo al propio texto del tratado.³³
- e. Consulta para regular la disposición de la tierra. Se impugnó, también sin éxito, el art. 17 y el 21 del Convenio.³⁴

- 33 “71º. Que por otro lado, el Código de Minería contempla un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos;
72º. Que puede concluirse, que en esta parte el Convenio no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios.
La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de ‘asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional’;
73º. Que en cuanto a que los pueblos a que se refiere el Convenio tengan acceso a los posibles beneficios derivados de la explotación de recursos minerales, y a percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades por terceros, el verbo rector de esta disposición es el que señala el Convenio, al usar las expresiones ‘siempre que sea posible’, lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.
También resulta útil destacar que la Constitución no impide que se impongan limitaciones a la concesión de la propiedad minera y, en la especie, ellas ya se encuentran incorporadas a la legislación, entre ellas, la que regula el medio ambiente”.
- 34 “76º. Que la Convención establece la consulta siempre que se dé la condición de que los pueblos interesados tengan capacidad para transferir sus tierras o transmitir sus derechos sobre ellas.
El Convenio, en consecuencia, desde ya acude necesariamente al ordenamiento jurídico interno para hacer efectiva la convocatoria enunciada. Ella se traduce simplemente en que ese régimen jurídico interno reconozca o no esa capacidad de enajenar al pueblo interesado.
Si ello es así, esto es, si el pueblo interesado no tiene la libre disposición de sus bienes, pues su capacidad de enajenar se encuentra restringida, no es necesaria la consulta que se propone por la Convención. Ella solo será necesaria en la medida que la legislación interna otorgue plena libertad de enajenar al pueblo interesado. De lo expuesto se deduce que la consulta no opera automáticamente sino solo, como ya se dijo, en la medida que la legislación nacional otorgue al respectivo pueblo capacidad de enajenar o transmitir libremente los derechos sobre las tierras de que se trata en su calidad de tal;
77º. Que el artículo 19, Nº 24º, de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley. En la actualidad se encuentra vigente la Ley Nº 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable a los indígenas. Por otra parte, ha de tenerse presente que en su inciso segundo, dicho precepto constitucional dispone que la ley puede establecer respecto de la propiedad que ampara las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social.
Lo considerado precedentemente se traduce en la lógica conclusión de que la norma del artículo 17, Nº 2º, del Convenio, no impone a los chilenos de origen indígena ninguna limitación nueva a su derecho de dominio ni violenta el artículo 19, Nº 24º, de la Constitución Política y, por ende, deberá desestimarse también este motivo de infracción”.

¿Eficacia judicial del fallo rol N° 309?

¿Qué efectos tiene la sentencia rol N° 309 para la función jurisdiccional ordinaria? En el plano legislativo, no cabe duda que la sentencia tuvo un efecto concreto cual fue el declarar constitucional el tratado y por lo tanto autorizar al presidente de la República para su promulgación, previa aprobación por el congreso nacional. La cuestión, sin embargo, se plantea respecto de los efectos de dicha sentencia en el ámbito jurisdiccional ordinario. La pregunta de fondo es si los jueces se encuentran vinculados por las declaraciones del tribunal constitucional, especialmente respecto de lo afirmado para las tierras indígenas y para la jurisdicción indígena penal. Esta es una cuestión que no puede ser desarrollada en profundidad en este lugar. Y hunde sus raíces en la vieja polémica sobre los efectos de cosa juzgada judicial y cosa juzgada legislativa que producen las sentencias propias del control preventivo de constitucionalidad. Debe en todo caso tenerse presente para este caso puntual (en que lo controlado es un tratado y no una norma doméstica) que, desde el punto de vista del derecho internacional, las declaraciones que introduce en su argumentación nuestro Tribunal Constitucional no tienen ningún efecto más allá de la argumentación concreta. En efecto, desde el punto de vista jurídico internacional, las declaraciones de los jueces no pueden ser consideradas ni como reservas ni como declaraciones interpretativas, y por otro lado estos últimos actos unilaterales, conforme con el artículo 54 de la Constitución, son de competencia exclusiva del presidente de la República.

1.2.2 Desarrollo legislativo ulterior y aplicación directa

La incorporación al derecho interno del Convenio 169 ciertamente trastoca el orden de distintas instituciones políticas, administrativas, civiles, penales y procesales. Ello habría aconsejado que, en forma previa a su aprobación, las normas internas incompatibles con el convenio hubiesen sido revisadas y reformadas para evitar conflictos normativos. Ello sin embargo no sucedió, el convenio entró en vigor

el año 2009 y los problemas de coordinación normativa han debido ser enfrentados, sin la mediación de una legislación conciliadora, directamente por los jueces. En este punto la acomodación de la normativa y las prácticas internas, caminará entre los ajustes legislativos que se aprueben con el tiempo y los ajustes que, dentro de sus competencias, introduzcan los jueces mediante sus fallos.

Resulta capital entonces, para discernir entre el necesario desarrollo legislativo y la posibilidad de aplicación directa de las normas del tratado por los jueces, apreciar la distinta naturaleza que pueden tener las normas contenidas en el tratado. Habrá, por tanto, normas que pueden ser directamente aplicadas por los jueces y, en cambio, otras normas que solo pueden aplicarse previa reforma legislativa que concrete las opciones políticas legítimas del Estado para acomodar la normativa y las prácticas internas a la obligación de cumplir el tratado. Por ello resulta interesante recordar la distinción que hace el Tribunal Constitucional entre normas auto ejecutables y normas no auto ejecutables:

“Que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio 169, planteadas por los requirentes, “en ausencia de dicha inconstitucionalidad total”, resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina ‘*self-executing*’ y ‘*non-self executing*’.

Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al

Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que solo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que solo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado 'contener unas y otras' (considerando 48º)".

Es importante señalar que una de la normas más relevantes del Convenio, y la que más aplicación práctica ha tenido en sede judicial, es el deber de consulta previa que establece el art. 6º.³⁵ En otras palabras, el deber de hacer consultas es una obligación directamente exigible por los jueces que no requiere de un desarrollo legislativo para ser una obligación efectiva.

-
- 35 "7º. Que, por su parte, el artículo 6, N° 1º, letra a), del tratado en estudio - que los requirentes denominan artículo 6º, inciso primero - establece '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'. Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula 'La facultad de las comisiones- se refiere a las comisiones legislativas 'para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado'. En efecto, la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para la comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender. La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6, N° 1º, letra a), de la Convención 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu* si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2 del mismo artículo 6º que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'".

1.2.3A quiénes protege el Convenio: quiénes forman parte de los pueblos indígenas y tribales. Pueblos indígenas rurales y urbanos

El Convenio protege a los pueblos indígenas y tribales. Estos efectos del convenio dan un concepto de ambos grupos, donde el principal factor de diferenciación viene dado por la presencia o ausencia del grupo al momento de constituirse el Estado firmante del convenio:

Art. 1º Convenio 169

Pueblo indígena	Pueblo tribal
Pueblo "a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones <i>que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales</i> y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (destacado añadido)	Pueblo "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial"

Para el Convenio es relevante la autoidentificación: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio" (art.1.2 Convenio 169).

La OIT señala en la *Guía del Convenio* que:

"Los elementos delineados en el artículo 1(1) constituyen los criterios objetivos de la cobertura del Convenio 169 de la OIT. Se puede determinar objetivamente si un pueblo indígena o tribal específico cumple con los requisitos del artículo 1(1) y reconoce y acepta a una persona como perteneciente a ese pueblo.

El artículo 1(2) reconoce la autoidentificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Este es un criterio subjetivo del Convenio 169, que asigna una importancia

fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal bajo el Convenio y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo. El Convenio 169 fue el primer instrumento internacional en reconocer la importancia de la autoidentificación.

La cobertura del Convenio se basa en una combinación de criterios objetivos y subjetivos. Por lo tanto, la autoidentificación se complementa con los criterios objetivos, y viceversa”.³⁶

En el derecho internacional se utilizan, sin pudor, los adjetivos “indígena” y “tribal” junto con el sustantivo “pueblo”. La voz “indígena”, que también utiliza la legislación general nacional, se ha preferido al término “originario” o “nativo” que usan otras legislaciones. Con relación al término “pueblo”, él es algo más que la “población”, término utilizado por el Convenio 107 de 1957 y, al mismo tiempo, algo menos que el concepto de “pueblo” que utiliza el derecho internacional general y la Constitución al momento de identificar el sujeto político en el cual reside la soberanía (art. 5º). De hecho, el uso del término pueblo fue discutido intensamente en el proceso de redacción del Convenio 169 y logró imponerse al de “población” que quería ser mantenido por algunos gobiernos.

Sujeto	Norma	Atributo político
“Población”	Convenio 107 (1957)	No hay
“Pueblo”	Convenio 169 (1989)	Autodeterminación
“Pueblo” o “Nación”	Constitución política (1980)	Soberanía

Con relación al término “pueblo”, el Convenio 169 es cuidadoso en aclarar que el significado atribuible a esta palabra no es el significado general del derecho internacional:

“La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

36 OIT (2009); p. 10.

De allí entonces que no sea posible atribuirles a estos pueblos el derecho de autodeterminación en su dimensión externa, como sería si se entendiera que el Convenio justifica la secesión o independencia de estos grupos respecto del Estado parte del convenio.

La Constitución, de manera tardía, los ha reconocido con la reforma constitucional de la Ley N° 21.298, publicada en el Diario Oficial de 23 de diciembre de 2020. Esta ley, por primera vez en nuestra historia constitucional, reconoce a los pueblos indígenas. La disposición 43ª transitoria se refiere a la “participación de los pueblos indígenas en la elección de los convencionales constituyentes” indicando, con una técnica normativa algo impropia, que se trata de “los pueblos reconocidos” en la ley N° 19.253 a la fecha de publicación de la reforma constitucional.

La legislación chilena reconoce expresa y circunstanciadamente estas categorías de pueblos en las leyes N° 19.253 y N° 21.298. La primera con carácter general y la segunda con carácter especial para el pueblo tribal afrodescendiente chileno.

Pueblos indígenas y tribales, reconocimiento legislativo en Chile

Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas	"Artículo 1°.- El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores".
---	---

Pueblos indígenas y tribales, reconocimiento legislativo en Chile

<p>Ley N° 21.151, otorga reconocimiento legal al pueblo afrodescendiente chileno</p>	<p>Artículo 1.- La presente ley otorga el reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno, y a su identidad cultural, idioma, tradición histórica, cultura, instituciones y cosmovisión.</p> <p>Artículo 2.- Se entiende por afrodescendientes chilenos al grupo humano que, teniendo nacionalidad chilena en conformidad a la Constitución Política de la República, comparte la misma cultura, historia, costumbre, unidos por la conciencia de identidad y discurso antropológico, descendientes de la trata trasatlántica de esclavos africanos traídos al actual territorio nacional entre los siglos XVI y XIX y que se autoidentifique como tal.</p> <p>Artículo 3.- Los saberes, conocimientos tradicionales, medicina tradicional, idiomas, rituales, símbolos y vestimentas del pueblo tribal afrodescendiente chileno son y serán valorados, respetados y promocionados por el Estado, reconociéndolos como patrimonio cultural inmaterial del país”.</p>
---	---

La Ley N° 19.253 reconoció originalmente a ocho “etnias”: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. Posteriormente, las Leyes N° 20.117 (D. Oficial de 8 de septiembre de 2006), N° 21.151 (D. Oficial de 16 de abril de 2019) y N° 21.273 (D. Oficial de 17 de octubre de 2020) reconocieron a los pueblos diaguita, afrodescendiente chileno y chango, respectivamente. La estructura y los elementos sustantivos necesarios para configurar un pueblo indígena en esta legislación son dispares. En efecto, puede haber desde requisitos de nacionalidad (como sucede con los afrodescendientes “chilenos”) hasta requisitos vinculados, con mayor o menor intensidad, a la distribución geográfica dentro del territorio nacional.

El Convenio se aplica indistintamente a los pueblos indígenas y a los pueblos tribales. Para ello el Convenio aporta dos elementos que concurriendo facilitan la identificación de quién pertenece a estos grupos. A continuación explicaremos estos componentes, distinguiendo la dimensión colectiva y la dimensión individual presente en la regulación de los sujetos dentro del convenio 169.

Los problemas del reconocimiento legislativo

¿Es relevante el reconocimiento legislativo? ¿Puede el juez aplicar los principios y las reglas del Convenio 169 a un pueblo no reconocido legislativamente? Los pueblos indígenas y tribales, por definición, preexisten al Estado y su organización institucional. En consecuencia, el hecho de que el Estado los reconozca o no a nivel legislativo no constituye un impedimento para que los jueces los reconozcan como tales. De hecho, antes de ser reconocidos por la ley, los órganos del Estado chileno ya aplicaban al pueblo afrodescendiente el tratamiento de pueblo tribal. Resultaría un contrasentido el exigir el reconocimiento estatal formal a pueblos que el derecho internacional reconoce directamente como sujetos protegidos por el convenio 169. Por otra parte, el solo hecho de que la ley reconozca la existencia de un pueblo, no les otorga sustantivamente aquellos componentes sociológicos o antropológicos de carácter material que los hacen como pueblos indígenas. En otras palabras, la ley puede reconocer algo que no existe como puede negar el reconocimiento. En esta última a situación reclama estar, por ejemplo, el pueblo gitano o *Rom*.

1.2.3.1 Dimensión colectiva

La primera dimensión a atender en el caso de los pueblos indígenas es su consustancial carácter colectivo.

Un pueblo indígena es un grupo de individuos (i) que se distingue de la mayoría y (ii) que conserva, total o parcialmente, ciertas costumbres, instituciones socioeconómicas, culturales y políticas propias. Aquí es importante señalar que lo indígena no viene de la suma de individuos sino de la comunión respecto de ciertos componentes que le asignan identidad étnica a ese grupo. La suma de las partes, por decirlo de algún modo, es menor al todo pues hay algo que cuenta para que ese grupo sea un pueblo. Por identidad étnica vamos a entender aquí la comunión multidimensional que existe entre varios sujetos que comparten una cultura y ciertos modos de vida. Esta identidad, es un dato pre jurídico

(que el juez constata, no crea), las más de las veces (no siempre) asociado a un territorio compartido y, por último, de carácter consciente en el sentido que la posesión de esa identidad es un hecho conocido y vivido para ese grupo. Es por ello que el Convenio dispone que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (1.2).

Comprender la relevancia de esta dimensión colectiva es una cuestión de capital importancia para la efectiva vigencia del convenio 169. En efecto el objeto y el fin de este tratado no es otro que proteger la identidad de estos grupos, su derecho a mantenerla y su derecho a reforzarla. De allí entonces que se reconozcan, junto con los derechos de los individuos, los llamados derechos colectivos del grupo: el derecho de participación, el derecho de consulta, el derecho de propiedad colectiva, el derecho a tener instituciones propias, el derecho a la autodeterminación, el derecho de tener un Derecho y una justicia propia como proyecciones de esa identidad colectiva. Esos derechos, muchas veces van a competir e incluso limitar los derechos individuales de sus miembros, justamente porque el énfasis está en la protección de la existencia del grupo. La protección de la identidad es, entonces, la columna vertebral que atraviesa todas las normas del convenio 169 y que lo distingue, justamente del Convenio que lo precedió. En efecto, el Convenio 157 del año 1957 protegía a los pueblos indígenas desde una perspectiva asimilacionista. Esto quiere decir que se los protegía en cuanto agrupaciones, meras poblaciones, las que se esperaba que en algún momento pudieran integrarse a la sociedad mayoritaria del Estado. Estas perspectivas, diametralmente opuestas, se observan con claridad si comparamos los preámbulos de los dos convenios:

Convenio 107, 1957	Convenio 169, 1989
“Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que ni se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaran los otros elementos de la población”.	“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”

A. Organizaciones colectivas en la legislación chilena

En la legislación nacional general existen dos formas de organización: las comunidades y las asociaciones indígenas. Para los efectos de la Ley N° 19.253 “se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- a. Provengan de un mismo tronco familiar;
- b. Reconozcan una jefatura tradicional;
- c. Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y
- d. Provengan de un mismo poblado antiguo”.

Las comunidades, como otras organizaciones en el Derecho chileno, obtienen la personalidad jurídica por el solo hecho de depositar el acta de constitución en la CONADI. Cabe mencionar que las comunidades son asociaciones voluntarias a las cuales se aplican los principios constitucionales del art. 19.15 de la Constitución: todo indígena tiene derecho a pertenecer a una comunidad indígena y a abandonarla cuando lo estime conveniente. En tanto asociaciones voluntarias, el individuo no puede ser obligado a pertenecer a ellas y, cuando concurren alguna o varias de las circunstancias del artículo noveno, tampoco se le puede prohibir constituir una comunidad. De la lectura de la norma transcrita de la Ley N° 19.253, se deduce que también es posible la existencia de más de una comunidad para cada una de las hipótesis señaladas.

Las asociaciones indígenas, en cambio, “se constituyen en función de algún interés y objetivo común” (art. 36, Ley N° 19.253). A diferencia de las comunidades no existen requisitos mínimos para su constitución, ni máximos para su organización. Por otra parte, si bien ellas “no podrán atribuirse la representación de las Comunidades Indígenas” (art. 36, Ley N° 19.253), en la práctica han servido para que las comunidades se organicen en entidades mayores que reúnen a sus dirigentes, agencian intereses superiores a los de las comunidades.

Las comunidades y las asociaciones de la Ley N° 19.253 tienen el carácter de asociaciones de interés público para los efectos de la Ley N° 20.500.

Hay, por último, leyes especiales que se refieren simplemente a los grupos humanos indígenas, como acontece con la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y otras que obligan a las comunidades a asociarse para gestionar intereses comunes.³⁷ Es el caso de la Ley N° 20.249, cuando hay varios grupos que solicitan un mismo espacio costero marino.

B. Las autoridades de las organizaciones

Del convenio surge la obligación expresa de los estados parte en cuanto a respetar sus valores, prácticas e instituciones (art. 5). Es entonces el propio grupo quien define su forma interna de organización y las autoridades encargadas del gobierno comunitario. La proyección práctica del reconocimiento de esta organización se encuentra en el artículo 6º, que regula el deber estatal de consulta. En efecto, como lo veremos más adelante, la consulta de buena fe se realiza precisamente con las instituciones representativas de los pueblos susceptibles de ser directamente afectados por las medidas legislativas o administrativas.

Si bien la naturaleza de las autoridades es definida por las reglas propias, es posible encontrar en el convenio distintas funciones atribuibles al gobierno comunitario:

- a. Conducir los procesos de consulta y negociar acuerdos con la autoridad.
- b. Gobernar la comunidad o el pueblo.
- c. Dirigir las instituciones de justicia indígena, incluyendo la llamada jurisdicción disciplinaria.
- d. Dirigir las instituciones de salud y educación indígenas.

También es posible, aunque no deseable, que la Ley reconozca oficialmente ciertas formas de organización indígena. Así acontece con los cacicados de los mapuches huilliches (art. 60 Ley N° 19.253)

37 El DS 40, Reglamento del SEIA, establece en su art. 2º que "los individuos señalados en el inciso anterior (los que tiene la calidad de indígena conforme con la Ley N° 19.253) podrán constituir grupos humanos en los términos del artículo 7º del presente reglamento, independientemente de su forma de constitución u organización".

y Consejo de Ancianos de Rapa Nui (art. 68 Ley N° 19.253). No es deseable pues las organizaciones no son estáticas, y el legalizarlas incorpora un factor de rigidez que puede tornarse en problemático o conflictivo para el Estado y las mismas comunidades.

Contenciosos judiciales de organización

El Convenio 169 establece la obligación de los estados de respetar las instituciones y el derecho consuetudinario. No es, sin embargo, infrecuente que las organizaciones indígenas recurran a los tribunales estatales con el objeto de componer heterónomamente sus conflictos. Una primera instancia (estatal) de arreglo, de carácter voluntario, corresponde a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que está facultada por la ley para ejercer funciones de conciliación y arbitraje (art. 39, Ley N° 19.253). Esta función no solo está reconocida por la ley, sino que suele estar comprendida en los propios estatutos de las comunidades y asociaciones. La intervención de la justicia civil, existiendo la obligación de someter el conflicto a la CONADI, hace casable la sentencia por infracción al N° 1 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil (Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 20 de julio de 2013, rol N° 425-2013).

Ante el fracaso de esta forma de composición, los conflictos llegarán inevitablemente a la justicia civil y a la justicia electoral. La primera suele conocer de demandas de juicios de cuentas, invalidación de actuaciones de los representantes, revisión de sanciones aplicadas por la jurisdicción doméstica (incluida la expulsión de las comunidades), entre muchos otros. A la justicia electoral suelen llegar en cambio los conflictos vinculados a los procesos de elección e impugnación de las directivas.

La clave para la justa composición de estos conflictos reside por una parte en el deber del juez de tener en cuenta la costumbre, de existir ella, y por otra parte en la capacidad del tribunal para identificar la peculiaridad del conflicto y

sus justiciables. Quienes pertenecen a estas minorías, no suelen conducir sus relaciones corporativas al modo occidental y ese es un factor de informalidad a tener en cuenta por los tribunales. En muchos casos las decisiones las toma la asamblea y el registro de sus decisiones, como también su comunicación, es precario. Con todo, las decisiones están siempre sujetas a revisión, dado que al igual que todos los habitantes de la nación, las comunidades también deben respetar los derechos fundamentales de sus miembros. “Hay que señalar que en el ámbito de las organizaciones privadas también rige el principio del juez natural, en la medida que estas también pueden juzgar y aplicar sanciones a sus integrantes, siempre que les hayan sido atribuidas por estos mismos facultades sancionadoras, en virtud del derecho de asociación, casos en los cuales deben estas organizaciones atenerse en el ejercicio de esas facultades, no a la ley general, sino que a sus propios estatutos, en cuanto estos deben establecer un debido proceso, a cargo de un órgano determinado, el cual puede aplicar solo las sanciones que el mismo ordenamiento interno establece, y asegurando a sus asociados, mediante un procedimiento previamente establecido, el derecho a defensa y a ser sancionados mediante resoluciones fundadas”, Corte de Apelaciones de Copiapó, 30 de junio de 2020, rol N° 150-2020, Marcial vs. Reinoso.

Síntesis de la dimensión colectiva



1.2.4 Dimensión individual

Los grupos están conformados por individuos, y tanto los tratados internacionales tales como el Convenio 169 reconocen derechos de esos individuos. Sin embargo, como ya se ha dicho, el eje de la protección propia del Convenio 169 no es tanto el individuo como el

grupo al cual este pertenece. En efecto, la gran mayoría de derechos indígenas que reconoce el Convenio 169 son de carácter colectivo. Con todo, el Convenio también protege al indígena como individuo, tanto en lo que se refiere al derecho a no ser discriminado como al derecho a la protección laboral (art. 20), a la formación profesional, a la educación (art. 26) o a la circulación interfronteriza (art. 32), por mencionar algunos. De otra parte, todos los derechos colectivos tienen su dimensión individual en la medida en que el indígena participa de ellos como individuo. Así por ejemplo, un individuo puede ser dueño de tierras indígenas o puede participar e integrarse a los procesos de participación y consulta.

Es importante subrayar que los jueces pueden verse enfrentados, más de una vez, a resolver conflictos al interior de comunidades indígenas y que tengan por objeto precisamente la colisión entre los derechos del grupo y los derechos de sus miembros en cuanto a atributos individuales. El convenio no establece, a priori, la preferencia de uno u otro derecho. Es el juez, en el caso concreto, quien está llamado a resolver dicho conflicto. Algunas veces, dará preferencia al grupo, y otras deberá dar preferencia al individuo. Una situación expresamente regulada en el Convenio se refiere al derecho del grupo a tener un sistema propio de administración de justicia que alcanza incluso ribetes penales:

“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (art. 9.1).

En este caso, junto con reconocer el derecho del grupo a un sistema propio de administración de justicia, el Convenio impone sus límites en el respeto a los derechos humanos.

Un caso de colisión entre derechos colectivos y derechos individuales indígenas

Una empresa, para cumplir con una resolución de calificación ambiental, debe construir unos pozos de monitoreo de aguas al interior de una propiedad que pertenece a una familia indígena. Esta propiedad, a su vez, se encuentra al interior de un territorio ancestral respecto del cual la comunidad indígena reconoce como autoridad a la junta de vecinos. Frente a la negativa de la familia la empresa solicita y obtiene la autorización de la junta de vecinos. ¿Es legal que una junta de vecinos autorice la construcción de un pozo en un terreno que no le pertenece y que de acuerdo con las leyes civiles no administra? La Corte de Apelaciones de Iquique tuvo que pronunciarse respecto de un recurso de protección que denunciaba la ilegalidad de la autorización dada por la junta de vecinos y optó por darle la razón a esta, en la medida en que era la autoridad sociológicamente reconocida por el grupo aun cuando hubiese sido en ese caso resistida respecto de ciertos individuos que componían ese grupo. El caso es interesante, pues evidencia la tensión entre una atribución política-administrativa de la autoridad del grupo y un derecho -la administración de la propiedad indiviso- de los miembros de ese grupo. Corte de Apelaciones de Iquique, 19 de diciembre de 2014, rol N° 541-2014, confirmada por sentencia de la Corte Suprema, 1 de abril de 2015, rol N° 130-2015.

1.2.5 Pertenencia y autoidentificación

Entre los primeros derechos individuales propios de la condición indígena habría que considerar el derecho a pertenecer a una organización indígena y a ser reconocido como tal. Estos derechos, si bien están relacionados, no son idénticos. El derecho a ser reconocido, es el derecho a adscribir a un grupo humano indígena. A él se refiere la Declaración americana cuando reconoce el derecho de las personas (y también de las comunidades) de pertenecer a uno o a

varios pueblos indígenas. Este derecho a formar parte del grupo es de carácter individual y tiene una consagración ligeramente distinta en la Declaración Universal:

Declaración Universal 2007, art. 9º	Declaración Americana 2016, art. VIII
"Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho".	"Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo".

La pertenencia al pueblo, que vamos a considerar como un todo, se configura preminentemente a partir de un acto de autoidentificación. Así, el art. I de la Declaración Americana establece que "la autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena".

La legislación chilena, por su parte, establece como regla general tres hipótesis alternativas para que una persona sea considerada como indígena: la filiación, la posesión de un apellido indígena o la identidad cultural. En efecto, la Ley N° 19.253 establece:

"Artículo 2º.- Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se auto identifiquen como indígenas”.

En el caso del pueblo Rapa Nui no se aplica, por expresa disposición de la Ley (art. 66), la sola autoidentificación.

¿Es posible pertenecer a más de un pueblo indígena?

El Convenio 169 no lo impide y la Declaración Americana lo reconoce expresamente. La identidad indígena puede ser entonces, de acuerdo con las normas internacionales, múltiple: se puede ser chileno, atacameño y mapuche al mismo tiempo. Otra cosa es que no lo sea de acuerdo con las reglas comunitarias, fenómeno que se da en algunas tribus de la región pero del que no tenemos noticia en Chile. “Corresponde concluir que la determinación de la ‘calidad de indígena’ -condición que puede servir para acceder a distintos beneficios económicos- vinculada a una o más etnias, según lo estime y compruebe una persona, debe ajustarse a lo preceptuado en los artículos 2° y 3° de la anotada ley N° 19.253, no advirtiéndose ninguna disposición que en el proceso para la acreditación de aquella, la limite en la posibilidad de presentar antecedentes para certificar su autodefinition con más de una etnia”, Contraloría General de la República, Dictamen N° 11.039, 23 de abril de 2019.

1.3

Qué protege el Convenio: derechos individuales y derechos colectivos, identidad cultural y autodeterminación

El Convenio 169 tiene una estructura mayor y algo más compleja que el Convenio 107 de 1957. En sus diez partes sigue un esquema parecido al Convenio anterior pero con notorias diferencias, todas ellas nacidas del abandono del principio asimilador. El Convenio 169 es un instrumento que potencia el derecho a la identidad e incorpora derechos de participación, reglas de consentimiento y gobernanza de tierras y recursos naturales que ciertamente constituyen una vuelta de tuerca a las instituciones tradicionales chilenas. Este giro, con todo, se propone con un delicado lenguaje lleno de fórmulas de compromiso y también de cláusulas ambiguas. Ello es así por varias razones. Una de esas razones es que en la dinámica tripartita de la OIT no tienen cabida los representantes de los pueblos indígenas. También explica ese carácter la dinámica que imprimió al proceso de gestación la tensión entre las aspiraciones maximalistas de organizaciones indigenistas (cuyo vehículo eran los representantes de los trabajadores) y las representaciones gubernamentales de varios estados que se opusieron a ellas.

Tabla comparativa

C 107, 1957	C 169, 1989
I. Principios generales	I. Política general: identidad, integridad, igualdad, consulta (6), autodeterminación (7), costumbre (8)
II. Tierras (11-14)	II. Tierras: territorios, derechos sobre tierras no ocupadas exclusivamente (14), procedimientos adecuados para reivindicación (14), recursos naturales (15), consentimiento (16)
III. Contratación y condiciones de empleo	III. Contratación y condiciones de empleo
IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales	IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales
V. Seguridad social y sanidad	V. Seguridad social y salud
VI. Educación y medios de información	VI. Educación y medios de comunicación

	VII. Contacto y cooperación transfronteriza
VIII. Disposiciones generales: flexibilidad (28) y garantía status quo (29)	IX. Disposiciones generales: flexibilidad (34) y garantía de status quo (35)

Más adelante vamos a estudiar varios de estos derechos, como son, a saber, el derecho a la no discriminación, el derecho a la tutela judicial (art. 12), el derecho de consulta y participación, el derecho a tener un Derecho propio y eventualmente a una jurisdicción propia, el derecho a la protección de las tierras y los territorios, el derecho a la protección del empleo y algunos derechos que se parecen a los sociales como la salud y la educación.



La consulta y las formas de participación en el Convenio

2.1. Introducción

Un elemento transversal en el Convenio es la necesidad de profundizar los mecanismos de participación de los pueblos indígenas respecto a las decisiones que recaen en las cuestiones que les conciernen.

El capítulo V del Convenio trata de la “Participación, consulta y consentimiento”. Pero no se trata de un capítulo más. La propia OIT declara que las disposiciones sobre consulta constituyen la “piedra angular” del Convenio. En efecto, un elemento transversal en el Convenio es la necesidad de profundizar los mecanismos de participación de los pueblos indígenas respecto a las decisiones que recaen en las cuestiones que les conciernen. Si bien el artículo 6 del Convenio –que podríamos llamar la “norma paraguas” de la consulta– se suele llevar buena parte de la atención, el Convenio contiene varias hipótesis específicas de consulta indígena y también varias otras disposiciones que establecen mecanismos de participación y/o cooperación con los pueblos originarios. Un ejemplo es el artículo 7 del mismo tratado, que establece que los pueblos indígenas deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Ambas normas –artículo 6 y 7 del Convenio– son de hecho las disposiciones fundamentales en el andamiaje del Convenio respecto no solo a la participación y consulta a los pueblos indígenas, sino en relación a todo el tratado.

En las secciones que siguen se desarrollan con profundidad estas disposiciones y sus alcances.

2.2 Las disposiciones sobre participación y consulta como la ‘piedra angular’ del Convenio

Ya se anticipó que la propia OIT declara que las disposiciones sobre consulta constituyen la ‘piedra angular’ del Convenio. Según la Guía del Convenio:

“El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio 169, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación plena del Convenio en una serie de países”.³⁸

¿Pero qué significa exactamente que los mecanismos de consulta sean la piedra angular del Convenio? La Guía del Convenio lo explica de esta forma:

“El Convenio exige que los pueblos indígenas puedan participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Por ende, los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio 169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”, si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación. Las disposiciones sobre consulta y participación deben leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas”.³⁹

38 OIT (2009) ;p. 59.

39 OIT (2009) ;p. 59.

Así, de acuerdo a la Guía del Convenio, los mecanismos de consulta en cuanto 'piedra angular' tienen, como principales notas distintivas, las siguientes:

- Buscan garantizar -como objetivo principal- que los pueblos indígenas puedan participar en forma efectiva y eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.
- Son disposiciones clave, sobre las cuales 'reposa la aplicación de las demás disposiciones' (en particular los artículos 6 y 7).
- Deben leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas.

En otras palabras, de lo antes señalado puede desprenderse que los mecanismos de participación y consulta tienen una doble relevancia: por una parte, permiten concretar el derecho de participación de los pueblos indígenas, y por otra -no menos importante- son un canal para la realización de los demás derechos de los pueblos indígenas.

Complementando estas notas distintivas, la Guía del Convenio da un paso más y aporta las siguientes precisiones⁴⁰:

- En todos los niveles de tomas de decisiones: Por 'procesos de toma de decisiones' debemos entender "todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos".
- Afectación directa: Por procesos de toma de 'decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses' se refiere a aquellos "procesos que puedan afectarles directamente".
- Forma clave de diálogo: La consulta se considera una forma clave de diálogo 'que sirve para armonizar intereses contrapuestos' y "evitar, así como también resolver, conflictos".

40 OIT (2009); p. 60.

- Reaccionar y proponer: La consulta no implica solo el derecho de reaccionar, sino también el derecho de proponer, lo que resulta “al interrelacionar los principios de consulta y participación”, pues “los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural”.
- El responsable de desarrollar las consultas es el Estado: “Dentro del contexto del Convenio 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias”.⁴¹ Y lo reitera de este modo: “El área central de aplicación de los conceptos de consulta y participación se halla en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados”.

41 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 61.

2.3 La participación y consulta en relación con el derecho a la libre determinación

Un segundo elemento relevante es la relación entre los mecanismos de participación y consulta y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Como se sabe, el Convenio consagró el derecho a la libre determinación en su artículo 7 N° 1 con una configuración distinta a la que utilizan los otros instrumentos internacionales que lo estipulan. En el cuadro que sigue se puede apreciar lo anterior.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos/ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Convenio 169 OIT (1989)	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)
Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (artículo 1 N° 1).	Los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo , en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 7 N° 1).	Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Como salta a la vista, el Convenio no vincula expresamente el ‘derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo’ de los pueblos indígenas con los mecanismos de participación y consulta que establece. Tampoco lo hace la Guía del Convenio. Sin embargo, esa vinculación es evidente al relacionar el preámbulo del Convenio con sus disposiciones. El preámbulo dice lo siguiente:

“Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen acon-

sejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, **a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores**” (el destacado es nuestro).

Y agrega, inmediatamente, a continuación:

“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos **a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener** y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Como se puede apreciar, el propio preámbulo del Convenio señala expresamente que busca eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores y a continuación reconoce la aspiración de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico. Esta aspiración es consagrada en el artículo 7 del Convenio cuando establece que ‘los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo’. Y este derecho -en cuanto fórmula utilizada por el Convenio para consagrar el derecho a la libre determinación- tiene su expresión precisamente en los mecanismos de participación y consulta que constituyen la ‘piedra angular’ de este tratado.

2.4 Mecanismos de participación y consulta en el Convenio

El Convenio contiene una serie de disposiciones que establecen mecanismos de participación y consulta. Estos mecanismos se introducen en la tabla a continuación:

Disposición	Mecanismo de participación y/o consulta
Artículo 2 N° 1	Deber de los gobiernos de asumir la responsabilidad de desarrollar –con la participación de los pueblos indígenas– una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos, y a garantizar el respeto de su integridad.
Artículo 5 letra c)	Deber de los gobiernos de adoptar –con la participación y cooperación de los pueblos indígenas– medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.
Artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2	<p>Deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas, 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 – N° 1 letra a).</p> <p>Deber de los gobiernos de establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas 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 – N° 1 letra b).</p> <p>Deber de los gobiernos de 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 – N° 1 letra c).</p> <p>Deber de los gobiernos de llevar a cabo las consultas 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 – N° 2.</p>
Artículo 7 N° 1 y N° 2	<p>Derecho de los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural -N° 1 primera parte.</p> <p>Derecho de los pueblos indígenas de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente –N° 1 segunda parte.</p> <p>Deber de los gobiernos de elaborar –con la participación y cooperación de los pueblos indígenas– planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan dichos pueblos priorizando el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y de su nivel de salud y educación – N° 2.</p>

Artículo 15	<p>Deber de los gobiernos de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos –Nº 1.</p> <p>Deber de los gobiernos de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas –en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras- a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras –Nº 2 primera parte.</p>
Artículo 16	<p>Deber de los gobiernos de efectuar el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas – excepcionalmente y cuando fuere necesario– solo con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa –Nº 2 primera parte.</p> <p>Deber de los gobiernos de efectuar el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas –cuando no pueda obtenerse su consentimiento– solo al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de estar efectivamente representados –Nº 2 segunda parte.</p>
Artículo 17 Nº 2	<p>Deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad –Nº 2.</p>
Artículo 22 Nº 1, Nº 2 y Nº 3	<p>Deber de los gobiernos de tomar medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos indígenas en programas de formación profesional de aplicación general –Nº 1.</p> <p>Deber de los gobiernos de asegurar –con la participación de los pueblos indígenas– que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a sus necesidades especiales –Nº 2.</p> <p>Deber de los gobiernos de basar los programas especiales de formación en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos indígenas, y de realizar todo estudio a este respecto en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas –Nº 3 primera parte.</p>
Artículo 23 Nº 1	<p>Deber de los gobiernos de reconocer a la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos, y de velar –siempre que haya lugar y con la participación de los pueblos indígenas– porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades –Nº 1.</p>
Artículo 27 Nº 2 y Nº 3	<p>Deber de los gobiernos –a través de la autoridad competente– de asegurar la formación de miembros de los pueblos indígenas y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar –Nº 2.</p> <p>Deber de los gobiernos de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos, y de facilitarles recursos apropiados con tal fin –Nº 3.</p>
Artículo 28 Nº 1	<p>Deber de los gobiernos, siempre que sea viable, de enseñar a los niños de los pueblos indígenas a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan –Nº 1 primera parte.</p> <p>Deber de los gobiernos a través de las autoridades competentes, cuando lo anterior no sea viable, de celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo –Nº 1 segunda parte.</p>

2.5 El derecho-deber de consulta indígena. Principios rectores o estándares

El artículo 6 N° 1 letra a) en relación con el N° 2 de la misma disposición establecen en conjunto la que podríamos llamar ‘norma paraguas’ de los mecanismos de consulta consagrados en el Convenio.

Derecho	Deberes de los gobiernos
Derecho de consulta previa	1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
	2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Desde un punto de vista de su estructura, el artículo 6 tiene dos componentes principales:

- Una hipótesis específica de obligación de consulta indígena que es responsabilidad de los gobiernos -la consulta previa de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, establecida en el artículo 6 N° 1 letra a); y
- Dos reglas o estándares generales aplicables a todas ‘las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio’, es decir, que deben efectuarse
 - i) De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias; y
 - ii) Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Por otra parte, de la lectura del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 se desprende que los principios rectores o estándares de la obligación de consulta indígena son los siguientes:

- Es una obligación de los gobiernos.
- Se consultan medidas administrativas y legislativas.
- Susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Cada vez que se ‘prevean’ dichas medidas.
- Mediante procedimientos apropiados.
- A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.
- 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.

El cuadro que se inserta a continuación sistematiza estos principios rectores o estándares:

Principios rectores o estándares de la obligación de consulta indígena	
Quién debe consultar	Los ‘gobiernos’
Qué se consulta	Medidas administrativas y legislativas
En qué casos se consulta	Susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios
Cuándo se consulta	En forma previa (cada vez que se ‘prevean’ dichas medidas)
Como se consulta	Mediante procedimientos apropiados De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias
A quién se consulta	A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas
Para qué se consulta	Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas

Como se aprecia a simple vista, el artículo 6 del Convenio consagra estos principios rectores o estándares en términos bastante generales y amplios. Esto último implica que es tarea de los gobiernos el regu-

larlos con mayor detalle, y de los tribunales de justicia el interpretarlos correctamente. Sobre el particular, debe tenerse presente el principio de flexibilidad establecido por el artículo 34 del Convenio, según el cual “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Por ende, los gobiernos disponen de un margen de flexibilidad para implementar la obligación de consulta indígena de un modo que tome en cuenta las condiciones propias de cada país, pero dicha flexibilidad no puede ser pretexto para afectar este derecho en su esencia.

Los principios rectores o estándares antes señalados evidencian además por qué a esta institución se la ha llamado, con razón, el “derecho-deber” de consulta indígena.

2.6 El derecho-deber de consulta indígena. Desarrollo e interpretación de sus principios rectores o estándares

Precisamente porque el artículo 6 consagra los principios rectores o estándares de la consulta en términos bastante generales y amplios, el órgano interpretativo del Convenio -la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT- ha emitido observaciones y recomendaciones respecto a la obligación de consulta, las que van delineando una cierta doctrina respecto a los principios o estándares ya mencionados.

Tal vez la más importante de estas opiniones es la Observación General publicada en 2011, en que la Comisión de Expertos señaló⁴²:

- “1. Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

De todo lo anterior se desprende que, las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio.

42 CEACR (2011); p. 11.

Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”.

Por su parte, la Guía del Convenio desarrolla algunos de estos principios rectores o estándares.

A través de instituciones representativas: En cuanto al estándar según el cual las consultas deben llevarse a cabo a través de instituciones representativas, la Guía del Convenio señala que:

“Antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad (ver también el capítulo 4 donde se habla del respeto por las instituciones indígenas). Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que “lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”.⁴³

La observación de este estándar incluye apoyar el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas así como brindar los recursos necesarios, pues “a lo largo de la historia, los procesos discriminatorios han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de las instituciones de gobierno de los pueblos indígenas, lo que ha producido una asimetría en las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados”.⁴⁴

Con buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias: Según la Guía del Convenio, esto significa que “las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe. Por otra parte,

43 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 61.

44 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 62.

los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad. Debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales.”

A través de los procedimientos adecuados: Conforme a la Guía del Convenio, “Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Con frecuencia, los procesos generales de audiencia pública no resultan suficientes. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes”.

Con miras a lograr un acuerdo o consentimiento: “De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos”, señala la Guía del Convenio.⁴⁵

En el siguiente cuadro se muestra cada principio rector o estándar, lo que establece el Convenio a su respecto, y lo que han observado tanto CEACR como la Guía del Convenio en relación a los mismos.

45 Organización Internacional del Trabajo (2009), p. 62.

Principio rector o estándar	Qué establece el artículo 6 del Convenio	Qué ha observado CEACR	Qué dice la Guía del Convenio
Quién debe consultar	Los 'gobiernos' ⁴⁶	En relación con la autoridad responsable de las consultas, los artículos 2 y 6 establecen la responsabilidad de los gobiernos. En virtud del artículo 6 los gobiernos deberán «consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados...» y «establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente...» - CEACR, 2011.	Dentro del contexto del Convenio 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias.
Qué se consulta	Medidas administrativas y legislativas	En relación con el objeto de las consultas, la Comisión considera que las consultas con los pueblos indígenas y tribales deben tener lugar concretamente en relación con las siguientes cuestiones: cuestiones legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente (<i>artículo 6, 1, a</i>) - CEACR, 2011.	El objetivo principal de las disposiciones de estos artículos es garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente.
En qué casos se consulta	Susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas	Sin pronunciamientos específicos.	Sin pronunciamientos específicos.
Cuándo se consulta	En forma previa (cada vez que se 'prevean' dichas medidas)	La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión - con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas - de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes - CEACR, 2009.	'Previo' debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas (citando las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los pueblos indígenas de 2008).

46 Con ocasión de su visita a Chile en diciembre de 2010, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que cuando el artículo 6 ocupa la voz 'gobiernos' se está refiriendo al órgano ejecutivo. Agregó que si bien es bueno y deseable que el órgano legislativo también lleve a cabo consultas, a quien se le exige el cumplimiento de este derecho es a los gobiernos en tanto órgano ejecutivo.

<p>Como se consulta</p>	<p>Mediante procedimientos apropiados</p> <p>De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias</p>	<p>-Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe.</p> <p>-Debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.</p> <p>-Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias.</p> <p>-Las consultas pro forma o la simple información no cumplen con los requisitos del Convenio – CEACR, 2011.</p>	<p>-Las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua.</p> <p>-Los gobiernos deben reconocer los organismos de representación.</p> <p>-Los gobiernos deben procurar llegar a un acuerdo.</p> <p>-Los gobiernos deben llevar adelante negociaciones genuinas y constructivas.</p> <p>-Los gobiernos deben evitar demoras injustificadas.</p> <p>-Los gobiernos deben cumplir con los acuerdos pactados.</p> <p>-Los gobiernos deben implementar los acuerdos de buena fe.</p> <p>-Los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad.</p> <p>-Los gobiernos deben otorgar tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales.</p> <p>-Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado.</p> <p>-Los procesos generales de audiencia pública no resultan suficientes, pues la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes.</p>
--------------------------------	---	---	---

A quiéne se consulta	A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas	Las consultas tienen que llevarse a cabo a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas – CEACR, 2011.	-Antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad. -Los órganos de control de la OIT han señalado que “lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”
Para qué se consulta	Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas	-Las consultas deben llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas. -Las consultas pro forma o la simple información no cumplen con los requisitos del Convenio. -Las consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento – CEACR, 2011.	El objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos.

2.7 Vinculabilidad de la consulta

En relación al estándar según el cual la consulta debe llevarse a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de la medida propuesta, una pregunta que suele formularse es si la consulta indígena es vinculante. Esta pregunta puede ser particularmente acuciante si el resultado de una consulta es un desacuerdo o si los grupos indígenas consultados se manifiestan contrarios a la medida propuesta.

En relación a este estándar y la respuesta a dicha pregunta, es pertinente volver a revisar lo que han observado tanto la Comisión de Expertos como la Guía del Convenio:

- Las consultas deben llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.
- Las consultas pro forma o la simple información no cumplen con los requisitos del Convenio.
- Las consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.
- El objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos.

Estas reglas y la interpretación que se ha hecho de ellas permiten afirmar que la consulta constituye una obligación de medios y no de resultados. En otras palabras, “alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente”.⁴⁷ De este modo, se exige a los gobiernos

47 Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Programa para Promover el Convenio 169 (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 17.

emplear todos los esfuerzos que sean razonables para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento -actuando de buena fe- pero la falta de dicho acuerdo o consentimiento no afecta la validez de la consulta si esta cumplió con los estándares del Convenio.

Tomando en consideración lo anterior, para responder entonces la pregunta inicial sobre si la consulta es o no vinculante, es necesario distinguir dos escenarios:

- a. Consulta que termina en un acuerdo: Si un proceso de consulta indígena termina con un acuerdo entre el respectivo órgano de la administración y los grupos indígenas consultados, no puede haber duda alguna en cuanto a que ese resultado de la consulta -el acuerdo arribado- sí es plenamente vinculante. Esto significa que los acuerdos de una consulta desarrollada por un gobierno son también vinculantes para el gobierno que lo sucede. Concluir lo contrario sería desproveer de todo sentido a la consulta indígena.
- b. Consulta que termina en un desacuerdo o rechazo a la respectiva medida: En cambio, si la consulta indígena termina en un desacuerdo o los grupos indígenas consultados expresan su rechazo a la dictación de la respectiva medida, dicho resultado no es vinculante en el sentido que tal desacuerdo o expresión de rechazo no implican un derecho de veto ni impide al órgano respectivo dictar la medida prevista. Sin embargo, la existencia de un desacuerdo no implica que el órgano pueda desatender la opinión del grupo indígena consultado, pues el objeto de la consulta es precisamente que aquel pueda influir en la medida que se quiere dictar. En este último sentido, se puede afirmar que una consulta que termina en desacuerdo también es vinculante en cuanto obliga a considerar las opiniones e inquietudes expresadas durante el proceso.

Adicionalmente, en todo proceso de consulta indígena -sea que termina en acuerdo o desacuerdo- el órgano de la administración responsable de dictar la respectiva medida debe cumplir con los siguientes requisitos:

- La decisión adoptada por el gobierno (dictación de una medida administrativa o legislativa) debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio a los pueblos indígenas.
- La decisión debe ser adecuadamente fundamentada, incluyendo la forma en que se ha considerado (o no) la opinión de los grupos indígenas consultados.

Estos requisitos, como es natural, adquieren mayor relevancia cuando el proceso de consulta ha terminado en un desacuerdo o no se ha podido lograr el consentimiento.

Por otra parte, “la importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados”.⁴⁸ Un buen ejemplo de lo anterior es el caso del traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, en que el artículo 16 del Convenio pone especial acento en la importancia de obtener el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

48 Organización Internacional del Trabajo (2013); p. 17.

2.8 Reglamentación interna de la consulta del artículo 6 del Convenio

En el ámbito interno la regulación de la consulta es relativamente reducida, lo que en todo caso no ha impedido su aplicación dado que, como está explicado más arriba, se trata de una obligación autoejecutable que impone el convenio 169. Sin perjuicio de la referencia a procesos de consulta que se encuentran en algunas leyes especiales, la regulación más detallada corresponde a la normativa reglamentaria emanada del Poder Ejecutivo.

Norma	Artículo	Materia	Texto
Ley N° 20936 Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional	Nuevo art. 93° de la Ley General de Servicios Eléctricos, inciso 2°	Consulta o participación del Convenio respecto al estudio preliminar de franja	El estudio preliminar de franja y su respectiva Evaluación Ambiental Estratégica deberá tener en especial consideración, respecto de las alternativas que pondere, los criterios y patrones de sustentabilidad por donde pudieren pasar las franjas. El estudio preliminar de franja deberá someterse al proceso de Consulta o Participación Indígena contemplado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuando el convenio así lo determine (el destacado es nuestro).
Ley N° 20.249 Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios	Art. 8° Incisos 4°, 5° y 7°	Consulta del establecimiento del ECMPO a las comunidades indígenas próximas al mismo	"En caso de que el informe de la CONADI establezca la efectividad del uso consuetudinario invocado por el solicitante, o si el Ministerio de Planificación hubiere acogido el recurso de reclamación, en su caso, la CONADI deberá someter inmediatamente a consulta de las comunidades indígenas próximas al espacio costero marino de pueblos originarios el establecimiento del mismo. Igualmente, y dentro del mismo plazo, la CONADI deberá informar a la comunidad regional sobre la presentación de la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios mediante mensaje radial y una publicación en un diario de circulación regional (inciso 4°)".
Resolución Exenta N° 582/1997 de CONADI Aprueba Instructivo Interno sobre Proceso de autorización de solicitudes de permutas de Tierras Indígenas	Art. 10 en relación al art. 4°	CONADI debe considerar la opinión (consultar) a las organizaciones indígenas involucradas en la solicitud de permuta	"Será requisito obligatorio para los casos previstos en el artículo 4° del presente instructivo, que la CONADI en el proceso de análisis de la permuta, considere la opinión de las organizaciones indígenas involucradas, dando cumplimiento de esta forma con lo establecido por el artículo 34 de la ley N° 19.253".

2.8.1 Reglamentación temprana de la consulta del artículo 6: el Decreto Supremo N° 124 de 2009

Solo diez días después de la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, con fecha 25 de septiembre de 2009, entró en vigencia el Decreto Supremo N° 124 ('DS 124') dictado por el entonces Ministerio de Planificación (hoy Ministerio de Desarrollo Social), cuyo objetivo era regular la consulta indígena del Convenio por la vía de reglamentar el artículo 34 de la Ley N° 19.253.⁴⁹

El propio DS 124 estableció que se trataba de una reglamentación provisoria y que junto con su entrada en vigencia debía iniciarse inmediatamente un proceso de 'consulta de la consulta' para desarrollar una reglamentación permanente de la consulta del artículo 6 del Convenio.

El DS 124 fue derogado con fecha 4 de marzo de 2014 junto con la entrada en vigencia de la actual reglamentación de la consulta que se menciona a continuación.

2.8.2 Reglamentación doméstica actualmente vigente de la consulta del artículo 6

Actualmente, la consulta del artículo 6 del Convenio ha sido objeto de las siguientes dos reglamentaciones:

- (i) Reglamentación de la consulta indígena del permiso o licencia ambiental, en tanto principal medida administrativa que autoriza los proyectos de inversión, a través del Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013 ('DS 40').
- (ii) Reglamentación de la consulta indígena para el resto de las medidas administrativas y también para las medidas legislativas, a través del Decreto Supremo N° 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que entró en vigencia el 4 de marzo de 2014 ('DS 66').⁵⁰

49 Diario Oficial, 25 de septiembre del 2009.

50 Diario Oficial, 4 de marzo del 2014.

En el cuadro inserto a continuación se explican y comparan ambas regulaciones con mayor detalle.

Materia	DS 66 Reglamento general de consulta	DS 40 Reglamenta consulta en el marco del SEIA
Órgano u órganos responsables de desarrollar la consulta	<p>Artículo 12</p> <p>El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.</p>	<p>Artículo 85</p> <p>El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar el proceso de consulta.</p>
Medidas administrativas que deben ser sometidas a consulta (incluyendo regulación del estándar de 'susceptibilidad de afectación directa')	<p>Artículo 7 inciso 3 y siguientes</p> <p>Consulta aplica a:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Actos formales – Dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado – Que contienen una declaración de voluntad – Cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción – Cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. 	<p>Artículo 8 DS 66</p> <p>Consulta aplica a:</p> <ul style="list-style-type: none"> – -La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en conformidad a lo establecido en la ley Nº19.300 y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta. <p>Artículo 85 DS 40</p> <p>"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.</p> <p>En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo</p>

		<p>efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.</p> <p>En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.</p>
Oportunidad de la consulta	<p>Artículo 11</p> <p>Carácter previo de la consulta. La consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente.</p>	<p>En forma previa a la dictación de la resolución de calificación ambiental.</p> <p>Instructivo consulta SEIA⁴</p> <p>El apartado 1.3 (Principios del proceso de consulta a pueblos indígenas en el SEIA) establece en su letra c) que la consulta debe ser previa, es decir, debe realizarse desde las etapas más tempranas posibles, con la finalidad de que los GHPPi puedan influir de manera real y efectiva sobre la medida propuesta. El órgano responsable siempre realizará la Consulta antes de la dictación de la medida administrativa.</p> <p>El apartado 1.4 (Naturaleza incidental del procedimiento de consulta en el SEIA) establece que no es posible calificar la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad sin antes contar con el informe final y la resolución de término de la Consulta, que dé cuenta del acuerdo alcanzado o de la imposibilidad de alcanzarlo. Tal característica pone de manifiesto que se trata de una cuestión incidental de previo y especial pronunciamiento, pudiendo el Servicio de Evaluación Ambiental aplicar el artículo 32 de la ley N°19.880, con el objeto de suspender la evaluación ambiental del proyecto o actividad, cuando así corresponda.</p>
Estándares y principios de la consulta	<p>Artículo 3. Cumplimiento del deber de Consulta (finalidad de la Consulta Previa).</p> <p>El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.</p> <p>Artículo 9. Buena fe.</p> <p>La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal</p>	<p>Artículo 85</p> <p>El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar un proceso de consulta que tenga los siguientes estándares:</p> <ul style="list-style-type: none"> – De buena fe. – Que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo. – A través de sus instituciones representativas. – De modo que puedan participar de manera informada. – Que tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. – Participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva. – Deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Estándares y principios de la consulta

y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable.

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

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

Artículo 10. Procedimiento apropiado.

El procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 deberá aplicarse con flexibilidad.

Para efecto de lo anterior, este deberá ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias.

Asimismo, los órganos responsables indicados en el artículo 4º del presente reglamento deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada.

Artículo 11. Carácter previo de la consulta.

La consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida

No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

Instructivo consulta SEIA

El apartado 1.3 (Principios del proceso de consulta a pueblos indígenas en el SEIA) establece que todo proceso de consulta se debe desarrollar con especial observancia de los principios y ámbitos que en él se indican y que se basan en los artículos 9, 10 y 11 del DS 66.

<p>Estándares y principios de la consulta</p>	<p>Artículo 11. Carácter previo de la consulta.</p> <p>La consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente.</p> <p>A fin de dar cumplimiento a lo anterior, el órgano responsable deberá determinar, con la debida antelación, la procedencia de la consulta de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del presente reglamento.</p> <p>Con todo, el órgano responsable siempre realizará la consulta antes de la dictación de la medida administrativa y, en el caso de las medidas legislativas, deberá realizarse antes del envío al Congreso del mensaje del Presidente de la República, conforme a las etapas y plazos del procedimiento establecidos en los artículos 16 y 17 del presente reglamento.</p>	
<p>Etapas de la consulta</p>	<p>Artículo 16</p> <p>Toda consulta debe contemplar las siguientes etapas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Planificación del Proceso de Consulta. 2. Entrega de información y difusión del proceso de consulta. 3. Deliberación interna de los pueblos indígenas. 4 Diálogo. 5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta. 	<p>Artículo 8 DS 66</p> <p>La consulta se debe realizar respetando el artículo 16 del DS 66 en lo que se refiere a las etapas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Planificación del Proceso de Consulta. 2. Entrega de información y difusión del proceso de consulta. 3. Deliberación interna de los pueblos indígenas. 4. Diálogo. 5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.
<p>Plazos de la consulta</p>	<p>Artículo 17</p> <p>Medidas legislativas (que se deban iniciar por mensaje del Presidente de la República): cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles.</p>	<p>Artículo 8 DS 66</p> <p>La consulta se debe realizar dentro de los plazos que establece la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.</p> <p>Instructivo consulta SEIA</p> <p>El apartado 1.4 (Naturaleza incidental del procedimiento de consulta en el SEIA) establece</p>

<p>Plazos de la consulta</p>	<p>Sin perjuicio de lo anterior, el órgano responsable de la medida, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, podrá, en la etapa de planificación, modificar los plazos señalados por motivos justificados, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular.</p>	<p>que los plazos para la realización de la consulta corresponden al plazo del proceso de evaluación del proyecto en el SEIA, incluyendo la ampliación o suspensión de plazos legales –solicitadas por el titular–, o aquellos dispuestos de manera excepcional por el Servicio de Evaluación Ambiental, mediante la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley N°19.880, lo anterior inspirado en los principios de buena fe y flexibilidad.</p>
<p>Actores involucrados en la consulta</p>	<p>-Órgano de la administración del Estado responsable de coordinar y ejecutar el proceso de Consulta Previa (artículos 2 y 3).</p> <p>Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (artículo 4).</p> <p>-Pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas.</p> <p>Pueblos indígenas. Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas aquellos que define el artículo primero del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1º de la ley N° 19.253 (artículo 5º inciso 1º).</p> <p>Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2º de la ley N° 19.253 (artículo 5º inciso 2º).</p> <p>Sujetos e instituciones representativas. La consulta se realizará a los pueblos indígenas que correspondan a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales,</p>	<p>Artículo 85</p> <ul style="list-style-type: none"> – Servicio de Evaluación Ambiental, SEA – Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas, GHPPI <p>Instructivo consulta SEIA⁵¹</p> <p>El apartado 3.3 (Rol del Titular en la Consulta) establece que el proponente o titular del proyecto de inversión (sea público o privado) se considera como interesado, tanto en el procedimiento de evaluación ambiental, como en el procedimiento incidental en virtud del cual se realiza la Consulta (artículo 21 N° 1 y N°3 de la ley N° 19.880).</p> <p>En la fila siguiente se describe con más detalle el rol de las empresas en su calidad de titulares de proyectos o iniciativas de inversión.</p>

51 Por Oficio Ordinario de la Dirección Ejecutiva N° 161116 del Servicio de Evaluación Ambiental, del 24 de agosto de 2016, se aprobó el 'Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental' (en adelante también 'Instructivo consulta SEIA').

<p>Actores involucrados en la consulta</p>	<p>según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente (artículo 6° inciso 1°).</p> <p>Una vez efectuada la convocatoria de conformidad con el artículo 15 del presente reglamento, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253 (artículo 6° inciso 2°).</p> <p>* Aunque el DS66 no incluye como sujetos de consulta a las comunidades afrodescendientes, desde la publicación de la Ley N° 21.151 en abril de 2019 debe entenderse que son también sujetos de Consulta Previa los afrodescendientes chilenos, a quienes el artículo 1° de dicha ley reconoció como un pueblo tribal y el artículo 5° reconoció expresamente el derecho a la Consulta Previa.</p>	
<p>Rol del órgano responsable de desarrollar la consulta</p>	<p>Artículo 12</p> <p>Responsable de los procesos de consulta. El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.</p> <p>Artículo 13</p> <p>Procedencia de la consulta. El proceso de consulta se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7° de este reglamento. Para efectos de lo anterior, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.</p>	<p>Artículo 85</p> <p>El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar un proceso de consulta con las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none"> – De buena fe. – Que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. – El SEA establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. – En este proceso participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva. – Este proceso deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

Rol del órgano responsable de desarrollar la consulta

Asimismo, cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundadamente, al órgano responsable de la medida, la realización de un proceso de consulta. Se entenderán por solicitudes fundadas aquellas peticiones que indiquen a lo menos los hechos y razones que las sustentan. (...)

El órgano responsable deberá, mediante resolución fundada, pronunciarse sobre la solicitud en los términos de este reglamento, en un plazo no superior a 10 días hábiles, plazo que se suspenderá cuando el órgano responsable solicite un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, hasta que esta emita su informe dentro del plazo señalado en el inciso 1º del presente artículo, vencido el cual se resolverá prescindiendo de aquel.

La decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable. (...)

Artículo 14 – Asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

A la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena "le corresponderá especialmente la coordinación y ejecución en su caso de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado, señalados en el artículo 4º del presente reglamento, para la realización de procedimientos de consulta."

– En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.

2.9 Consulta de medidas legislativas

Tal como ya se ha indicado, uno de los estándares del derecho-deber de consulta indígena es que este se aplica tanto a medidas administrativas como legislativas. Si bien la determinación del alcance de la consulta en relación con las medidas administrativas dista de ser pacífica, es necesario revisar la situación particular de las medidas legislativas.

Como ya se anticipó, actualmente la consulta se encuentra regulada en el DS 66 de 2014, que sucedió al DS 124 de 2009, y que acota el ámbito de las medidas legislativas a consultar a los proyectos de ley o reforma constitucional iniciados en mensajes⁵², sometiéndolos a un proceso estándar de consulta que solo se diferencia de la consulta de las medidas administrativas en el plazo de cada una de las etapas⁵³ y en la definición de lo que se entiende por carácter previo.⁵⁴ La definición del objeto de la consulta es ligeramente distinta entre la actual reglamentación y la anterior, siendo la regulación actual algo más restrictiva que la precedente. En efecto, para la procedencia de la consulta la reglamentación actual añade la necesidad de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas:

DS 124 de 2009	DS 66 de 2014
"Medidas legislativas son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados".	"Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas".

52 "Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de estos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas (art. 7º inciso 2º)".

53 Artículo 17 letra a).

54 Artículo 11 inciso 3º.

De este modo, la actual regulación incluida en el DS 66 solo tiene alcance respecto a las medidas legislativas anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional –cuando estas se inician por el ejecutivo, quedando fuera de su ámbito aquellas iniciativas cuyo origen es una moción parlamentaria–.

Por otra parte y a la fecha, la consulta indígena de medidas legislativas carece de una regulación legal y constitucional, fenómeno que se acompaña de escasos criterios jurisprudenciales y doctrinales. Esta omisión se debe en parte a la inactividad del Congreso Nacional y en parte a la interpretación que el Tribunal Constitucional ofreció en la primera sentencia que dictó sobre el Convenio en el año 2000. En efecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000, señaló que la norma convencional de la consulta:

“Tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula ‘La facultad de las comisiones se refiere a las comisiones legislativas ‘para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado’.

En efecto, la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para la comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender”.⁵⁵

55 Tribunal Constitucional, Rol N° 309, 4 de agosto de 2000, considerando 7º.

La interpretación hacía entonces innecesaria cualquier reforma constitucional o legislativa que abriese paso al nuevo procedimiento que consideraba el Convenio. Anticipándose a lo que sería una de las primeras disputas en los litigios de aplicación del Convenio tras su entrada en vigencia a partir del año 2009, el Tribunal Constitucional hizo presente la naturaleza distinta y *sui generis* del procedimiento de consulta:

“La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, N° 1º, letra a), de la Convención 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu* si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2º del mismo artículo 6º”.⁵⁶

De la autoejecutividad del deber de consulta legislativa -reconocida por el Tribunal Constitucional- no se siguió una práctica consistente a nivel legislativo. El Ejecutivo, por una parte, hizo lo propio y se limitó a aplicar primero el DS 124 y luego el DS 66, dando lugar a procesos de consulta de medidas legislativas que en más de una oportunidad fueron impugnados judicialmente. El Congreso Nacional, por su parte, no propició reforma reglamentaria alguna para contrapesar las presuntas limitaciones de la reglamentación administrativa. En efecto, la regulación administrativa no puede invadir la autonomía parlamentaria y, por lo tanto, la criticada referencia exclusiva a las iniciativas de origen presidencial (art. 7º del DS 66) debe interpretarse solamente como consecuencia de la ausencia de competencia del Poder Ejecutivo para regular la tramitación intra-parlamentaria de los proyectos. En efecto, esta última materia, con independencia

56 Ibid.

del carácter auto ejecutable del deber de consulta, es primeramente materia de ley (como debe ser la regulación de todo derecho fundamental) y solo secundariamente materia de reglamentos camerales.

El escaso interés del Congreso Nacional por normar la consulta se evidencia en el hecho que solo se ha limitado a crear en el año 2013 una Comisión Bicameral para dar cumplimiento al art. 6° del Convenio 169⁵⁷, la que según la información oficial del Congreso Nacional no registra actividad desde el mes de enero del año 2016.⁵⁸ Recién en enero de 2020 se registra el ingreso de una moción que no ha mostrado ningún avance.

En todo caso, conviene en este punto hacer referencia a la postura que ha manifestado la propia Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia. Con ocasión de su visita a Chile en diciembre de 2010, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que cuando el artículo 6° del Convenio ocupa la voz 'gobiernos' se está refiriendo al órgano ejecutivo. Agregó que si bien es bueno y deseable que el órgano legislativo también lleve a cabo consultas, a quien se le exige el cumplimiento de este derecho es a los gobiernos en tanto órgano ejecutivo. Si bien esta posición es comprensible y consistente con las disposiciones del Convenio, no resuelve la situación específica que afecta a la consulta indígena de las medidas legislativas iniciadas en moción parlamentaria.

Ahora bien, entre los más de cien procesos de consulta que se han realizado hasta la fecha, la proporción de consultas legislativas no alcanza el 10% y el porcentaje de proyectos que ha terminado en ley es todavía menor. En el siguiente cuadro se muestra la situación de los anteproyectos de ley sometidos a consulta.

57 Disponible [en línea](#). Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021. La Ley N°20.641, D. Oficial de 22 de diciembre de 2012, Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2013, contenía una glosa en la Partida: Congreso Nacional que señalaba "En el año 2013 el Congreso Nacional constituirá una Comisión Bicameral para dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT".

58 Disponible [en línea](#). Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021.

Año	Materia	Estado	Ley
2010	Prórroga y modificación a la Ley de Fomento Forestal	Con informe final	Ley N° 20488
2014	Creación del Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio, anteproyecto de ley, convocado por Res. N° 2.131, Diario Oficial de 16 de junio de 2014.	Con informe final	Ley N°21.045
2014	Creación de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígena y del Ministerio de Asuntos Indígenas, convocada por Res. N° 275 y 276, Diario Oficial de 24 de junio de 2014.	Con informe final	No hay
2016	Indicaciones al Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Areas protegidas, convocada por Res. N° 5, Diario Oficial de 20 de enero de 2016.	Con informe final	No hay
2017	Temáticas que han de ser incorporadas en una nueva Constitución para Chile, convocada por Res N° 726, Diario Oficial de 22 de julio de 2017.	Con informe final	No hay
2019	Modificaciones a la Ley N° 19.253 en materia de limitaciones a la propiedad de las tierras indígenas, convocada por Res. N° 241, Diario Oficial de 3 de abril de 2019.	Suspendida por hechos de violencia acaecidos en algunas reuniones, Res. N° 631, Diario Oficial de 1° de octubre de 2019 y terminada por Res. N° 830, Diario Oficial de 19 de noviembre de 2019.	No hay
2020	Reformas legales a la Ley N° 16441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, convocada por Res. N° 74, Diario Oficial de 11 de febrero de 2020.	Informe final pendiente.	No hay

Desde el punto de vista institucional han llamado la atención diversos fenómenos problemáticos que se advierten en el proceso de incorporación del estándar de consulta al proceso legislativo. Entre los problemas que se han judicializado podemos mencionar los siguientes:

- a. La percepción de proyectos inconsultos: Llama la atención que el más emblemático de los proyectos de reforma constitucional con susceptibilidad de afectación directa sobre pueblos indígenas de los últimos doscientos años -el proyecto sobre creación de escaños reservados para el proceso constituyente, que por primera vez en nuestra historia constitucional incluirá a los pueblos indígenas en la Constitución⁵⁹- no haya sido sometido a un proceso oficial

59 Boletín N°13.129-07, Ley N° 21.298, Diario Oficial de 23 de diciembre de 2020.

de consulta a nivel nacional y solo haya admitido la participación a nivel cameral. Esta característica generó la sensación de falta de consulta, la que fue objeto de alguna impugnación judicial infructuosa por la falta de idoneidad de la acción de protección para impugnar leyes.⁶⁰

- b. Ausencia de garantías de cumplimiento del deber de consulta: La tramitación de proyectos de ley con susceptibilidad de afectación directa sobre los pueblos indígenas ha sido objeto de impugnaciones de diversa naturaleza, siendo el recurso de protección la vía más utilizada para impugnar los procedimientos de consulta y los requerimientos de inconstitucionalidad los más excepcionales dada la legitimación restrictiva y la necesidad de haber avanzado el anteproyecto a mensaje o a moción admitido a tramitación parlamentaria. Algunos ejemplos de los conflictos que generan los procesos de consulta de medidas legislativas han sido la auto-marginación (caso de la Comunidad Diaguita Patay)⁶¹ y la demanda por el derecho a la asesoría especializada (caso Asociación Kallfulicán) en la consulta del proyecto de creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y la creación del Consejo Nacional y Consejos de Pueblos Indígenas⁶²; o la solicitud de corrección de defectos durante la tramitación de la consulta (Valderrama y otros)⁶³ o al cierre de esta (*Huichaman*) en la consulta del proceso constituyente convocado durante el segundo mandato de la Presidenta Bachelet.⁶⁴

60 Corte de Apelaciones de Santiago: *Ayavire vs. Arenas* (recurso de protección), 19 de mayo de 2020, confirmado por Corte Suprema, Rol Nº 63.084-2020, 11 de junio de 2020. Véase también Corte de Apelaciones de Arica: *Rivera vs. Cámara de Diputados* (recurso de protección), Rol Nº 1 2021, 18 de enero de 2021, inadmisibile, confirmada por Corte Suprema, Rol Nº 6792-2021.

61 Corte de Apelaciones de Copiapó: *Comunidad Diaguita Patay vs. SEREMI de Desarrollo Social de la III Región* (recurso de protección), Rol Nº 25-2015, 7 de mayo de 2015, rechazado.

62 Corte de Apelaciones de Santiago: *Asociación Indígena Kallfulicán y otros vs. Ministra de Desarrollo Social* (recurso de protección), Rol Nº 16.957-2015, 22 de octubre de 2015, rechazado.

63 La Corte de Apelaciones de Iquique: *Valderrama y otros vs. Seremi de Desarrollo Social de Tarapacá* (recurso de protección), Rol Nº 916-2017, 5 de enero de 2018, había invalidado el proceso de consulta, ordenando reabrir proceso. El fallo revocado por Corte Suprema, Rol Nº 1186 2018, 9 de abril de 2018, por haber sido ya despachado el proyecto de ley por la Presidenta Bachelet.

64 Corte de Apelaciones de Santiago: *Huichamán vs. Ministerio de Desarrollo Social* (recurso de protección), Rol Nº 9858-2018, 15 de febrero de 2018, declarado inadmisibile. Confirmado por C Suprema, Rol Nº 3434-2018, 5 de marzo de 2018.

En el caso del proyecto de reforma constitucional sobre escaños reservados, tramitado con urgencia inusitada tras el llamado plebiscito “de entrada” de octubre de 2020, la falta de consulta llevó a la exclusión de un pueblo (el pueblo tribal afrodescendiente chileno) que solo pudo canalizar su protesta a través de un recurso de protección que fue declarado inadmisibile.⁶⁵

Al contencioso administrativo generado en los tribunales ordinarios, debemos agregar la doctrina del Tribunal Constitucional, donde el criterio más relevante sobre el valor de la consulta indígena se encuentra en la sentencia sobre la reforma a la Ley de Pesca de 2013.⁶⁶ En esta sentencia el Tribunal Constitucional recuerda el rango infra constitucional de los convenios internacionales y en función de esa jerarquía descarta que la omisión de la consulta legislativa pueda tener la entidad de un vicio de constitucionalidad formal

- c. La indeterminación de las medidas legislativas consultadas: La ausencia de una medida legislativa concreta que fuera objeto de una consulta que realmente diese a los pueblos indígenas la capacidad de incidir fue el reproche que presentó ante la OIT el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago⁶⁷ por la consulta que llevó adelante el Ministerio de Desarrollo Social. Algo similar aconteció con la impugnación que algunas organizaciones mapuche huilliches hicieron a la frustrada consulta por las modificaciones a la Ley N° 19.253 que inició el Gobierno del Presidente Piñera en el año 2019.⁶⁸ Es posible que

65 Corte de Apelaciones de Arica: *Rivera vs. Cámara de Diputados* (recurso de protección), Rol N° 1 2021, 18 de enero de 2021, inadmisibile, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 6792-2021. Agrupaciones de afrodescendientes recurrieron en contra del Ministerio de Desarrollo Social y de la Cámara de Diputados por no haber sido incluidos en el proyecto de ley de reforma constitucional sobre escaños reservados.

66 Tribunal Constitucional, sentencia Roles N° 2387-12 y 2388-12, acumulados, 23 de enero de 2013.

67 OIT Consejo de Administración, 326ª Reunión, Ginebra (10-24 de marzo, 2016). Quinto informe complementario: informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago.

68 Corte de Apelaciones de Punta Arenas: *Asociación Indígena Mapuche Huilliche Pewu Antu de Punta Arenas y otros vs. Ministerio de Desarrollo Social y Familia* (recurso de protección, rechazado), Rol N° 636-2019, 7 de agosto de 2019.

este tipo de conflictos, sobre proyectos en estado tan temprano de formación, se vean influenciados por cierto escepticismo que genera la incierta capacidad de incidencia que tienen los pueblos indígenas cuando el proceso legislativo ya se ha iniciado.

Consulta de medidas administrativas: la consulta como trámite esencial y la validez de los actos administrativos terminales

Tribunal: Corte de Apelaciones de Copiapó

Sentencia: 29 de octubre de 2012

Rol N° Civil-250-2012

Doctrina: A diferencia de los actos terminales, los actos trámites revisten la calidad de actos preparatorios sin aptitud para causar agravio por sí mismos y por lo mismo carecen de idoneidad para afectar garantías constitucionales y el derecho de consulta.

Los considerandos más relevantes de este fallo son los siguientes:

“5º) Que sin embargo, y haciendo abstracción de los términos empleados por el recurrente en su libelo, al imputar a la autoridad recurrida, sin mayor precisión, intenciones reñidas con la licitud y buena fe, usando de expresiones que no se compatocen o son propias de una acción de amparo de derechos fundamentales, es lo cierto que, a diferencia de lo sostenido por aquella parte, tanto la Comisión de Evaluación Ambiental de la III Región de Atacama, en su informe de fojas 92, como la titular del proyecto, sociedad Contractual Minera El Morro, en su escrito de fojas 115, han sido categóricos en afirmar que, para los efectos de la evaluación ambiental del citado proyecto, jamás han desconocido el derecho de propiedad de la Comunidad recurrente, ni el de todos sus miembros, como tampoco su pertenencia a la etnia diaguíta, sin ningún tipo de discriminación, lo que igualmente reiteraron en sus alegatos los abogados que representaron sus intereses en estrados,

cobrando particular relevancia a este respecto lo expresado por el señor abogado de la titular del proyecto en cuestión, en cuanto refirió que su parte no discutirá jamás, en lo que son los lineamientos de base del mismo, la calidad de comunidad indígena invocada por los recurrentes, así como la de cada uno de los individuos que la conforman, sea que ello haya tenido lugar por reconocimiento legal o simplemente por autodeterminación. Asimismo, 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 y desde igual perspectiva, vulneración alguna de las garantías presuntamente amagados, lo que conduce a la desestimación del presente arbitrio.

6º) Que por otro lado, tampoco puede perderse de vista que las actuaciones impugnadas constituyen meros actos trámites -que no son los únicos-, inmersos en el procedimiento de Evaluación de Calificación Ambiental, del cual el ICSARA 5 no reviste más que la calidad de un acto administrativo preparatorio sin aptitud para causar agravio por sí mismo y no corresponde a aquellos actos terminales, que por lo mismo carece de idoneidad para afectar garantía constitucional alguna, lo que igualmente impide acoger el recurso de autos”

Fallo confirmado por sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de diciembre de 2012.

En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 5 de junio de 2013, Rol N° Civil-151-2013, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 27 de junio de 2013, rol N° 4013-2013.

2.10 El mecanismo de participación del artículo 7 del Convenio

El artículo 7 N° 1 segunda parte constituye, como ya se ha visto, la otra disposición clave del Convenio en lo que se refiere a mecanismos de consulta y participación de los pueblos indígenas.

Derecho	Deberes de los gobiernos
Derecho de participación	1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Tal como ya se dijo, según la Guía del Convenio “los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio 169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”.⁶⁹ Y agrega:

“La obligación de consultar a los pueblos indígenas surge en un nivel general, en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio. En particular, el Convenio exige que se permita la libre participación de los pueblos indígenas en todos los niveles de la formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afecten directamente”.⁷⁰

El artículo 7 N° 1 segunda parte se estructura en base a los siguientes componentes o estándares:

- Es un derecho de participación.

69 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 59.

70 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 61.

- La participación se refiere a la formulación, aplicación o implementación y evaluación de planes y programas en cuanto etapas del ciclo de las políticas públicas.
- Se refiere específicamente a planes y programas de desarrollo.
- Cuyo alcance es nacional o regional.
- Cuando dichos planes o programas sean susceptibles de afectarles directamente.

Un caso de implementación del artículo 7 N° 1 del Convenio: el proceso de participación para la construcción del Capítulo Indígena de la Política Energética 2050

Entre 2014 y 2016, el Ministerio de Energía llevó a cabo un proceso de participación para la construcción del Capítulo Indígena de la Política Energética 2050, proceso que desde el punto de vista normativo se fundamentó explícitamente en el artículo 7 N° 1 del Convenio.

De acuerdo a lo reportado por el Ministerio de Energía, el proceso participativo de elaboración de este capítulo tuvo 5 fases:

- Mesa energía y pueblos indígenas (34 encuentros entre 2014 y 2015).
- Encuentros macrozonales metodológicos (5 encuentros en 2015)
- Encuentros locales (41 encuentros en 2016).
- Encuentros macrozonales para acordar contenidos (3 encuentros en 2016).
- Encuentro nacional de cierre de contenido (43 asistentes en jornada del 30 de noviembre de 2016).

Como resultado de este proceso, en junio de 2017 se publicó por dicho ministerio el 'Capítulo Indígena de la Política Energética 2050', el que incluye por un lado una 'visión y principios' y por otro los lineamientos de trabajo en materia indígena, los que habían sido discutidos en el marco del mismo proceso participativo.

Comité de Seguimiento: uno de los acuerdos del proceso fue la generación de un Comité de Seguimiento para el cumplimiento de las acciones contempladas en el Capítulo Indígena.

2.11 El estándar de consentimiento en el Convenio. El artículo 16 y el traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan

Como se dijo al inicio, el capítulo V del Convenio trata de la ‘Participación, consulta y consentimiento’. Ya se han revisado las disposiciones sobre consulta que constituyen la ‘piedra angular’ del Convenio, y la hipótesis específica de participación del artículo 7 N° 1 primera parte. Resta, entonces, revisar la forma en que el Convenio aborda el estándar del consentimiento.

En concreto, el Convenio incluye una disposición especial respecto al traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, figura que ha sido denominada también en estos apuntes como ‘reasantamiento’. Esta disposición incluye expresamente el estándar de consentimiento.

Antes, a propósito de la vinculabilidad de la consulta, habíamos señalado que la importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados.

“Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas”.⁷¹

Un buen ejemplo de lo anterior es precisamente el caso del traslado o reasantamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, en que el artículo 16 del Convenio pone especial acento en la importancia de obtener el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

71 Organización Internacional del Trabajo (2013); p. 17.

Derecho	Deberes de los gobiernos
Consentimiento y consulta	<ol style="list-style-type: none"> 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16).

El Convenio configura la hipótesis de consentimiento de acuerdo a una secuencia de principios que se explican a continuación:

Principio 1: Los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan (artículo 16 N° 1). “Este es el principio fundamental que debe aplicarse en todas las circunstancias normales”, indica la OIT en su Guía del Convenio. Por eso, si bien este es el principio fundamental, existen excepciones que están tratadas en los párrafos siguientes del artículo 16 (“a reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo”).

Principio 2: Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16 N° 2). Como dice la Guía del Convenio: “teniendo en cuenta que puede haber circunstancias en las que el traslado resulte inevitable, el artículo 16(2) establece que solo debe constituir una medida excepcional”.

Pero si bien excepcionalmente el reasentamiento se permite cuando las circunstancias lo hagan inevitable, el Convenio agrega que dicho traslado solo deberá efectuarse con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Esta exigencia, dice la Guía del Convenio, se establece “a fin de garantizar el manejo adecuado de los desplazamientos, de manera que se respeten los derechos y la integridad de los pueblos indígenas”. “Al hablar de consentimiento previo, libre e informado”, agrega la Guía del Convenio, “se entiende que los pueblos indígenas interesados comprenden cabalmente el significado y las consecuencias del desplazamiento, y los aceptan. Claramente, es algo que solo pueden hacer una vez que cuenten con **información clara y precisa** sobre todos los hechos y cifras relevantes”.

Principio 3: Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (artículo 16 N° 2 parte final).

La propia Guía del Convenio no deja lugar a dudas sobre la interpretación que debe darse a este principio: “Si los pueblos indígenas no estuvieran de acuerdo con la reubicación y resultara inevitable, el artículo 16(2) indica que solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, lo que incluye las encuestas públicas mediante las que los pueblos indígenas tendrán la oportunidad de exponer sus opiniones de manera

eficaz”.⁷² En otras palabras, la frase ‘cuando no pueda obtenerse su consentimiento’ se refiere a la hipótesis en que los pueblos indígenas afectados no están de acuerdo con el reasentamiento, en cuyo caso el reasentamiento solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, con lo cual agrega un requisito adicional en orden a que dichos procedimientos estén instituidos legalmente.

Principio 4: Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación (artículo 16 N° 3). Según la Guía del Convenio, “el artículo 16(3) estipula que en los casos en los que la reubicación haya sido necesaria, los pueblos indígenas deberán tener el derecho de regresar en cuanto deje de existir la causa por la que debieron abandonar las tierras. Por ejemplo, en el caso de una guerra o desastre natural, pueden regresar a sus tierras cuando tales situaciones finalicen.”

Principio 5: Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas (artículo 16 N° 4).

Dice la Guía del Convenio: “El artículo 16(4) estipula que en los casos en los que la reubicación inevitable se torna una situación permanente, los pueblos indígenas tienen derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, por ejemplo, en términos de potencial agrícola y de reconocimiento legal de la propiedad de dichas tierras.

72 Organización Internacional del Trabajo (2009); pág. 98.

En consecuencia, si los pueblos indígenas no pudieran regresar a sus tierras, por ejemplo debido a que se encuentran inundadas, deberá existir un plan para su reasentamiento y rehabilitación. Si los pueblos indígenas así lo desean, podrán aceptar otras formas de pago en concepto de la pérdida de las tierras”.⁷³

Principio 6: Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16 N° 5).

Como ejemplos de ‘pérdida’ o ‘daño’, la Guía del Convenio menciona “la pérdida de una vivienda o propiedad, consecuencias negativas para la salud provocadas por un cambio en el clima, etc.”

Al relacionar este conjunto de principios y reglas con las demás disposiciones del Convenio, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El principio fundamental es que, bajo circunstancias normales, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y por tanto el traslado solo se permite en forma excepcional y cuando se considere necesario o inevitable.
- Los ejemplos de ‘excepcionalidad’ que da la Guía del Convenio envuelven una interpretación estricta de dicho concepto (guerra o desastre natural; afectación por los cambios en el clima global).
- En estas situaciones excepcionales el reasentamiento debe efectuarse con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.
- No obstante, el propio Convenio establece reglas para proceder con el traslado en caso que dicho consentimiento no pueda obtenerse.

Esta última aclaración es relevante pues se suele decir que el artículo 16 representa una excepción absoluta al estándar de consulta previa y que exige en cambio, a todo evento, el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas afectados. El claro tenor

73 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 98.

del artículo 16 y la explicación que la Guía del Convenio hace del mismo, dejan en claro que el reasentamiento se permite aun cuando los afectados no están de acuerdo, pero en todo caso no puede olvidarse que el reasentamiento -por definición- está permitido solo en forma excepcional cuando sea necesario o inevitable, lo que acota sustancialmente la posibilidad que un pueblo indígena afectado sea reasentado sin su consentimiento.

2.12 La consulta en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia judicial en relación a la consulta.⁷⁴

2.12.1 Qué medidas se consultan

- **Homologación de la significancia de impactos que hace exigible el ingreso de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) con la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la obligación de consulta indígena:** En el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la medida que se consulta es la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que recae en un EIA. Homologación de la significancia de impactos que hace exigible el ingreso de un EIA con la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la obligación de consulta indígena.
- **Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, rol N° 1525-2010, considerando 12°:** “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” (caso Piscicultura Palguín).
- **Corte de Apelaciones de Temuco, 16 de septiembre de 2013, “Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil III y otros vs. rol N° 1377-2013, considerando 13°:** “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

74 Esta sección se ha desarrollado tomando elementos del artículo del profesor Manuel Núñez Poblete titulado ‘La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial’, publicado en (Couso, Javier, Ed.), *Anuario de Derecho público 2014*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, pp. 317-338.

requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de la comunidades y estamentos reclamantes y que tampoco procedía el trámite de la consulta, conforme al Convenio 169, la autoridad recurrida solo podía actuar en la forma que lo hizo. Por consiguiente, no advirtiéndose 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 en trámite de la consulta en los términos que exige el Convenio 169, tantas veces citado, la actuación de la Comisión de Evaluación Ambiental al calificar favorablemente el proyecto de marras y dictar la Resolución Exenta N° 91, de 15 de abril de 2013, no resulta ilegal ni arbitraria”. Confirmado por la Corte Suprema, 21 de octubre de 2013, rol N° 8616-2013 (caso Central Hidroeléctrica Pangui).

- **La calidad de actos reglados o no reglados no es óbice a que se efectúen los estudios antropológicos necesarios para determinar si su dictación debía someterse a consulta previa a pueblos indígenas:** DGAC debió someter a consulta indígena el otorgamiento de certificados de operación aérea pues, más allá de si se trata de un acto reglado o no reglado, permite a quien debe otorgarlo un ‘margen de discrecionalidad’ pues tiene la opción de concederlo o denegarlo. La afectación directa y específica a que se refiere el artículo 7° del DS 66 como requisito para la procedencia de la consulta, puede acontecer con un acto reglado o no reglado.
- **Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de julio de 2017, “Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños vs. Dirección General de Aeronáutica Civil y otros”, rol N° 1356-2017, considerandos 19° y 20°:** “Décimo Noveno: Que la calidad de actos reglados o no reglados no es óbice para efectuar los estudios antropológicos que determinen la necesidad o no de efectuar la consulta previa a la población indígena afectada puesto que lo determinante es la afectación que dicho acto administrativo producirá en la población antes de la dictación del acto, de allí que el artículo 7 del DS 66 en concordancia con el Convenio 169 OIT se refieran a afectación directa y específica, lo que puede acontecer con un acto reglado o no. (...) Vigésimo: Que sin perjuicio de lo ya razonado resulta indispensable, además señalar que el artículo

7 del DS 66 solo se refiere a los actos formales dictados por la administración del Estado que contengan una declaración de voluntad cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción cuando dicho acto fuere susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas en las dimensiones que el mismo precepto señala. Precisamente la autorización de sobrevuelo permite a quien debe otorgarla una margen de discrecionalidad pues tiene dos opciones, concederla o negarla, para su concesión debe estarse a toda la normativa vigente no solo aquella propia de la aeronavegación sino a toda aquella que rige en el Estado de Chile, pues según establecen los artículos 7 y 8 del Código Civil, la ley se entiende conocida de todos los habitantes del país y es obligatoria desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, no pudiendo nadie alegar ignorancia de la ley después que esta ha entrado en vigencia, de modo que la autoridad aeronáutica, debió conocer y aplicar las normas del Convenio 169 OIT vigente en Chile desde 2008 y el DS 66 vigente desde el año 2014, al momento de decidir sobre el otorgamiento de los certificados de vuelos de las empresas recurridas.” Confirmado por la Corte Suprema, 23 de octubre de 2017, rol N° 35629-2017 (caso Globos Aerostáticos San Pedro de Atacama).

- **La consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6° del Convenio, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile:** No resulta atendible lo señalado por la reclamada en cuanto a que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, ya que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6° del Convenio, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir

una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile. El mecanismo de consulta indígena se justifica plenamente en este caso si se tiene en cuenta que el área solicitada para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N° 19.253.

- **Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de octubre de 2020, “Comunidad Indígena Atacameña de Peine vs. Dirección General de Aguas”, rol N° 05-2020 (Cont. Adm.), considerandos 6° y 7°:** “SEXTO: Que conforme con lo que se ha razonado hasta ahora, la Resolución Exenta N° 016 de 28 de enero de 2020, de la Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, por la cual se autorizó a CMZ realizar trabajos de exploración de aguas subterráneas, ha sido dictada de manera ilegal, sin sujeción a la normativa que informa la materia, al no considerar el procedimiento de consulta indígena que consagra el artículo 6 N° 1, letra a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República. En efecto, no resulta atendible lo señalado por la reclamada en cuanto a que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M.O.P. N° 203 de 2013. Ello no es así, toda vez que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6 del Convenio 169, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual entró en vigor en Chile el 27 de enero de 1980, introdujo un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de

un tratado.” En consecuencia un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni la deficiencia o carencia de ellas, para justificar el incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho internacional, y más en este caso, cuando se trata de tratados referidos a Derechos Humanos. **SÉPTIMO:** Que el mecanismo de consulta indígena se justifica además, plenamente en el caso de autos, si se tiene en cuenta que, como consta del informe técnico y lo señalado por la propia Dirección de Aguas, de acuerdo al informe Ord. N° 0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el área solicitada por CMZ para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N° 19.253 de 5 de octubre de 1993. En esas condiciones, resulta obvio que el proyecto de la CMZ para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena por la cual se reclama, pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos de exploración, lo que significa perforaciones y alteraciones del lugar, que tienen como propósito final la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas. De esta manera, carece de asidero lo planteado por la Dirección General de Aguas, al señalar que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas no ha sido desconocida por el Servicio, tomando en cuenta que la solicitud de que se trata persigue obtener autorización para explorar el recurso hídrico y no para explotarlo, toda vez que obviamente, las labores de exploración tienen por finalidad la obtención de recursos hídricos.” Recurso de casación en el fondo pendiente ante la Corte Suprema (caso Comunidad Indígena Atacameña de Peine y DGA)”⁷⁵

75 Por sentencia de la misma Corte y fecha dictada en rol N° 14-2019 (Cont. Adm.) pero esta vez ante recurso deducido por el Consejo de Pueblos Atacameños, se adoptó idéntica decisión respecto a otra resolución de la Dirección General de Aguas.

2.12.2 En qué casos de consulta (medidas susceptibles de causar afectación directa a pueblos indígenas)

- **Relevancia y explicitación razonable de la afectación:** El escrutinio del procedimiento administrativo que precede a la RCA debe ponderar la relevancia de la evidencia que demuestra la alteración significativa de las condiciones de vida de las comunidades indígenas interesadas. Para que conste la significación o relevancia de la afectación es necesaria una evidencia demostrable que vaya más allá de la simple oposición o de los trabajos que se realizan en áreas ya intervenidas y/o próximas a comunidades indígenas. La sola oposición de terceros no demuestra por sí misma la existencia de una afectación, ni directa ni indirecta. El proyecto debe presentar signos o evidencias de generar efectos en el medio ambiente y, por lo tanto, la conveniencia o necesidad de realizar un EIA en sustitución de una DIA, todo lo cual ha de solicitarse fundadamente. Por lo tanto, si la oposición carece de un “mínimo de justificación” o no se explicita “en qué sentido ni en qué medida le afectaría el proyecto favorablemente calificado” no es posible objetar la legalidad de una resolución favorable de la autoridad.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de septiembre de 2010, “Comunidad Indígena Hueche Huenulaf y otros vs. Empresa CIAL Ltda.”, rol N° 1155-2010, considerandos 15° y 16°, confirmada por la Corte Suprema, 29 de octubre de 2010, rol N° 7642-2010 (caso Ruta Temuco-La Branza).
- Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de mayo de 2011, “Comunidad indígena Felipe Nitrihuala vs. COREMA Región de la Araucanía”, rol N° 150-2011, considerando 14°, confirmado por la Corte Suprema, 16 de junio de 2011, rol N° 4289-2011 (caso Línea Loncoche-Villarrica).
- Corte Suprema, 8 de junio de 2012, rol N° 1602-2012, considerando 8°: “Que en cuanto a la procedencia de la Consulta en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, es pertinente recordar que el artículo 6 N° 1 letra a) de ese instrumento dispone que ella procede respecto de los pueblos interesados tratándose de la adopción de medidas “susceptibles de afectarles directamente”. Y según se ha señalado precedentemente, los recurrentes no

han explicitado razonablemente como les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida. De ello se sigue que el reproche de ilegalidad fundado en la omisión de este deber de consulta dispuesto por el mencionado Convenio también ha de ser desestimado” (caso Línea de Alta Tensión Melipeuco Freire).

- **La consulta indígena es procedente si en los autos se ha acreditado la existencia de una afectación potencial a pueblos indígenas:** Para que exista susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio, es necesario que se encuentre establecido en autos que existe una afectación potencial, cuestión que en estos antecedentes efectivamente ocurre. De acuerdo a un informe evacuado por CONAF, se contemplan obras en terrenos del parque en que, si bien no se hallan emplazadas comunidades indígenas, existen espacios donde personas pertenecientes a pueblos originarios realizan prácticas religiosas y culturales.
- Corte Suprema, 29 de marzo de 2021, rol N° 138439-2020, considerandos 9°, 10° y 11°: “Noveno:(...) Por tanto, desde ya corresponde señalar que no resulta atendible la alegación de las recurridas, en orden a que las personas en cuyo favor se recurre estaban en conocimiento de la existencia de las obras desde una fecha anterior, puesto que la sola información no constituye un acto de consulta, porque cuando únicamente se entregan antecedentes, quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdos y con la libre y efectiva participación de organismos representativos. Décimo: Que, a la luz de lo razonado, no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas naturales en nombre de quienes se recurre, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta. Por tanto, para que exista susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica dicha potencialidad, cuestión que en estos antecedentes

efectivamente ocurre, por cuanto se trata, de acuerdo el informe evacuado por Conaf, de la construcción de baños, duchas, casetas, sitios de camping, terrazas, estacionamientos, alcantarillado y agua potable, sistemas de solución eléctrica, remodelaciones, gaviones, tranqueras, letreros, señales y otras obras complementarias, en cuatro sectores del parque, terrenos dentro de los cuales, si bien no se hallan emplazadas comunidades indígenas, existen espacios donde personas pertenecientes a pueblos originarios realizan prácticas religiosas y culturales, lo cual es reconocido por Conaf al asegurar que se “ha preocupado y ocupado de las comunidades aledañas a las Áreas Silvestres Protegidas, con la finalidad de que puedan efectuar sus rogativas y ceremonias al interior de las mismas, se han informado convenios de recolección de piñones exclusivamente con Comunidades Indígenas, así como en materia de recolección de plantas medicinales”, para luego referir incluso la existencia de un *Rewe* en otra porción del Parque. Undécimo: Que, así las cosas, los actos recurridos, al materializar la ejecución de un proyecto que incide sobre tierras que reconocidamente tienen un uso religioso y cultural por parte de pueblos indígenas, sin realizar de manera previa un Procedimiento de Consulta Indígena en los términos que se ha venido razonando, han incumplido la obligación a que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio 169, vigente desde el 15 de septiembre de 2009, específicamente su artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2, en relación con el Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social. (...)” (caso consulta obras concesión Parque Nacional Villarrica).

- **La consulta indígena no es procedente si los antecedentes aportados por el recurso permiten concluir que las actividades proyectadas no importan una afectación a pueblos indígenas:** No procede someter a consulta indígena la licitación de un estudio que dará lugar a un futuro plan de gestión de la Reserva de la Biósfera La Campa-Peñuela, si de los antecedentes aportados al recurso resulta que lo que se ha proyectado en torno citado plan no importa una afectación a los pueblos indígenas recurrentes. Demostración de lo anterior es que en los terrenos a que se refiere esta reserva no existen pueblos originarios asentados en forma permanente o que obedezcan a una ocupación ancestral mantenida en el tiempo.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de marzo de 2021, rol N° 990-2021, considerandos 5°, 6° y 7°: “Quinto: Que este cúmulo de situaciones ha sido respondida por la recurrida en el sentido de que efectivamente el 4 de Agosto del 2020 las Comunidades y Asociaciones recurrentes han solicitado la suspensión de los plazos del estudio ya mencionado, como consecuencia de ello, de la Consulta Indígena y que el motivo del rechazo obedece a la no procedencia de esa Consulta, por las razones esgrimidas por la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el que alude al Decreto 66 de ese Ministerio, del año 2014 y que regula el procedimiento que establecen los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT. En lo concreto, aduce que en este caso no se reúnen los requisitos copulativos que exige el referido Decreto para que tenga lugar la Consulta Indígena, en cuanto los órganos del Estado hagan un ejercicio al margen de la discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos y que debe existir un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas afectados. En consecuencia, para los efectos de la dilucidación del presente recurso, debe establecerse si los dos requisitos que se han señalado se encuentran presentes, para los efectos de la validación de la Consulta Indígena que se ha solicitado y de acuerdo a los plazos que pueden operar atendida la contingencia vigente. Sexto: Que, respecto a lo primero, se advierte que la parte recurrida está llamando a un proceso de licitación referido a un estudio básico y previo que dará lugar a un futuro Plan de Gestión, el que hasta el momento no se encuentra afinado, definiéndose como un estudio descriptivo o indicativo que será una referencia para establecer un impacto posterior.

En consecuencia, tratándose de un proceso en que se pretende generar un insumo para una Plan posterior, no se advierte que el órgano recurrido esté actuando al margen de la institucionalidad y que no le permita a posteriori llegar a los acuerdos que las situaciones podrían ameritar. Séptimo: Que, en cuanto lo segundo, lo que se ha proyectado en torno al Plan de la Reserva, no importa, con los antecedentes aportados a este Recurso de Protección, que se esté afectando a los pueblos indígenas recurrentes. Por de pronto, en los terrenos a que se refiere esta Reserva, no existen pueblos originarios asentados, por lo menos

en forma permanente o que obedezcan a una ocupación ancestral mantenida en el tiempo. Ahora bien, si bien es posible encontrar rastros arqueológicos en la zona, ello obedece a vestigios de dos culturas ya extintas, la cultura Bato y la cultura Aconcagua, y que más bien han podido derivar hacia las culturas precolombinas existentes a la llegada de los españoles, pero en ningún caso a emplazamientos de pueblos originarios propios del norte o sur del país. Por otro lado, tratándose de esos vestigios, nuestra legislación provee mecanismos suficientes para cautelar dichos restos y existen organismos encargados de su control y ordenamiento a nivel de monumentos nacionales o reservas en general. Que, en lo concreto, se estima que este segundo requisito no se encuentra presente, de modo tal que la respuesta dada a los recurrentes aparece ajustada a derecho y al mérito de los antecedentes.” Confirmado por la Corte Suprema, 25 de marzo de 2021, rol N° 19115-2021 (caso consulta plan de gestión Reserva de la Biósfera La Campana-Peñuelas).

2.12.3 Como se consulta

- **No procede el término anticipado de un proceso de consulta indígena si este afecta el derecho de consulta de las comunidades incluidas en el mismo:** “(...) que conforme a lo antes señalado se desprende claramente que el proceso de consulta persigue informar a los intervinientes y supuestamente afectados por un proyecto ambiental, cada una de las etapas del proyecto y cuáles serían las argumentaciones que el titular del mismo expone para mitigar o desaparecer esta afectación y al interrumpirse el proceso, por lo que la referida disposición no puede ser aplicada a este caso. De esta forma, la interrupción abrupta del proceso de consulta causa un agravio a los afectados y a toda la institucionalidad ambiental pues la Asociación Indígena, en este escenario, no tiene posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección a sus derechos y garantizar el respeto en su integridad, tampoco podrá en su caso manifestar anticipadamente su conformidad con las modificaciones presentadas por el titular, prescindiendo de la participación y cooperación de esa para determinar las mejores medidas que se pueden adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural” (considerando 8°) y

“(…) las modificaciones contenidas en la Adenda Complementaria presentadas por la titular del proyecto, en ningún caso facultaban a la autoridad ambiental para terminar anticipadamente el proceso ya iniciado, sino que por el contrario, lo que exigían era incorporar tal información al proceso de consulta ya iniciado” (considerando 9°).

Corte Suprema, 30 de enero de 2017, rol N° 65349-2016 (caso Terminal GNL Penco-Lirquén).

2.12.4 A quién se consulta

- Principio de no discriminación: La consulta debe realizarse tomando en cuenta a todas las comunidades afectadas, sin exclusiones arbitrarias.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de febrero de 2012, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos vs. Comisión de Evaluación III Región de Atacama”, rol N° 618-2011, confirmado por Corte Suprema, 27 de abril de 2012, rol N° 2211-2012 (caso El Morro I).
- Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, rol N° 11299-2014 (caso El Morro IV): “Que para que concluya el procedimiento administrativo establecido en la Ley N° 19.300 con una Resolución de Calificación Ambiental válida es menester, como ya se explicitó, que el Informe de CONADI contenga razonamientos relativos a los fundamentos en que se basa la decisión de no considerar a los recurrentes mencionados en el fundamento tercero de este fallo en la Consulta Indígena convocada por Resolución 69/2013 y de poner fin a dicho proceso respecto de la CADHA” (considerando 31°); y “Que conforme a lo expuesto en el considerando undécimo, las ilegalidades de los Informes N° 00 y 564 de 2013 de CONADI, que a su vez vician a este respecto la RCA recurrida en autos, hacen necesario que esta Corte otorgue cautela a los recurrentes, con el fin de dar protección a estos para que sean tratados de igual forma que otras comunidades, asociaciones o personas indígenas que han podido conocer el fundamento del organismo informante en cuanto a no ser considerados en la Consulta Indígena Previa y de aquellas a quienes se les ha puesto término al mismo proceso” (considerando 32°).

- **Asociación de la afectación directa a la calidad o condición particular del indígena:** Fuera del contexto ambiental, se ha estimado que la afectación directa que fundamenta la consulta debe asociarse a la condición particular del indígena en cuanto tal y no en cuanto sujeto no diferenciado que se rige por las mismas leyes que el resto de los habitantes del territorio nacional.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de febrero de 2012, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos vs. Comisión de Evaluación III Región de Atacama”, rol N° 618-2011, considerando 11°: “Que según se ha venido razonando y de acuerdo a la transcripción de la Resolución Exenta 049 con relación al reasentamiento de las comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos, el proyecto solo consideró tres familias de crianceros, además de una persona que pertenece a una de estas familias y “que tiene su majada propia”, por lo que es lógico deducir que los integrantes de la Comunidad Agrícola y especialmente las cuarenta y tres personas individualizadas en la parte expositiva -según certificados de fs. 418 a 460 que acreditan sus calidades de indígena- le es aplicable la normativa nacional e internacional ya referida, debiendo el estudio de impacto ambiental de proyecto El Morro considerarlos específicamente, porque independientemente a la circunstancia que la comunidad agrícola Los Huasco Altinos no haya tenido a la fecha de la elaboración del proyecto un reconocimiento como Comunidad Indígena, lo cierto es que sus integrantes ya individualizados tienen tal calidad y les afecta el proyecto porque se comprobó que son titulares del derecho de dominio inscrito de terrenos respecto de los cuales iniciarán las actividades de explotación la Sociedad Contractual Minera El Morro”. Confirmado por la Corte Suprema, 27 de abril de 2012, rol N° 2211-2012 (caso El Morro I).
- Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de mayo de 2012, “Molina Reinahuel y otros vs. Miguel Becker, Alcalde de Temuco”, rol N° 166-2011, considerandos 7°-9°; confirmado por Corte Suprema, 1° de julio de 2011, rol N° 5159-2011 (caso Ordenanza Comercio Ambulante).

- **El emplazamiento de un proyecto en un Área de Desarrollo Indígena no implica necesariamente que deba incluirse en la consulta a todas las organizaciones existentes en dicha área:**
- Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, rol N° 817-2016, considerando 9°: “En este sentido, no obstante que este máximo tribunal tuvo presente la existencia de la referida Área de Desarrollo Indígena, en ningún momento señaló o identificó cuales eran las organizaciones indígenas que debían ser consultadas, así como tampoco ordenó efectuar dicha consulta a todas las organizaciones de la ADI, limitándose a ordenar el sometimiento del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental -lo que fue cumplido por el titular- y la realización de un procedimiento de participación ciudadana de acuerdo a los estándares del Convenio 169, lo que se hizo en relación a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, teniendo presente que la restricción en el acceso al camino Alto Casiri influyen en dicha comunidad, sin que exista susceptibilidad de afectación directa a otras.” (Caso Sondajes de Prospección Paguanta).

2.12.5 Qué consecuencias tiene la omisión de la consulta

- Invalidación de la medida administrativa en caso de omisión de una consulta que es procedente:
- De acreditarse que el proyecto afectará el ambiente generando impactos significativos sobre población protegida indígena que ameritan el ingreso de un EIA y por tanto la realización de un proceso de consulta indígena que se ajuste a los términos del Convenio, la RCA que aprobó una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) debería invalidarse.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, 4 de agosto de 2010, “Manquepillan y otros vs. COREMA Región de Los Ríos”, rol N° 243-2010, considerando 4°, confirmada por la Corte Suprema, 4 de enero de 2011, rol N° 6062-2010 (caso Estación Lanco-Panguipulli).

- Corte Suprema, 13 de julio de 2011, “Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta”, rol N° 258-2011 (caso Plan Regulador San Pedro de Atacama).
- Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, “Comunidad Indígena Antulafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos”, rol N° 10.090-2011 (caso Parque Eólico Chiloé).
- Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, “Marcelo Condore Vilca y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá”, rol N° 11040-2011 (caso Sondajes de Prospección Paguanta).
- De igual modo, la RCA que aprueba un EIA que omite la consulta indígena cuando aquella es procedente debería invalidarse.
- Tercer Tribunal Ambiental, 17 de noviembre de 2016, rol N° R-30-2016: “Con todo, a la luz de las conclusiones previas, al Tribunal le asiste la convicción de que la RCA no pudo concluir si el Proyecto iba a generar o presentar los efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11 LBGMA, relacionados con las comunidades indígenas presentes en la zona” (considerando 75°); y “Que, en consecuencia, este Tribunal concluye que ni la COEVA ni el Comité de Ministros pudo arribar a la conclusión de que el Proyecto se había hecho cargo de todos los impactos ambientales, basándose en un antecedente -Estudio Antropológico Original y su Ampliación- cuyas conclusiones no eran confiables.

Al haberse errado en la fijación administrativa de los hechos, la RCA necesariamente debe ser considerada como inmotivada o falta de motivo y, por tanto, violatoria de los arts. 1°, 2° letras i), j) y k), 9° bis, 16 inc. Final, 29 inc. 3° LBGMA, y arts. 11 inc. 2°, 16 inc. 1° y 41 inc. 4° LBPA. De esta forma, se declarará que la RCA no se conforma a la normativa vigente y se anulará totalmente” (considerando 76°). Confirmada por la Corte Suprema, 29 de diciembre de 2017, rol N° 100805-2016 (caso Central de Pasada Mediterráneo).

- Necesidad de antecedentes suficientes para el convencimiento judicial: La invalidación de la medida administrativa en caso de omisión de una consulta que es procedente supone que en el proceso obren antecedentes bastantes para el convencimiento judicial sobre la afectación directa.
- Corte de Apelaciones de Arica, 4 de septiembre de 2012, “Olivares y otros vs. Comisión de Evaluación de la XV Región”, rol N° 40-2012: “que, atento lo anteriormente explicitado, estos sentenciadores no se han logrado formar la convicción de que el proyecto ‘Planta Catados Pampa Camarones’ se encuentre en alguna de las hipótesis a que refiere el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y, consecuentemente para la aprobación del mismo, no es menester la elaboración de un estudio de impacto ambiental como lo sostienen los recurrentes” (considerando 10°), fallo confirmado por la Corte Suprema, 30 de noviembre de 2012, rol N° 7079-2012 (caso Planta Cátodos Camarones).
- Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de enero de 2014, “Comunidad indígena Mariano Marihual y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía”, rol N° 5707-2013, confirmada por la Corte Suprema, 3 de abril de 2014, rol N° 6427-2014 (caso Piscicultura Caburga II).
- Corte de Apelaciones de Temuco, 6 de mayo de 2014, “Meliqueo Quiriban y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía”, rol N° 325-2014, confirmada por la Corte Suprema, 26 de junio de 2014, rol N° 11396-2014 (caso Recuperación Ex Pozo Áridos).

2.12.6 Qué sucede si la comunidad no participa en un proceso de consulta o se retira de él

- **El estándar de buena fe es recíproco:** El deber de buena fe se extiende a las comunidades, por lo que el deber de la autoridad administrativa se enmarca dentro de los esfuerzos “razonables” por lograr un diálogo constructivo. La exigencia de buena fe, de procedimientos apropiados y de búsqueda del consentimiento “supone que el procedimiento de consulta no se agote en un mero trámite formal, sino que resulte en un verdadero instrumento de participación de las entidades consultadas, exigencia que a su vez

supone: a) la apertura al diálogo activo; b) evitar dilaciones innecesarias; c) desarrollo de objeciones cuando realmente se tengan motivos fundados en ilegalidades o ausencia de información; d) no formulación de peticiones irrazonables; e) no considerar que se tenga derecho a veto ex ante; f) seguimiento de las etapas procesales sucesivas que se concatenan las unas con las otras, y g) intentar, de entre interpretaciones posibles de los actos de la contraparte, adoptar aquella que resulte más eficaz a la obtención de resultados, esto es, llegar a un acuerdo”.

- Corte de Apelaciones de Copiapó, 28 de abril de 2014, “Comunidad indígena Yastai de Juntas de Valeriano y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental”, rol N° 436-2013, considerandos 20° a 24° (caso El Morro IV). Fallo no ejecutoriado.
- **La decisión autónoma de un grupo indígena de retirarse de un proceso de consulta no vicia el procedimiento:** Si una comunidad decide autónomamente no seguir participando en un proceso de consulta, siendo el retiro una opción válida dentro dicho procedimiento, dicha decisión no vicia el procedimiento en la medida que la autoridad ambiental haya dado cumplimiento a las etapas exigidas, llevando adelante un proceso de consulta indígena conforme a lo establecido y, en especial, en cumplimiento de los principios que la rigen.
- Segundo Tribunal Ambiental, 17 de agosto de 2018, rol N° R-157-2017, confirmada por la Corte Suprema, 16 de junio de 2020, rol N° 28195-2018 (caso participación de Comunidad Indígena Atacameña San Francisco de Chiu Chiu en proceso de consulta indígena iniciado en el marco de la evaluación ambiental del proyecto minero ‘RT Sulfuros’).
- **Si los pueblos indígenas participan en el procedimiento de PAC sus observaciones deben ser atendidas, aun cuando no las renueven en el proceso de consulta indígena, máxime si se sustrajeron de participar en este último por consideraciones estrictamente financieras:** Nada impide que grupos pertenecientes a pueblos indígenas formulen sus observaciones en el procedimiento de Participación Ambiental Ciudadana o PAC, sobre todo si aquél se inicia con anterioridad al proceso de consulta indígena o PCI. Si tales observaciones no se renuevan en el marco

del PCI, ello no es justificación para que no sean atendidas de manera adecuada. La carencia de recursos económicos no puede constituir un obstáculo a la participación ciudadana o indígena, escenario frente al cual no procede que la autoridad ambiental apruebe un proyecto o sus modificaciones, ante la constatación de que un grupo relevante de actores se han sustraído de participar, por consideraciones estrictamente financieras.

- Corte Suprema, 13 de enero de 2021, rol N° 8573-2019, considerando 6° y 7° de la sentencia de reemplazo: “Sexto: (...) En este contexto, nada impide que grupos pertenecientes a pueblos indígenas formulen sus observaciones en el PAC, más aun si este se inicia con anterioridad al PCI. Consecuentemente, si tales alegaciones no se renuevan en el marco del PCI, ello no es justificación para que no sean atendidas de manera adecuada, teniendo en consideración que se trata de alegaciones que fueron planteadas de buena fe por un afectado quien, asegurando la existencia de un impacto ambiental a su respecto, las pone en conocimiento de la autoridad ambiental en una de las etapas del procedimiento administrativo destinada precisamente a oír las inquietudes y observaciones de todos quienes puedan encontrarse en el área de influencia del proyecto y se vean alcanzados por sus efectos. Razonar de otra forma significaría incurrir en una discriminación arbitraria contra el observante, situándolo en una posición de desigualdad en relación a otros participantes del proceso, por motivos exclusivamente formales, esto es, por haber planteado sus alegaciones en el marco de la oportunidad general de participación y no en aquella particularmente reservada para su calidad indígena, cuyas características especiales, por lo demás, están establecidas en su propio beneficio, a pesar de ser ambas instancias una manifestación del principio de participación ciudadana, que cruza íntegramente nuestro Sistema de Evaluación De Impacto Ambiental.

Séptimo: (...) Dicho de otro modo, la carencia de recursos económicos no puede constituir un obstáculo a la participación ciudadana o indígena, escenario frente al cual no procede que la autoridad ambiental apruebe un proyecto o sus modificaciones, ante la constatación de que un grupo relevante de actores se han sustraído de participar, por consideraciones estrictamente

financieras, las cuales no pueden primar por sobre el interés público relacionado con la adecuada y completa evaluación de los proyectos, en tanto manifestación del derecho constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (caso participación de Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca en proceso de consulta indígena iniciado en el marco de la evaluación ambiental del ‘Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado’).

2.12.7 Jurisprudencia en sede de protección

- **Criterio de deferencia del escrutinio de legalidad hacia los tribunales ambientales:** A contar del año 2014 existe una tendencia a deferir el escrutinio de legalidad –relativo al cumplimiento de la obligación de consulta indígena– hacia los tribunales ambientales creados por la Ley N° 20.600, siguiendo el criterio anunciado en abril de ese año para una disputa sobre un proyecto inmobiliario.⁷⁶ Por ende, en el contexto de recursos de protección por supuestas ilegalidades vinculadas al cumplimiento de la obligación de consulta indígena, la Corte Suprema ha sostenido que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales, salvo que se requiera una cautela de urgencia de derechos fundamentales.

1.12 Corte Suprema, 22 de mayo de 2014, “Consejo de Pueblos Atacameños y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental II Región”, rol N° 1097-2013 (Planta de Secado y Com-

76 Corte Suprema, 29 de abril de 2014, “Junta de Vecinos JJVV vs. Comisión de Evaluación Ambiental V Región” (Costa Laguna), considerando 6º: “Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad -ocasión en que evidentemente es procedente la acción de protección- no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado.

Como se sabe, la ley que creó los Tribunales Ambientales no solo trasladó a éstos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino además aprobó una norma –artículo 17 N° 8- que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental”.

pactado SQM), considerando 2º: “(...) no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies -precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto-, 26 y 28 -normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final- y 30 bis de la Ley N° 19.300- disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental”.

- 1.13 Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015, “Comunidad Indígena Tralcao Mapu y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental Región de Los Ríos”, rol N° 10640-2015 (caso Pulpa Textil Celulosa Arauco), considerando 5º: “Que de lo razonado se sigue que si los recurrentes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada”.
- 1.14 Corte de Apelaciones de Temuco, 16 de noviembre de 2015, “Lof Trancura y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental Región de la Araucanía”, rol N° 3956-2015, confirmada por la Corte Suprema, 29 de diciembre de 2015, rol N° 33154-2015 (caso Central Añihuerraqui).

- 1.15 Corte de Apelaciones de Iquique, 15 de diciembre de 2015, “Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental Región de Tarapacá”, rol N° 758-2015, confirmada por la Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, rol N° 37777-2015 (caso Continuidad Operacional Cerro Colorado).

En todo caso, además de aquellas situaciones en que se requiera cautela de urgencia de derechos fundamentales, debe agregarse que la vía proteccional seguiría siendo la idónea para amparar a aquellas organizaciones y grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que carecen de legitimación activa frente a los tribunales ambientales.

2.13 La consulta en la jurisprudencia administrativa

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República

- 2 Decreto que reglamenta el ejercicio de la función docente de los educadores o educadoras tradicionales de los pueblos indígenas debe ser sometido a consulta: Representa decreto 462/2009, del Ministerio de Educación, que “Reglamenta el ejercicio de la función docente para el sector Lengua Indígena de los Educadores o Educadoras Tradicionales de los Pueblos Indígenas reconocidos por la ley N° 19.253”, por cuanto no se ajusta a derecho, pues pese a que en el decreto en cuestión se regula una materia que se relaciona con los pueblos indígenas a que se refiere la citada normativa, no consta que se haya dado cumplimiento a las exigencias establecidas en la Ley N° 19.253 y en el Convenio. En efecto, los antecedentes adjuntados por el Ministerio de Educación no resultan suficientes para verificar que se haya efectuado la consulta en los términos que precisa el Decreto N° 124 de 2009 que reglamenta la consulta indígena.

2.1 Dictamen N° 50.452, 30 de agosto de 2010.

- 3 Acto administrativo que crea un Área de Desarrollo Indígena debe dar cuenta de la realización del respectivo proceso de participación indígena: En el acto administrativo que crea un Área de Desarrollo Indígena se debe dejar expresa constancia del hecho de haberse realizado el respectivo proceso de participación de los pueblos indígenas.

3.1 Dictamen N° 23.719, 18 de abril de 2013.

- 4 Compete a la autoridad ambiental determinar si una comunidad indígena debe ser incluida en un proceso de consulta indígena: Compete a la autoridad ambiental ponderar las consideraciones técnicas en cuya virtud se determina si un pro-

yecto sometido al SEIA es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena, y por tanto si procede incluirla en el proceso de consulta indígena (caso inclusión de Comunidad Indígena Aymara de Cancosa en proceso de consulta indígena iniciado en el marco de la evaluación ambiental del proyecto 'Continuidad Operacional Cerro Colorado').

4.1 Dictamen N° 88.248, 12 de noviembre de 2014.

4.2 Dictamen N° 32.996, 24 de mayo de 2015.

4.3 Dictamen N° 84.732, 26 de octubre de 2015.

3

Tierras, territorio y recursos naturales⁷⁷

⁷⁷ Este capítulo se ha desarrollado tomando elementos del artículo del profesor Sebastián Donoso Rodríguez titulado "Tierras: un escrutinio al 'núcleo inviolable' de la identidad indígena", publicado en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año II, N° 4, abril de 2014, pp. 15-63.

3.1 Introducción

Aunque el derecho-deber de consulta indígena es -por declaración de la propia OIT- la 'piedra angular' del Convenio, las disposiciones sobre tierras y territorios conforman otro de los aspectos centrales no solo de este tratado sino también del marco legal e institucional aplicable a los pueblos indígenas, tanto a nivel nacional como internacional. De hecho, a través de todo el siglo XIX y de buena parte del siglo XX, los cuerpos normativos que se dictaron en Chile en relación con los pueblos indígenas regulaban casi exclusivamente el estatus de sus tierras y la celebración de actos y contratos a su respecto. Por otra parte, en las cosmovisiones de los pueblos indígenas la tierra tiene un rol central que se ve reflejado en el concepto de 'madre tierra' -ñuke mapu en el mundo mapuche y *pachamama* en el mundo aymara-. Así, por ejemplo, es de público conocimiento que la palabra 'Mapuche' con que hoy se denomina al pueblo indígena mayoritario de Chile se traduce comúnmente como 'gente de la tierra', aunque existen interpretaciones de su prefijo 'mapu' que no se agotan en una concepción restringida de la palabra 'tierra'. Tal vez por eso a muchos no les extraña que el artículo 1° de la Ley N° 19.253, al definir en términos generales quiénes son indígenas, haya establecido categóricamente que la tierra es el 'fundamento principal de su existencia y cultura'.

El Convenio -al igual que la Ley N° 19.253- reconoce un rol central a las tierras y establece una serie de derechos de los pueblos indígenas y deberes de los gobiernos con vistas a su protección. Con este objetivo, el Convenio incluye una sección especial -la Parte II sobre 'Tierras'- para tratar este tema. En las secciones que siguen se desarrollan con profundidad las disposiciones de la Parte II y sus alcances.

El Convenio -al igual que la Ley N° 19.253- reconoce un rol central a las tierras y establece una serie de derechos de los pueblos indígenas y deberes de los gobiernos con vistas a su protección.

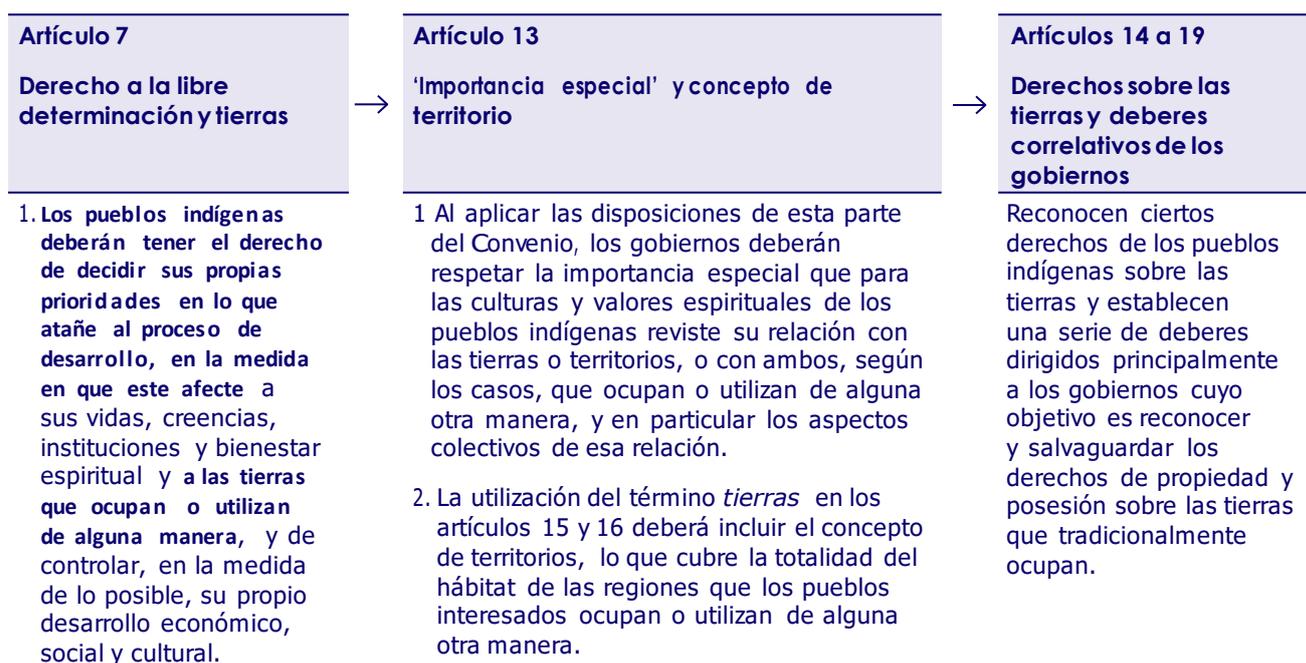
3.2

Las tierras en el Convenio: vinculación con el derecho a la libre determinación, 'importancia especial' y deberes para los gobiernos

Al revisar la forma en que el Convenio aborda la cuestión de las tierras y territorios, se puede concluir que dicho abordaje tiene una estructura basada en tres elementos:

- Primero, vincula las tierras con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 7);
- Luego declara la 'importancia especial' que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios, e introduce el concepto de territorios con especial referencia a los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 13); y
- En tercer lugar, reconoce ciertos derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y establece una serie de deberes principalmente dirigidos a los gobiernos cuyo objetivo es reconocer y salvaguardar los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (artículos 14 al 19).

El siguiente cuadro muestra en forma esquemática dicha configuración:



3.2.1 Las tierras y el derecho a la libre determinación

Un primer elemento relevante en la estructura del Convenio en materia de tierras es la vinculación que hace con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Como se sabe, el Convenio consagró dicho derecho en su artículo 7° N° 1 con una configuración distinta a la que utilizan los otros instrumentos internacionales que lo estipulan. En el cuadro que sigue se puede apreciar lo anterior.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos/ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Convenio 169 OIT (1989)	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)
Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (artículo 1 N° 1).	Los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 7 N° 1).	Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Como se puede apreciar, el Convenio vincula expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas con las tierras, al establecer que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte -entre otros aspectos- a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.

En otras palabras, el Convenio establece que uno de los aspectos fundamentales en los que se juega el derecho a la libre determinación es el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que dicho proceso pueda afectar a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.

3.2.2 'Importancia especial' de la relación de los pueblos indígenas con las tierras; introducción del concepto de territorio

El artículo 13 abre la Parte II del Convenio con una declaración fundamental:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

El Convenio -al igual que la Ley N° 19.253- reconoce un rol central a las tierras y establece el deber de los gobiernos de respetar la 'importancia especial' que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios. La Guía del Convenio lo expresa de esta manera:

“La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra”.⁷⁸

Y luego cita las palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas, José Martínez Cobo, sobre la materia:

“Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción... la

78 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 91.

tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente”.

Lo primero que salta a la vista es la obligación que se impone a los gobiernos de respetar las “importancia especial” que reviste para las culturas y valores de los pueblos indígenas su relación con las tierras. Esta ‘importancia especial’ es equiparable a la calificación que a nivel doméstico hace la Ley N° 19.253 de la tierra como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. En esto, la Ley N° 19.253 parece inspirarse en el Convenio, aunque no puede desconocerse que en nuestra legislación histórica la regulación de las tierras ha ocupado un lugar preeminente. Es claro, entonces, que al consagrar el concepto de ‘importancia especial’ el Convenio reconoce a la tierra un rol preponderante en el sistema de valores de los pueblos indígenas.

Por otra parte, y como ya se anticipó, luego de afirmar la ‘importancia especial’ que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, el artículo 13 del Convenio agrega en su N° 2 la siguiente declaración:

“2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

Por su importancia en este sistema regulatorio, en la sección 3.4.1 se abordará con mayor profundidad el concepto de territorio.

3.2.3 Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos

Como ya se dijo, el Convenio dedica toda una sección -la Parte II ‘Tierras’- al tratamiento de las tierras y territorios. Ya se ha explicado el contenido y alcance del artículo 13, con su declaración sobre la ‘importancia especial’ e introducción del concepto de territorio.

En el cuadro que sigue se presentan en forma esquemática y resumida las disposiciones del Convenio que reconocen derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y establecen deberes correlativos para los gobiernos.

Disposición	Materia Tratada
Artículo 7	Derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte –entre otros aspectos– a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.
Artículo 13	Declaración sobre la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios; introducción del concepto de territorios.
Artículo 14	Deber de los gobiernos de reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y de salvaguardar su derecho a utilizar tierras de ocupación no exclusiva para actividades tradicionales.
Artículo 15	Deber de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, incluyendo el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
Artículo 16	Disposición especial sobre el traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan.
Artículo 17	Deber de los gobiernos de respetar las modalidades propias de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas y de consultar a los mismos siempre que se considere su capacidad de enajenar las tierras fuera de su comunidad.
Artículo 18	Deber de establecer por ley sanciones apropiadas contra toda intrusión o uso no autorizado en las tierras de los pueblos indígenas y deber de los gobiernos de tomar medidas para impedir tales infracciones.
Artículo 19	Deber de los programas agrarios nacionales de garantizar a los pueblos indígenas condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población para efectos de asignación de tierras adicionales y otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de sus tierras.

En las secciones que siguen se desarrollan con profundidad estas disposiciones y sus alcances.

3.3

El régimen de protección de las tierras indígenas. Los derechos que reconoce y deberes que establece el Convenio

Como ya se ha dicho, la Parte II del Convenio contiene una serie de disposiciones que se refieren a derechos y deberes y que se podrían agrupar en torno a un propósito genérico de protección de las tierras indígenas que orienta al Convenio. Dice la OIT al respecto:

“Teniendo en cuenta la crucial importancia que poseen las tierras y los territorios para los pueblos indígenas, el Convenio incluye una serie de disposiciones que protegen su derecho a la propiedad y a la posesión”.⁷⁹

Y luego agrega:

“Reconociendo los desplazamientos históricos que han sufrido los pueblos indígenas de sus tierras y territorios, la dependencia de la tierra para su forma de vida tradicional, su vulnerabilidad a la pérdida de las tierras y los largos períodos de ocupación de las mismas, el Convenio exige medidas especiales de protección de sus derechos sobre las tierras”.⁸⁰

Estas ‘medidas especiales de protección’ están contenidas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19, como se expone en el cuadro a continuación.

79 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 91.

80 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 94.

Disposición	Materia Tratada
Artículo 14	<ul style="list-style-type: none"> – Deber de los gobiernos de reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. – Deber de los gobiernos de tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. – Deber de los gobiernos de tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. – Deber de los gobiernos de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas.
Artículo 15	<ul style="list-style-type: none"> – Deber de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. – Deber de los gobiernos –en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras– de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.
Artículo 16	<ul style="list-style-type: none"> – Deberes de los gobiernos en relación a al traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan.
Artículo 17	<ul style="list-style-type: none"> – Deber de los gobiernos de respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas establecidas por dichos pueblos. – Deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígena siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. – Deber de los gobiernos de impedir que personas extrañas a los pueblos indígenas puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.
Artículo 18	<ul style="list-style-type: none"> – Deber de establecer por ley sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos indígenas o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos. – Deber de los gobiernos de tomar medidas para impedir tales infracciones.
Artículo 19	<ul style="list-style-type: none"> – Deber de los programas agrarios nacionales de garantizar a los pueblos indígenas condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de: <ul style="list-style-type: none"> a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

3.3.1 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: aproximación al concepto ‘tierras’ en sentido amplio

El artículo 13 del Convenio abre la Parte II sobre las ‘Tierras’ afirmando la ‘importancia especial’ que aquellas tienen para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas. Pero el artículo 13 no se limita a declarar dicha importancia especial, y agrega varios otros elementos que son centrales para el régimen de las tierras en el Convenio:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

“La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

El artículo 13 fija así los contornos de una aproximación al concepto de tierras indígenas en ‘sentido amplio’:

- (i) Vinculación de las tierras con las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, más allá de una concepción estrictamente economicista;
- (ii) Utilización del término ‘tierras’ como inclusivo del concepto de territorios, extendiéndolo por tanto a la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan (en el caso de los artículos 15 y 16);
- (iii) Inclusión no solo de las tierras que ocupan los pueblos indígenas, sino también de las que ‘utilizan de alguna otra manera’; y
- (iv) Consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios.

Luego de esta aproximación amplia al concepto de tierras, el artículo 14 N° 1 que sigue no es sino una consecuencia lógica:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”

La OIT en su Guía del Convenio explica estas disposiciones señalando que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado. Son tierras que los pueblos indígenas habitaron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Es por ello que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio... independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]”. El artículo 7(1) del Convenio 169 explica además que los pueblos indígenas tienen “derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. En consecuencia, según lo han puesto de relieve los órganos de control de la OIT, el “Convenio no cubre simplemente las áreas ocupadas por los pueblos indígenas, sino también «el proceso de desa-

rollo en la medida en que este afecte sus vidas... y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”.⁸¹

3.3.2 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: alcance del concepto ‘tierras’

Si bien no parece ser el objetivo de los artículos 13 y 14 el consagrar una definición exhaustiva y ejemplar de las tierras indígenas, la apreciación conjunta de ambas disposiciones permite concluir que el Convenio considera como tierras indígenas a las siguientes:

- (i) Tierras que los pueblos indígenas ocupan (y, se podría entender, respecto de las cuales ostentan un título escrito e inscrito en un registro conservatorio que acredita su dominio);
- (ii) Tierras que los pueblos indígenas han ocupado tradicionalmente, respecto de las cuales los gobiernos deberán reconocerles su ‘derecho de propiedad y posesión’; y
- (iii) Tierras que no están ocupadas exclusivamente por los pueblos indígenas, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Cabe notar que en el último caso, el artículo 14 del Convenio utiliza doblemente el término ‘tradicional’: primero para referirse al acceso a las tierras (como sinónimo de ancestral o consuetudinario) y luego para mencionar el tipo de actividades que se realizaban en ellas.

3.3.3 Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios

Ya se anticipó que el artículo 13 fija los contornos de una aproximación al concepto de tierras indígenas en ‘sentido amplio’, uno de cuyos elementos es una consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios.

81 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 94.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, ha señalado sobre este punto:

“64. La Corte Interamericana ha notado que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Para la Corte, “esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”⁸².

Poco antes aclaraba:

“63. La dimensión colectiva se refiere a la “conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección”. La CIDH ha explicado que los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que solo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo.

“...En tal medida, están protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, modalidades de propie-

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 27.

dad indígena en las cuales “el territorio global de la comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación”. En general, el régimen jurídico relativo a la distribución y uso de las tierras comunales debe ser conforme al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas” (el subrayado es de los autores).⁸³

Ahora bien, la afirmación de la propiedad colectiva como el tipo de propiedad característico de los pueblos indígenas suele ser esgrimido como un argumento de autoridad, asociado a una crítica a la propiedad individual en cuanto propia de una concepción economicista de las tierras. Sin embargo, la literatura y la evidencia muestran que entre los pueblos indígenas han coexistido y coexisten tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva o, si se quiere esbozarlo de otra forma, tanto los usos individuales o familiares como los comunitarios. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encarga de despejar cualquier duda al respecto:

“62. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente. Esta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros”.⁸⁴

83 Comisión IDH (2010); p. 26.

84 Comisión IDH (2010); p. 25.

3.3.4 Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos

Como ya se ha dicho, la Parte II del Convenio contiene una serie de disposiciones (artículos 14 al 19) que se refieren tanto a derechos como deberes.

En términos generales, la estructura que sigue el Convenio es la siguiente: (i) primero reconoce el derecho de que se trata; y (ii) establece a continuación uno o más deberes correlativos para los gobiernos. En algunos casos, las disposiciones del Convenio están configuradas de un modo que permite identificar claramente el tipo de medidas adecuadas para su implementación. Así, por ejemplo, el artículo 14 N° 3 apunta directamente a la dictación de medidas legislativas, pues establece el deber de los gobiernos de “instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional” para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas.

Sin embargo, en la mayoría de los casos las disposiciones de esta parte del Convenio no entran en detalles respecto a la forma de cumplimiento de los respectivos deberes, quedando entregado a los gobiernos el discernimiento acerca de las medidas más apropiadas para implementar los mismos, cuya naturaleza (tipo de medidas) y alcance (titularidad de las tierras a las que aplican) dependerán de cada contexto y situación particular. Ejemplo de lo anterior es el artículo 14 N° 2 que consagra el deber de los gobiernos de “tomar las medidas que sean necesarias” para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, deber que podría implementarse tanto a través de medidas legislativas como administrativas.

Esta estructura queda en evidencia al analizar las disposiciones de esta parte del Convenio. En efecto, el artículo 14 parte estableciendo el deber de los gobiernos de reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Luego, en el propio artículo 14 y en las disposiciones

siguientes, el Convenio consagra una serie de deberes para los gobiernos cuyo cumplimiento -se entiende- apunta a cumplir con el deber de reconocimiento del derecho ya señalado.

Derecho	Deberes de los gobiernos
Derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas	Deber de los gobiernos de reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14 N° 1).
	Deber de los gobiernos de tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1).
	Deber de los gobiernos de tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2).
	Deber de los gobiernos de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3).
Derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas	Deber de los gobiernos de respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas, establecidas por estos últimos (artículo 17 N° 1).
	Deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17 N° 2).
	Deber de los gobiernos de impedir que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos (artículo 17 N° 3).
Derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas	La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos.
	Deber de los gobiernos de tomar medidas para impedir tales infracciones (artículo 18).

Por tratarse de disposiciones que ameritan un examen más detenido, a continuación se revisa la situación de los artículos 15, 16 y 19 del Convenio.

3.4 El régimen de los recursos naturales. Los derechos que reconoce el Convenio 169

3.4.1 El régimen de los recursos naturales y su vinculación con el concepto de territorio

Ya hemos visto que el artículo 13 del Convenio, luego de afirmar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios” y “en particular los aspectos colectivos de esa relación”, agrega en su N° 2 la siguiente declaración:

“La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

Es importante profundizar en el uso por el Convenio del concepto de ‘territorio’ no solo por su vinculación con el régimen de los recursos naturales, sino porque además es frecuente su utilización en acciones o recursos presentados por personas indígenas ante los tribunales de justicia.

La OIT introduce el concepto de territorio de esta manera:

“El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando el Convenio habla de “tierra”, el concepto abarca la **totalidad del territorio** que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo”.⁸⁵

85 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 91.

Más allá de esta explicación oficial, el artículo 13 contiene ciertos elementos que no se pueden desatender a la hora de precisar el sentido y alcance del concepto de ‘territorio’ en el Convenio. Estos elementos son los siguientes:

- El artículo 13 dispone expresamente que el concepto de territorio **debe ser incluido en relación a la utilización del término “tierras” por los artículos 15 y 16**, es decir, el propio Convenio acota el alcance del concepto de territorio a esas dos disposiciones.
- El artículo 13 establece que el concepto de territorios **cubre la totalidad del hábitat de las regiones** que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, con lo cual aporta un elemento espacial relevante para comprender el alcance del término.
- Al introducir el concepto de territorio, el artículo 13 lo vincula además a las regiones **que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera**, con lo cual agrega un elemento de ocupación o utilización actual de las mismas.

Respecto al primer elemento recién mencionado, el artículo 13 acota entonces el alcance del concepto de territorio a los artículos 15 y 16 del Convenio: el artículo 15 se refiere al régimen de los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas, y el artículo 16 se refiere al traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan. Ambos aspectos serán revisados más adelante.

Ahora bien, y como se sabe, el concepto de ‘territorio’ no tiene una correspondencia estricta en el sistema jurídico doméstico. Lo anterior plantea un desafío sobre la forma en que tal concepto se inserta en el Convenio. Desde luego, es posible afirmar que existen en nuestro sistema jurídico ciertas instituciones, figuras o instrumentos jurídicos que tienen elementos en común con el concepto de territorio y que, por tanto, se puede decir que lo encarnan de uno u otro modo. Es el caso de las denominadas Áreas de Desarrollo Indígena (‘ADI’) que establece la Ley N° 19.253, o de la figura conocida como ‘Espacio Costero Marino de Pueblos originarios’ o ‘ECMPO’ que consagra la Ley N° 20.249.

Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) en la Ley N° 19.253

Qué son las ADI	Las ADI son 'espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades' (artículo 26).
Quién las establece	Las establece el Ministerio de Desarrollo Social a propuesta de la CONADI (artículo 26).
Requisitos para su establecimiento (copulativos)	Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios (artículo 26): <ul style="list-style-type: none"> – Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas (sic); – Alta densidad de población indígena; – Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; – Homogeneidad ecológica, y – Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.
Cuántas son (a la fecha)	Hasta la fecha se han declarado 11 ADI (detalle en cuadro adjunto).
Disposición instrumental	La CONADI, en beneficio de las ADI, podrá estudiar, planificar, coordinar y convenir planes, proyectos, trabajos y obras con ministerios y organismos públicos; gobiernos regionales y municipalidades; universidades y otros establecimientos educacionales; corporaciones y organismos no gubernamentales; organismos de cooperación y asistencia técnica

Nombre	Decreto	Pueblo Indígena	Área comprendida
Atacama la Grande	Decreto Supremo N° 70 MIDEPLAN, 1997.	Atacameño	Comuna de San Pedro de Atacama, Provincia de El Loa, Región de Antofagasta.
Lago Budi	Decreto Supremo N° 71 MIDEPLAN, 1997.	Mapuche	Comunas de Puerto Saavedra y Teodoro Schmidt, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía.
Alto Bio Bio	Decreto Supremo N° 93 MIDEPLAN, 1997.	Mapuche-Pehuenche	Comuna de Santa Bárbara, Provincia del Bío-Bío, Región del Bío-Bío.
Jiwasá Orajé	Decreto Supremo N° 67 MIDEPLAN, 2001.	Aymara y Quechua	Comunas de Colchane, Huara, Camiña, Pica y Pozo Almonte, Provincia de Iquique, Región de Iquique.
Lago Lleu-Lleu	Decreto Supremo N° 60 MIDEPLAN, 2001.	Mapuche	Comunas de Cañete, Tirúa y Contulmo, Provincia de Arauco, Región del Bío-Bío.
Alto El Loa	Decreto Supremo N° 189 MIDEPLAN, 2003.	Atacameño y Quechua	Comunas de Calama, San Pedro de Atacama y Ollagüe, Provincia de El Loa, Región de Antofagasta.
Te Pito O Te Henua	Decreto Supremo N° 111 MIDEPLAN, 2004.	Rapa Nui	Isla de Pascua, provincia del mismo nombre, Región de Valparaíso.
Puel Nahuelbuta	Decreto Supremo N° 168 MIDEPLAN, 2004	Mapuche	Comunas de Chol-Chol, Nueva Imperial, Galvarino, Los Sauces, Traiguén, Lumaco y Purén, Provincias de Malleco y Cautín, Región de la Araucanía.

Alto Andino Arica Parinacota	Decreto Supremo N° 224 MIDEPLAN, 2004	Aymara	Comunas de General Lagos, Putre y Camarones, provincias de Parinacota y Arica, Región de Arica.
Cabo de Hornos	Decreto Supremo N° 279 MIDEPLAN, 2005	Yagán	Comuna de Cabo de Hornos, Provincia de Antártica Chilena, Región de Magallanes y Antártica Chilena.
Ercilla	Decreto Supremo N° 35 Ministerio de Desarrollo Social, 2013	Mapuche	Comunas de Ercilla y Traiguén, Provincia de Malleco, Región de la Araucanía.

3.4.2 El régimen de los recursos naturales.

Artículo 15

Derecho	Deberes de los gobiernos
Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras	Deber de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15 N° 1).
	Deber de los gobiernos en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras- de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15 N° 2).

El artículo 15 del Convenio establece para los gobiernos un deber genérico y dos aplicaciones concretas o específicas de aquel:

- **Deber genérico:** Deber de los gobiernos de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15 N° 1 primera parte).
- **Aplicaciones concretas o específicas:**
- Derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15 N° 1 segunda parte).

- Deber de los gobiernos –en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras– de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15 N° 2 primera parte).
- Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15 N° 2 segunda parte).

En relación a la segunda de dichas aplicaciones concretas –el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras–, en el capítulo 5 se abordarán con mayor detalle sus implicancias respecto a la constitución de propiedad minera.

3.5

Reglas especiales respecto al traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan. Artículo 16

Tal como se anticipó, el Convenio incluye una disposición especial respecto al traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, figura que ha sido denominada también como ‘desplazamiento’, ‘reubicación’, ‘reasentamiento’ o ‘relocalización’. Para efectos de esta sección se utilizará el término ‘reasentamiento’.

Derecho	Deberes de los gobiernos
<p>Derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16).

En su Guía del Convenio, la OIT introduce esta disposición con las siguientes palabras:

“Teniendo en cuenta la importancia fundamental de las tierras y territorios para los pueblos indígenas, resulta evidente que todo desplazamiento involuntario o forzado tendrá graves consecuen-

cias, no solo para sus economías y estrategias de sustento sino también para la subsistencia misma como culturas diferentes con idiomas, instituciones y creencias, entre otras cosas, distintos”.⁸⁶

Teniendo en cuenta que, según la Guía del Convenio, ‘todo desplazamiento involuntario o forzado tendrá graves consecuencias’, el Convenio consagra una secuencia de principios que deben observarse a su respecto:

Principio 1: Los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan (artículo 16 N° 1). “Este es el principio fundamental que debe aplicarse en todas las circunstancias normales”, indica la OIT en su Guía del Convenio. Por eso, si bien este es el principio fundamental, existen excepciones que están tratadas en los párrafos siguientes del artículo 16 (“a reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo”).

Principio 2: Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16 N° 2). Como dice la Guía del Convenio: “teniendo en cuenta que puede haber circunstancias en las que el traslado resulte inevitable, el artículo 16(2) establece que solo debe constituir una medida excepcional”.

Pero si bien excepcionalmente el reasentamiento se permite cuando las circunstancias lo hagan inevitable, el Convenio agrega que dicho traslado solo deberá efectuarse con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Esta exigencia, dice la Guía del Convenio, se establece “a fin de garantizar el manejo adecuado de los desplazamientos, de manera que se respeten los derechos y la integridad de los pueblos indígenas”. “Al hablar de consentimiento previo, libre e informado”, agrega la Guía del Convenio, “se entiende que los pueblos indígenas interesados comprenden cabalmente el significado y las consecuencias del

86 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 97.

desplazamiento, y los aceptan. Claramente, es algo que solo pueden hacer una vez que cuenten con **información clara y precisa** sobre todos los hechos y cifras relevantes.”

Principio 3: Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (artículo 16 N° 2 parte final).

La propia Guía del Convenio no deja lugar a dudas sobre la interpretación que debe darse a este principio: “Si los pueblos indígenas no estuvieran de acuerdo con la reubicación y resultara inevitable, el artículo 16(2) indica que solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, lo que incluye las encuestas públicas mediante las que los pueblos indígenas tendrán la oportunidad de exponer sus opiniones de manera eficaz”. En otras palabras, la frase ‘cuando no pueda obtenerse su consentimiento’ se refiere a la hipótesis en que los pueblos indígenas afectados no están de acuerdo con el reasentamiento, en cuyo caso el reasentamiento solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, con lo cual agrega un requisito adicional en orden a que dichos procedimientos estén instituidos legalmente.

Principio 4: Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación (artículo 16 N° 3). Según la Guía del Convenio, “el artículo 16(3) estipula que en los casos en los que la reubicación haya sido necesaria, los pueblos indígenas deberán tener el derecho de regresar en cuanto deje de existir la causa por la que debieron abandonar las tierras. Por ejemplo, en el caso de una guerra o desastre natural, pueden regresar a sus tierras cuando tales situaciones finalicen.”

Principio 5: Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los

casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas (artículo 16 N° 4).

Dice la Guía del Convenio: “El artículo 16(4) estipula que en los casos en los que la reubicación inevitable se torna una situación permanente, los pueblos indígenas tienen derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, por ejemplo, en términos de potencial agrícola y de reconocimiento legal de la propiedad de dichas tierras. En consecuencia, si los pueblos indígenas no pudieran regresar a sus tierras, por ejemplo debido a que se encuentran inundadas, deberá existir un plan para su reasentamiento y rehabilitación. Si los pueblos indígenas así lo desean, podrán aceptar otras formas de pago en concepto de la pérdida de las tierras.”

Principio 6: Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16 N° 5).

Como ejemplos de ‘pérdida’ o ‘daño’, la Guía del Convenio menciona “la pérdida de una vivienda o propiedad, consecuencias negativas para la salud provocadas por un cambio en el clima, etc.”

Al relacionar este conjunto de principios y reglas con las demás disposiciones del Convenio, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El principio fundamental es que, bajo circunstancias normales, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y por tanto el traslado solo se permite en forma excepcional y cuando se considere necesario o inevitable.
- Los ejemplos de ‘excepcionalidad’ que da la Guía del Convenio envuelven una interpretación estricta de dicho concepto (guerra o desastre natural; afectación por los cambios en el clima global).

- Si bien en estas situaciones excepcionales el reasentamiento debe efectuarse con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, el propio Convenio establece reglas para proceder con el traslado en caso que dicho consentimiento no pueda obtenerse. Esta aclaración es relevante, pues se suele decir que el artículo 16 representa una excepción absoluta a la regla de la consulta previa y que exige en cambio, a todo evento, el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas afectados. El claro tenor del artículo 16 y la explicación que la Guía del Convenio hace del mismo, dejan en claro que el reasentamiento se permite aun cuando los afectados no están de acuerdo, pero en todo caso no puede olvidarse que el reasentamiento -por definición- está permitido solo en forma excepcional cuando sea necesario o inevitable, lo que acota sustancialmente la posibilidad que un pueblo indígena afectado sea reasentado sin su consentimiento.

3.6 Mecanismos de ‘ampliación’ de las tierras indígenas en el Convenio 169. Artículo 19

El Convenio 169 incluye solo una disposición –su artículo 19– que establece nítidamente la obligación de los gobiernos de propender a la ampliación de las tierras indígenas:

“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico (...)”.

Este mandato de ‘asignación de tierras adicionales’, sin embargo, está inserto en una norma que obedece más a un criterio de no discriminación (negativa) que a un principio de discriminación positiva. En efecto, se establece que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos indígenas ‘condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población’, por lo que cabe preguntarse si la obligación subsiste en aquellos casos en que los citados programas no contemplan la asignación de tierras adicionales para otros sectores de la población.

Adicionalmente al artículo 19, existen varias disposiciones que revelan un espíritu que es afín al objetivo de ampliación:

- (i) Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1);
- (ii) Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1);

- (iii) Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2); y
- (iv) Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3).

Como se puede apreciar, el Convenio apunta a fomentar el reconocimiento de un amplio espectro de tierras ocupadas o utilizadas por los pueblos indígenas, más que a la entrega de tierras como medida de reparación. Testimonio de lo anterior es el informe emitido en febrero de 2014 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el cual recordó al Gobierno de Chile que

“en sus comentarios anteriores se habían observado las dificultades que existían para regularizar los derechos a las tierras reclamadas por los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta la persistencia de una situación que no cumple con el Convenio, la Comisión reitera su pedido al Gobierno para que informe en su próxima memoria de manera detallada sobre la adecuación con el Convenio del mecanismo de regularización de tierras y su procedimiento de solución de conflictos. La Comisión espera poder examinar informaciones que permitan comprobar que se tuvieron en cuenta las preocupaciones expresadas por las organizaciones sindicales y los pueblos indígenas en las observaciones comunicadas en 2010 y se reconoció a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que consagran los artículos 13 y 14 del Convenio”⁸⁷.

87 Véase “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT”, ILC.103/III (1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

3.7 Protección ambiental de las tierras indígenas en el Convenio

Por su parte, el artículo 7 del Convenio en sus números 3 y 4 se hace cargo de la ‘importancia especial’ de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras al disponer que:

“3. Los gobiernos deberán 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. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

“4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Esta ‘protección ambiental’ de las tierras indígenas en el Convenio se concreta, en la práctica, en el cumplimiento del deber de consulta de las medidas administrativas que aprueben ambientalmente los proyectos de inversión que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas en su relación con dichas tierras.

Cuadro comparativo de las disposiciones sobre tierras en la Ley N° 19.253 y el Convenio

Elemento	Ley N° 19.253	Convenio
Declaración de Principios	“...siendo para ellos la tierra el <u>fundamento principal</u> de su existencia y cultura” (artículo 1° inciso 1°).	“...los gobiernos deberán respetar la <u>importancia especial</u> que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13 N° 1). “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (artículo 13 N° 2).

Elemento	Ley N° 19.253	Convenio
Deberes del Estado/ Gobiernos	<ul style="list-style-type: none"> – Proteger las tierras indígenas. – Velar por su adecuada explotación y equilibrio ecológico ('protección ambiental'). – Propender a la ampliación de las tierras indígenas (artículo 1° inciso 3°) 	<ul style="list-style-type: none"> – Reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14 N° 1). – Adoptar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14 N° 1). – Tomar medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (art. 14 N° 2). – Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (artículo 14 N° 2).
Definición de tierras/territorio	<p>4 categorías de tierras indígenas (art.12):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Tierras de posesión actual provenientes de títulos históricos (N° 1). – Tierras de posesión actual y ocupación histórica, inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas de CONADI (N° 2). – Tierras declaradas judicialmente (N° 3). – Tierras recibidas a título gratuito del Estado (N° 4). 	<p>No hay definición expresa pero sí criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Tierras en relación con territorio (artículo 13 N° 1). – Aspectos colectivos de la relación (artículo 13 N° 1). – Que ocupan o utilizan de alguna otra manera (artículo 13 N° 1). – Acceso tradicional para actividades tradicionales (artículo 14 N° 1). – Ocupación no exclusiva (artículo 14 N° 1)
Deber de protección de las tierras indígenas	<p>Estatuto de limitaciones a las facultades emanadas del dominio de las tierras indígenas (artículo 13).</p> <p>“Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán (...)”</p> <p>Para detalle de este estatuto ver cuadro especial a continuación.</p>	<p>Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17 N° 2).</p>
Deber de protección ambiental de las tierras indígenas/ territorios	<p>Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico (...)” (artículo 1° inciso 3°).</p> <p>Relacionado con artículo 4 inciso 2° de la Ley N° 19.300 y con DS N° 40/2012 Reglamento del SEIA.</p>	<p>“Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (artículo 7 N° 4).</p>

Elemento	Ley N° 19.253	Convenio
<p>Deber de propender a la ampliación de las tierras indígenas</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Función de CONADI: “posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas” (artículo 39 letra e). – Fondo de Tierras y Aguas de CONADI (artículo 20) con asignación anual en Ley de Presupuestos (artículo 21). – <u>Cuatro mecanismos de ampliación:</u> – Traspaso de tierras fiscales (artículo 21) – Subsidio para la adquisición de tierras (artículo 20 letra a). – ‘Compra de predios en conflicto’ (artículo 20 letra b). – Regularización de títulos. – <u>Caso especial:</u> Tierras de las comunidades indígenas del norte del país (artículo 63): en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de estas comunidades, CONADI deberá salvaguardar los tipos de dominio que se indican, como las “tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido”. 	<p>“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:</p> <p>a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico (...)” (artículo 19).</p> <p>Además se deben considerar los deberes ya señalados de los gobiernos que revelan un espíritu que es afín al objetivo de ampliación:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1); – Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1); – Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2); y – Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3).

Estatuto especial de las tierras indígenas en la Ley N° 19.253			
Titularidad y limitaciones al derecho real de dominio			
Quiénes pueden ser titulares de tierras indígenas	<p>De acuerdo con el artículo 12 de la Ley Indígena, solo pueden ser dueños o titulares del derecho de dominio sobre tierras indígenas:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Las personas naturales indígenas. – La organización denominada ‘comunidad indígena’ que crea la Ley Indígena (artículos 9 al 11). 		
Estatuto especial aplicable al derecho de dominio de las tierras indígenas	<p>El artículo 13 de la Ley N° 19.253 establece que las tierras indígenas, “por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley”, y para concretar este ‘deber de protección’, se consagran una serie de limitaciones al dominio de las tierras indígenas que afectan el derecho real de dominio en todos sus elementos: uso, goce y disposición.</p> <p>Las limitaciones son distintas dependiendo de (i) quién es el titular de las tierras (comunidad indígena creada por la Ley N° 19.253 o persona natural), y (ii) el tipo de acto jurídico al que se refieren.</p>		
	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> <p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son comunidades indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la comunidad beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – No pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p> </td> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> <p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son personas naturales indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la persona natural beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – Pueden ser arrendadas, dadas en comodato, o cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo no superior a cinco años. – Pueden ser permutadas, previa autorización de la CONADI, por tierras de no indígenas de similar valor comercial debidamente acreditado. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p> </td> </tr> </table>	<p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son comunidades indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la comunidad beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – No pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p>	<p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son personas naturales indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la persona natural beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – Pueden ser arrendadas, dadas en comodato, o cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo no superior a cinco años. – Pueden ser permutadas, previa autorización de la CONADI, por tierras de no indígenas de similar valor comercial debidamente acreditado. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p>
<p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son comunidades indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la comunidad beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – No pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p>	<p>Las limitaciones al dominio de las tierras cuyos titulares son personas naturales indígenas son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – No pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. <p>Debe recordarse aquí, sin embargo, que una compra con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI conlleva además una prohibición de enajenar por 25 años, por lo que dentro de ese plazo la persona natural beneficiada no podría ejecutar ninguno de estos actos, ni siquiera a otras comunidades o personas de su misma etnia.</p> – Pueden ser gravadas a personas no indígenas solo con previa autorización de la CONADI, pero el gravamen respectivo no puede comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. – Pueden ser arrendadas, dadas en comodato, o cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo no superior a cinco años. – Pueden ser permutadas, previa autorización de la CONADI, por tierras de no indígenas de similar valor comercial debidamente acreditado. <p>Si las tierras fueron adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, tienen además una prohibición especial de enajenar por 25 años (artículo 22).</p>		
	<p>Sanción: Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta (inciso final artículo 13).</p>		

3.8

Las tierras, territorio y recursos naturales en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia judicial en relación a las tierras, territorio y recursos naturales.

3.8.1 Alcance del concepto de territorio

- La voz ‘terrenos’ del artículo 64 de la Ley N° 19.253 interpretada como ‘territorio’ en el marco de un proceso de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas.
- Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009, rol N° 2840-2008, caso Comunidad Indígena Aymara de Chuzmiza-Usmagama, considerando 7°: “Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, 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 (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aimaras y Atacameñas, no se refiere solo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que solo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos expresados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: “Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo”.

“La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana” (páginas 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: “La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aimaras y atacameñas”. Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo.

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el

veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

“...En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas”.

- **Ocupaciones de terrenos en relación al concepto de territorio y las tierras indígenas definidas en la Ley N° 19.253:** Tierras indígenas son las definidas en el artículo 12 de la Ley N° 19.253. La ocupación de un terreno por los recurrentes no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional e interna-

cional. La legislación contempla acciones y procedimientos para obtener el reconocimiento de un inmueble como tierra indígena. Las disposiciones del Convenio deben aplicarse de un modo que no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y que tampoco se traduzca en no asumir las obligaciones reconocidas a todos los ciudadanos del Estado.

- Corte Suprema, 21 de septiembre de 2012, rol N° 3863-2012 (caso ocupación ilegal Caramallín, Pilmaiquén).
- Corte Suprema, 2 de octubre de 2012, rol N° 5860-2012 (caso ocupación ilegal Puerto Choque, Tirúa).
- **El territorio indígena no se constituye al solo requerimiento de una comunidad indígena basada en que se trata de un territorio de dominio ancestral:** No puede admitirse una interpretación como la propuesta por la comunidad indígena demandante, pues ello importaría que el territorio indígena se saneara y constituyera a su solo requerimiento, sin otra consideración que se trate de un territorio de dominio ancestral, lo que no se ajusta a una interpretación proporcional de todos los derechos fundamentales involucrados.
- El procedimiento de saneamiento descrito en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253 se ajusta a la normativa internacional denunciada como infringida -incluyendo las disposiciones del Convenio citadas por la demandante- y a los estándares fijados sobre la materia en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los derechos humanos.
- Corte Suprema, 22 de julio de 2020, rol N° 28121-2019 (caso Comunidad de Solor, Fisco y Laguna Céjar).

3.8.2 Estatus de las Áreas de Desarrollo Indígena en relación al concepto de territorio

- **Solicitud de transferencia de inmueble fiscal presentada por una comunidad indígena, dentro de un Área de Desarrollo Indígena, no es una mera expectativa:** Solicitud de transferencia a título gratuito de inmueble fiscal -presentada por una comunidad indígena- no es una 'mera expectativa', máxime si

se emplaza al interior de un Área de Desarrollo Indígena. Contexto sistemático de la Ley N° 19.253 permite concluir que se está en presencia de un 'régimen de derechos adquiridos': "La Comunidad Indígena de Toconce no ostenta únicamente una mera expectativa respecto de su petición de transferencia de los terrenos, por cuanto los integrantes de la etnia en referencia están amparados por un estatuto especial que les reconoce derechos que no precisan del acaecimiento de ningún hecho o declaración de autoridad para que se entienda que los ampara, a diferencia de las meras expectativas, que constituyen circunstancias esencialmente eventuales en la medida en que constituyen solo una esperanza de adquisición de un derecho cuando ocurra el hecho que posibilite que se lo incorpore al patrimonio. La posición de la comunidad indígena antes aludida debe analizarse y aquilatarse dentro del contexto sistemático creado por la Ley N° 19.253, del que por el solo ministerio de la ley forma parte, motivo por el cual el hipotético acaecimiento de un hecho no puede asemejarse al resultado de la gestión que la comunidad indígena actualmente conduce para obtener la transferencia gratuita de los terrenos fiscales, por cuanto la normativa que se aduce para fundar la Postulación N° 492619, no ha importado el aventurarse en una gestión de aleatorio desenlace, sino que, por el contrario, forma parte integrante de un sistema que creó una determinada institucionalidad y un régimen de derechos dirigidos a proteger a una parte de la población del país, lo que en definitiva habrá de conducir a la aplicación del estatuto especial legalmente establecido que genera para estos los derechos y prerrogativas que en él se contemplan"(considerando 7° N° 3); y "Que, en virtud de los razonamientos precedentes, no puede esta Corte sino tener por asentados los hechos de que da cuenta la sentencia que por este recurso se pretende impugnar y, entre ellos, el que los terrenos sobre los que la actora ha solicitado una autorización de exploración de aguas subterráneas abarcan los pretendidos por la Comunidad Indígena de Toconce y que forman parte del Área de Desarrollo Indígena declarada como tal mediante Decreto Supremo N° 70 del Ministerio de Planificación y Cooperación, de 10 de marzo de 1997, de modo que no será oído el alegato de la actora, en cuanto afirma lo contrario (considerando 9°).

- Corte Suprema, 15 de mayo de 2014, rol N° 14003-2013 (caso solicitud de exploración de aguas subterráneas en inmueble solicitado por la Comunidad Indígena Atacameña de Toconce).
- **Función social de la propiedad, relación con las disposiciones sobre tierras y territorio del Convenio, y emplazamiento de un proyecto en un Área de Desarrollo Indígena para efectos de su ingreso al SEIA:** El derecho de propiedad reconoce limitaciones asociadas a su función social, ejemplo de las cuales son las disposiciones del Convenio que establecen el deber de los gobiernos de respetar la importancia especial que las tierras revisten para los pueblos indígenas. Un Área de Desarrollo Indígena es un 'área protegida' conforme a la institucionalidad indígena. "Que como ya se sugirió anteriormente, el derecho de propiedad, genéricamente considerado, no obstante su protección constitucional, no corresponde a una prerrogativa absoluta, sino que reconoce limitaciones, pues expresamente nuestra Constitución Política de la República restringe el ejercicio de este derecho, mediante la fórmula de la función social de la propiedad y, además, prevé la posibilidad que la ley establezca limitaciones a las facultades que le son inherentes. Ejemplo de estas limitaciones, las encontramos en el Convenio OIT 169, desde que su artículo 13 establece a los gobiernos, la obligación de respetar la importancia que las tierras revisten para los pueblos interesados, añadiendo el artículo 14, que se debe reconocer a los mismos, el derecho de propiedad y el acceso a los territorios en que tradicionalmente han tenido acceso para sus actividades culturales y de subsistencia, adicionando el artículo siguiente, que la especial protección que se debe dispensar respecto de los derechos a los recursos naturales existentes en sus tierras, y la obligación directa, en el caso de los recursos minerales que le pertenecen al Estado, como es el caso de nuestra legislación, de mantener procedimientos de consulta con los pueblos interesados y su participación en los beneficios que la explotación de dicha riqueza reporte" (considerando 3°); y "Que, del mérito de los documentos emitido por el Seremi del Bienes Nacionales de la Región de Tarapacá de fojas 205 y aquel guardado en custodia, correspondiente a los Ordinarios SE01-3459-2014 y SE01-2004-2014 respectivamente, se desprende que los lotes solicitados, se emplazan sobre áreas protegidas conforme la institucionalidad indígena, como área de protección de desarro-

llo indígena, lo cual debe tenerse por suficientemente acreditado, desde que dichos testimonios, son coherentes con lo expuesto por los testigos que deponen en autos” (considerando 4°).

- Corte Suprema, 4 de mayo de 2016, rol N° 6628-2015, sentencia de reemplazo (caso servidumbre Cerro Colorado).

3.8.3 Constitución de servidumbres mineras sobre tierras indígenas. Relación con las disposiciones del Convenio

- **Procedimiento para la constitución de una servidumbre legal minera sobre tierras indígenas registradas en CONADI es el procedimiento especial de la Ley N° 19.253:** Si el predio sirviente tiene la calidad de tierra indígena y está inscrito en el Registro Público de Tierras Indígenas que lleva la CONADI, el procedimiento para la constitución de una servidumbre legal minera sobre dichas tierras es el procedimiento especial establecido en el artículo 56 de la Ley N° 19.253, cuerpo legal que prima sobre la Ley N° 19.657 (sobre concesiones geotérmicas) y que además debe relacionarse con los preceptos del Convenio que consagran el deber de los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan.
- Juzgado de Letras de Pozo Almonte, 23 de diciembre de 2010, “Comunidad Indígena Aymara de Cancosa con Energía Andina S.A.”, rol N° C-54-2010, confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique, 10 de mayo de 2011, rol N° 53-2011. Fallo ejecutoriado (caso servidumbre geotermia).
- **La Comunidad Indígena propietaria de las tierras debe ser oída en el procedimiento judicial de constitución de servidumbre legal minera:** “Que en este marco la Comunidad Indígena Colla de Río Jorquera y sus afluentes, ha comparecido en los autos rol N° 222-2012, del Tribunal recurrido, el que además de asistirle -como a cualquier tercero independiente- el derecho consagrado en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, esto es, de intervenir en un juicio en calidad de tercero independiente a objeto de exponer sus pretensiones respecto a lo que en esa sede se debate,

lo que puede efectuarse en el caso de un procedimiento sumario, hasta antes de dictarse sentencia, por su calidad de comunidad indígena, además, se encuentra la recurrente protegida por un estatuto normativo especial, conformado como tal, tanto por una reglamentación interna como por disposiciones provenientes del derecho internacional debidamente ratificadas por el Estado de Chile, en especial por el denominado Convenio 169 de la OIT, el que se encuentra en vigencia en nuestro país desde el año 2009, el que en lo que respecta lo debatido en autos, contempla en su artículo 15.2, lo siguiente:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”, estableciendo, a continuación el derecho de indemnización y participación en los beneficios de la actividad, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Tratado ratificado por nuestro país, de lo que se desprende lo imperativo de su aplicación, ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución Política de la República” (considerando 6°); y “Que de lo anterior, fluye necesariamente, que la mentada Comunidad Indígena, sin perjuicio de la determinación judicial a la que, conforme al mérito de esos antecedentes, se pudiera arribar en la causa Rol N° 222-2012 del Tribunal recurrido, lo cierto es que en el contexto antes descrito se hace indispensable reconocer en dicho juicio sumario la oportunidad a la recurrente de exponer sus planteamientos respecto de lo debatido y de presentar los antecedentes que estime pertinentes al efecto, lo que no ha sucedido en la especie, configurándose con ello la vulneración a la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución (...)” (considerando 7°).

- Corte de Apelaciones de Copiapó, 30 de abril de 2013, “Comunidad Indígena Colla de Río Jorquera y sus Afluentes con Compañía Minera Cerro del Medio”, rol N° 352-2012. Confirmada por la Corte Suprema, 17 de junio de 2013, rol N° 3676-2013 (caso servidumbre Cía. Minera Cerro del Medio).

4

El componente indígena en los litigios judiciales

Las personas de pueblos indígenas han sido sujetos justiciables desde los inicios de la República, siendo posible encontrar variados enfoques de la administración de justicia. Estos van desde la percepción del indígena como un justiciable “salvaje” que había que someter a la legislación del Estado hasta el enfoque centrado en la diversidad cultural y la necesidad de un tratamiento especial.

Las personas de pueblos indígenas han sido sujetos justiciables desde los inicios de la República, siendo posible encontrar variados enfoques de la administración de justicia. Estos van desde la percepción del indígena como un justiciable “salvaje” que había que someter a la legislación del Estado hasta el enfoque centrado en la diversidad cultural y la necesidad de un tratamiento especial. Como muestra del primer enfoque podemos citar, entre muchos ejemplos, una vieja sentencia sobre homicidio y hurto dictada en el caso del *Bergantín Joven Daniel* (13 de septiembre de 1850). En ella se lee:

“Que aunque resulta probado que estos casiques i muchos de sus mosetones tomaron algunos efectos de los que estaban botados en la playa casi no se les puede formar cargo ninguno por no haberlos entregado inmediatamente o dado parte a las autoridades, porque ignoran nuestras leyes i no han tenido medios de saberlas; siendo por otra parte unos hombres idiotas, semi-salvajes que pudieron creer que esos efectos les pertenecían por haberlos arrojado el mar. En consecuencia i con arreglo a lo dispuesto en (...) absuelvo de la instancia a los espresados casiques”.⁸⁸

En una línea similar, en un caso de conflicto de tierras, se aludía a la barbarie de los pueblos indígenas:

“Que los territorios de indígenas situadas al sur del río Bio-Bio i al norte de la provincia de Valdivia, aunque han formado parte del territorio nacional no han estado sujetos a las leyes de la República, i se han gobernado según las costumbres de sus habitantes, que han vivido independientes en estado de barbarie, hasta que se les ha sometido a las leyes de la Nación, ocupando paulatina i sucesivamente aquellos territorios mediante diversas medidas administrativas i especialmente por medio del empleo de la fuerza militar”.⁸⁹

88 Juzgado de Valdivia, 21 de diciembre de 1850, en Gaceta de los Tribunales 440, año 10, p. 3066. Contra los casiques Alonso Curin, Manuel Huerapil i el correo Juan de Dios Dávila Gatica, por homicidio i hurto, ejecutados en los naufragios del bergantín Nacional “Joven Daniel”.

89 Corte Suprema, sentencia de 11 de octubre de 1895, Gaceta de los Tribunales, Núm. 4.317, año LV, 11 de octubre de 1895, pp. 769-782, Expedientes de Juan Tomás Lincopí.

En el otro extremo es también posible encontrar en los anales de la jurisprudencia judicial algunos ejemplos que evidencian la sensibilidad de los magistrados hacia las peculiaridades antropológicas y culturales de los indígenas como justiciables.

En el otro extremo es también posible encontrar en los anales de la jurisprudencia judicial algunos ejemplos que evidencian la sensibilidad de los magistrados hacia las peculiaridades antropológicas y culturales de los indígenas como justiciables. Así, hay precedentes interesantes sobre prueba de la posesión o de amparo frente a la desposesión⁹⁰:

“Juan Tomás Lincopí dice que es dueño i poseedor de la Isla Doña Inés, situada en rio Imperial, que forma parte de la 9ª subdelegación del departamento de Cañete; que su posesión tranquila i no interrumpida es de más de veinte años; que el 16 de noviembre de 1893 fue desalojado violentamente de su propiedad o isla por cinco soldados mandados por Rodolfo Gálvez, que obraban en virtud de órdenes del Inspector de Colonización, empleado inmediato del Ministro respectivo; que estima que el Fisco es quien cometió el despojo; que los soldados le dieron de planazos, le destruyeron un sembrado i le comieron ocho chanchos; i concluye querellándose por despojo contra el Fisco, para lo cual ofrece información sumaria (...) En mérito de lo expuesto i teniendo en consideración lo dispuesto en los arts. 918 i 927 del Código Civil, restituyo a Juan Tomás Lincopí en la posesión de la referida Isla Doña Inés (...) i reservo al Fisco sus derechos para que los haga valer en la forma que viere convenirle (...)”⁹¹

Durante el siglo XX es posible advertir como la práctica judicial y la legislación especial fueron reconociendo progresivamente el factor cultural como determinante para la aplicación de reglas especiales de procedimiento o de decisión que aseguraran el abandono de aquella concepción peyorativa de la identidad y cultura originaria. Expresión de ello fueron las leyes que crearon los juzgados de indios, primero

90 Juzgado de Valdivia, sentencia de 20 de marzo de 1851, Gaceta de los Tribunales, Núm. 571, año XII, 23 de junio de 1853, p. 4438, Curilef-Apo, Antignir i compartes con Francisco Trenquil i compartes, sobre terrenos (fallo confirmado por la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción, de 17 de mayo de 1853).

91 Juzgado de Letras de Cañete, sentencia de 16 de febrero de 1894, Gaceta de los Tribunales, Núm. 4.032, año LIV, 17 de noviembre de 1894, p. 706. Fallo confirmado por la Excm. Corte Suprema, de 8 de octubre de 1894, “se confirma la sentencia apelada de 16 de febrero último (...) en cuanto declara que Juan Tomás Lincopí ha sido despojado violentamente del terreno que según ha acreditado en la información tenía en su poder, debiendo, en consecuencia, restablecerse las cosas en el estado que tenían antes del despojo violento i sin perjuicio de las acciones posesorias ordinarias que por una i por otra parte puedan intentarse (...)”.

con el objeto de promover la división de las comunidades⁹² y después asociados a cuestiones de tierras y alimentos.⁹³ En 1972 se dicta la Ley N° 17.729 que suprime los juzgados de indios y promueve diversas medidas sociales, tales como algunas formas de discriminación positiva en los concursos públicos o en la admisión a las universidades, ello sin contar con la regulación de procedimientos especiales relativos a la administración, explotación, uso y goce de las tierras indígenas y los actos y contratos que se refieran o incidan ellas.⁹⁴ Ya restablecida la democracia, en 1993 se aprueba la Ley N° 19.253 que expresamente reconoce, entre otras obligaciones:

- a. El deber de los jueces de reconocer el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales (arts. 7° y 28°).
- b. La prohibición de discriminación manifiesta intencionado en contra los indígenas, en razón de su origen y su cultura (art. 8°).
- c. La obligación de reconocer la costumbre entre indígenas pertenecientes a una misma etnia como fuente de derecho (art. 54).

La entrada en vigencia del Convenio 169 vino a reforzar los derechos de los pueblos indígenas en su dimensión judicial, configurando expresamente un catálogo de deberes capitales para la magistratura que bien se combinan con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.⁹⁵

Del Convenio 169 se extraen las siguientes obligaciones para el órgano jurisdiccional:

- a. A otorgar el derecho a la tutela judicial en caso de violación de sus derechos, tomando las medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender los procedimientos judiciales, recurriendo a intérprete u otros medios

92 Ley N° 4.802 del 24 de enero de 1930.

93 Ley N° 14.511 del 3 de enero de 1961.

94 Véase Jara (1956) y Valenzuela y Oliva (2018).

95 Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008. Estas directrices no constituyen, por sí mismas, fuentes de derecho doméstico o internacional, pero en la medida en que se inspiran en los tratados internacionales constituyen una positiva orientación para los jueces.

eficaces (art. 12). El derecho a la tutela judicial, base entonces del debido proceso, se ajusta a las características peculiares de los pueblos indígenas. De lo anterior se exige que el juez deberá estar atento al acceso individual como también al acceso colectivo. En efecto, como ya se ha señalado, los derechos que se reconocen a los pueblos indígenas no solo son individuales sino también colectivos. Por lo tanto, la magistratura debe permitir tanto la legitimación individual, respecto de la dimensión individual de lo indígena, como la legitimación colectiva respecto de los derechos colectivos.

- b. Reconocer el derecho a la identidad cultural y a la no discriminación (art. 2.2 y 3).

Con relación a la no discriminación es importante tener en cuenta que tratándose de miembros de pueblos indígenas, no será raro que se presente además el fenómeno llamado de la interseccionalidad en la discriminación donde se observa “una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en el justiciable”.

La interseccionalidad en la discriminación.

El caso de Lorenza C.

El caso de Lorenza C., mujer mapuche embarazada con diagnóstico de preclampsia que es trasladada a un recinto de salud donde su persona fue asegurada con grilletes por varias horas. En este caso, la Corte Suprema explicó cómo se produce la discriminación interseccional con la mujer indígena:

“ Que, así las cosas, se estima que en el caso *sub judice* hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues esta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de

libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho”, Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016, Lorenza C. vs. Gendarmería de Chile, rol N° 92.795-2016.

Debe tenerse además en cuenta que el deber de no discriminación muchas veces está expresado en la legislación especial a través de normas que configuran procesos distintos a los aplicables a la generalidad de la población. Así sucede con la legislación procesal “especial-general” de la Ley N° 19.253 o las regulaciones “especiales-especiales” de la Ley N° 16.441, conocida como Ley Pascua.⁹⁶

- c. Reconocer y proteger la integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos indígenas (art. 5).
- d. Tomar debidamente en consideración las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, lo que incluye el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8). La dimensión jurídica de esta obligación se traduce en dar

96 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de diciembre de 2015, rol N° 2252-2013.

y reconocer eficacia jurídica a las costumbres, como asimismo reconocer las competencias que estas mismas costumbres atribuyen a sus instituciones de composición de conflictos.

- e. Respetar los métodos a los que recurren los pueblos indígenas tradicionalmente por la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9º). Como se señaló anteriormente, esta obligación está sujeta al respeto de los derechos humanos.
- f. A tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de dichos pueblos cada vez que se impongan sanciones penales, como asimismo el deber de preferir sanciones distintas al encarcelamiento (art.10).

Las llamadas Reglas de Brasilia incluyen la pertenencia a comunidades indígenas como posible causa de vulnerabilidad (secc. 2ª,4[9]) y señalan:

“Las personas integrantes de las *comunidades indígenas* pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal”.

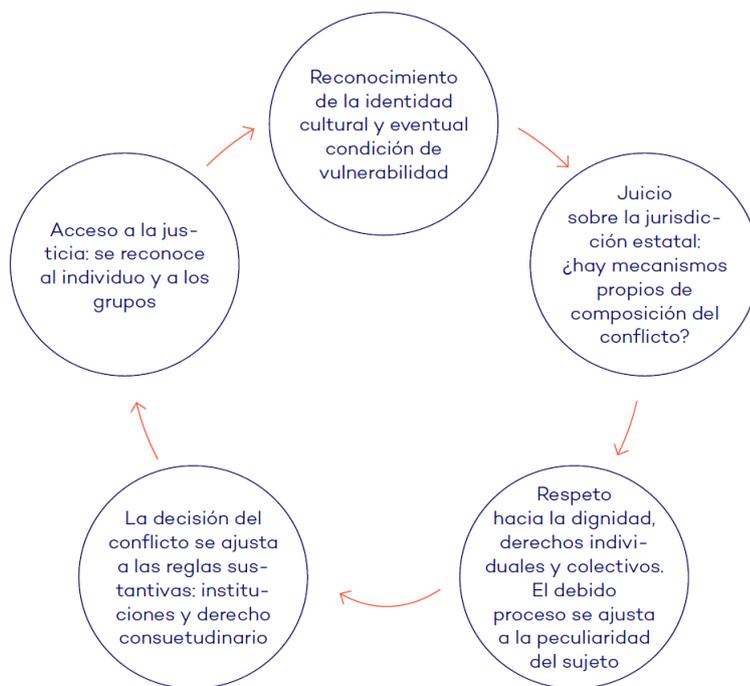
La Regla 48 (secc. 6ª [48]) señala:

“(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en

el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma”

En síntesis, la posición del Tribunal frente al justiciable indígena se condiciona a partir de los siguientes criterios:



Mucho podría decirse respecto del deber de reconocer y, en su caso, ajustar la decisión a las reglas de derecho consuetudinario o propio. En general, cuando el Estado se separa de la premisas estatistas de los modos de producción del Derecho (que en el caso chileno o se expresan en la conocida regla del artículo 2º del Código Civil, que solo reconoce la costumbre *secundum legem*) y admite que hay diversas

formas de producción de normas jurídicas estamos ante el fenómeno denominado “pluralismo jurídico”. Como no es este lugar para aclarar ni profundizar una cuestión tan compleja, basta con señalar lo siguiente:

- a. La obligación judicial presupone la existencia de un derecho propio. La existencia, sin embargo, de ese derecho propio no depende del órgano jurisdiccional. El juez constata la existencia de ese derecho, pero ni lo crea ni lo presume a partir de la sola condición de indígenas de los sujetos en conflicto. Esta es una cuestión de hecho que se dirime en el proceso a través de la prueba que rindan las partes, siendo particularmente relevante la prueba pericial y la testimonial.
- b. La costumbre es aplicable reconociendo siempre un límite: el respeto por los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Sobre este punto la Guía del Convenio señala “de conformidad con el artículo 8(2) del Convenio, solo quedan excluidas del principio consagrado en el artículo 8(1) aquellas costumbres e instituciones que sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esta disposición establece un criterio de exclusión acumulativo: las costumbres deben ser incompatibles tanto con (a) la legislación nacional como con (b) las disposiciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En consecuencia, no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional. Por otra parte, no pueden justificarse las costumbres indígenas si transgreden los derechos humanos fundamentales” (*Guía del Convenio*, p. 81).

- c. Es capital distinguir la costumbre, en sentido jurídico, de los usos y tradiciones culturales generales. La costumbre es una forma de uso cultural pero no todo uso cultural es costumbre en términos jurídicos. La costumbre, con las limitaciones señaladas, se “aplica”, los usos puramente culturales (sin sentido deontológico), se “tienen en cuenta”.

El caso de la pastora Gabriela B.

El 11 de octubre de 2010 el TOP de Arica condenó a una pastora aymara por el delito de abandono de un menor de diez años el lugar solitario un resultado de muerte. En dicha ocasión se discutía sobre la incidencia en el juicio debía darse al hecho de que los pastores aymaras usualmente realizaron labores de pastoreo en compañía de sus hijos menores. Invocando el Convenio 169, el TOP señaló que “el artículo 8 del Convenio 169 señala que al aplicar el derecho a los pueblos originarios deberán tomarse en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, pero no establece que se juzgará con base a esas costumbres, sino que se tomarán en consideración. Por otra parte, el derecho de la costumbre, es decir, aquel derecho que se integra en virtud de la repetición constante en el tiempo y en el espacio de determinadas prácticas, con la convicción que se está actuando en el cumplimiento de una obligación legal. Por tal motivo, para que se configure la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en exigir la concurrencia de dos elementos: 1) el objetivo integrado por la repetición de la misma conducta en forma inveterada (*inveterata consuetudo*) y otro subjetivo el que consiste en la convicción que se está actuando jurídicamente en concreto, por obligación (*opinio juris*)”. El fallo añadió “en el presente caso la defensa rindió prueba de la costumbre mediante los dichos de los peritos Supanta y Flores, además presentó a los testigos C.S. y V.T.P.A.; como se señaló con anterioridad ambos peritos dieron cuenta que efectivamente es costumbre aimara pastorear con los niños, los cuales en algunas oportunidades pueden quedar solos, pero siempre bajo la mirada de quien pastorea, en una lomita; V.P.A. y C.B., reiteraron que esa era la costumbre, ella dijo que los niños siempre pegaditos a la madre y el que los niños siempre en el aguayo, del brazo o de la mano. Así las cosas, no podemos decir, que el dejar a los niños en un lugar solitario sea una conducta inveterada ni que cuando ella se configuró la acusada tuviera la convicción que estaba actuando por obligación, cayendo de esta forma la hipótesis defensiva”.

Este fallo muestra bien la confusión entre la costumbre como regla jurídica (que es definida en los términos canónicos de la repetición bastante uniforme de una conducta obedeciendo un imperativo jurídico) y la costumbre como un curso o comportamiento puramente cultural (en este caso el pastorear en compañía de los hijos). El convenio distingue claramente ambas hipótesis. El caso terminó en una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde el procedimiento concluyó con una solución amistosa (Informe de Solución Amistosa 138/18, petición 687-11).

4.1 El Convenio 169 y la reinterpretación de los derechos fundamentales constitucionales en clave indígena: recursos de protección y amparo

Una de las primeras áreas en las que encontró progresiva cabida la aplicación del Convenio 169 de la OIT fue el ejercicio de las acciones constitucionales de protección y amparo. En estos contextos jurisdiccionales, el escrutinio de la legalidad y de la sumisión de la actividad pública y particular a los derechos fundamentales se apoyó en el Convenio 169 desde el año 2009 en que entró en vigencia.

Podría decirse que el ámbito específico que dio lugar a la progresiva aplicación del Convenio 169 fue el de los litigios ambientales. A propósito del derecho de consulta previa y la aprobación de planes reguladores o de proyectos de inversión en las antiguas COREMA que regulaba la Ley N° 19.300 antes de la reforma de 2010, las cortes fueron poco a poco incardinando los derechos del Convenio 169 con los sujetos protegidos y los derechos que reconoce la Constitución. Entre esos derechos pueden señalarse con especial atención: el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, la libertad de conciencia y la libre manifestación de creencias y cultos, incluyendo además el derecho de propiedad.

El caso Menokos y el debut del Convenio 169 en la jurisprudencia de protección

Uno de los hitos fundacionales más importantes del recurso de protección en materia ambiental se relaciona con la tutela del Lago Chungará que reclamó un agricultor del valle de Azapa en la década de los '80. Si ese conflicto se hubiese presentado después de la entrada en vigor del Convenio 169 la estrategia judicial abre incluido algún componente indígena. Este último fue el camino que la Machi Francisca Linconao eligió para impugnar la tala ilegal de vegetación nativa cercana a unos manantiales sagrados, conocidos como "Menokos". La Corte de Temuco resolvió "que tomando como base el con-

cepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que (...) se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la Araucanía (...) que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CONADI (...) representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi” (Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.773-2008, Linconao vs. Soc. Forestal Palermo).

El reconocimiento de la especial condición que tienen los pueblos indígenas como justiciables obliga a ajustar, a lo menos, los siguientes componentes básicos de los litigios constitucionales de protección y amparo: la legitimación activa y acceso a la justicia, el escrutinio del agravio mediante la interpretación evolutiva de los derechos y su lectura en clave intercultural y, por último, el alcance de las medidas de protección.

Cuestiones críticas en los litigios constitucionales cautelares



4.1.1 El acceso a la justicia

Las reglas de Brasilia incluyen expresamente a las comunidades indígenas. En materia constitucional debe además estar presente el carácter colectivo de los derechos indígenas, carácter del cual ha de desprenderse una consecuencia procesal: si se trata de derechos colectivos, lo lógico es que se reconozca legitimación también a los grupos.

Esta afirmación es importante tratándose de acciones en las que tradicionalmente se ha negado su carácter popular y se exigido la individualización precisa de las personas en cuyo favor se recurre.

Recientemente, en su sentencia sobre la ley Pascua, el Tribunal Constitucional estimó que las normas especiales sobre penalidad de delitos sexuales en Isla de Pascua limitaban inapropiadamente el derecho de acceso a la justicia de las víctimas:

“Afecta la tutela judicial doblemente. Primero, porque los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Y, en segundo lugar, esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.

En consecuencia, estas reglas afectan el artículo 19 N° 2 de la Constitución en relación con el artículo 19, numeral 3° de la misma puesto que no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente, sino que desprotege objetiva y subjetivamente a toda una categoría de personas, preferentemente mujeres, lo que se traduce en las afectaciones constitucionales denunciadas” (Tribunal Constitucional, sentencia del 29 de enero de 2020, considerando 64°).

4.1.2 La interpretación evolutiva y el enfoque intercultural

La jurisprudencia constitucional nacional y la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos tienen como criterio constante aquel que sostiene que los tratados y las normas de derechos humanos son reglas cuya interpretación no es estática en el tiempo, sino que debe ajustarse a los cambios que experimentan las

sociedades. En el caso de la legislación chilena, toda la constitución fue escrita prescindiendo de la existencia de los pueblos indígenas. Esta realidad solo ha venido a cambiar muy recientemente con la reforma constitucional que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a tener escaños separados en el proceso de elección de los miembros a la Convención Constituyente (Ley N° 21.298, D. Oficial del 23 de diciembre de 2020).

El deber del juez y del operador es, entonces, sintonizar la regla de derecho con la realidad particular de los grupos humanos indígenas, proyectando el contenido protegido por la norma constitucional a la peculiar realidad de los pueblos originarios. Este proceso más de alguna vez implicará una vuelta de tuerca en los conceptos tradicionales asociados a la cultura occidental. Por ende, en materia religiosa se reconoce el carácter sagrado de espacios naturales (renovando el concepto tradicional de lugar de culto o de “templo”) o en cuestiones relacionadas con la propiedad, se reconoce el carácter comunal o colectivo como parte esencial del dominio indígena Y el “núcleo inviolable” de la identidad indígena.⁹⁷

Un ejemplo de interpretación evolutiva en la Corte IDH: la propiedad indígena en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni

La primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrentó a un conflicto centrado en la vulneración de la propiedad indígena fue el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. El problema que debía resolver la Corte era si los términos de un instrumento internacional redactado a fines de la década de los 60, que no fue una época propicia para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, comprendía el reconocimiento y protección de la propiedad indígena. Superando una interpretación originalista del artículo 21 de la Convención Ame-

97 Donoso (2014); pp. 15-63.

ricana de Derechos Humanos, la corte afirmó lo siguiente: “146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.

147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados’.

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas).

4.1.3 Las medidas de reparación: individuales y colectivas

En los litigios con componentes colectivos es lógico pensar en medidas de reparación que también tengan ese carácter. Dicho otro modo, el efecto relativo de la sentencia está necesariamente limitado por referirse la acción de tutela a un objeto colectivo. Este objeto necesariamente conduce a superar la subjetividad de quienes han interpuesto la acción y diseñar medidas de protección que sean funcionales al

grupo. Esta característica, en realidad, no es exclusiva de los litigios en los cuales comparece el componente indígena. Por el contrario, ella es una característica general de todos los litigios de derechos humanos, donde el bien o el interés público comprometido excede el interés particular de quien activa el ejercicio de la jurisdicción a través de una acción constitucional. Existiendo víctimas colectivas, deben concederse medidas colectivas de reparación.⁹⁸

Por otra parte, la reparación debe tener en cuenta las peculiaridades que configuran la ofensa o el daño en la cultura indígena y que, muy probablemente, también inciden en el diseño de las formas de reparación.

La procedencia de medidas generales de tutela a través de recursos de protección o amparo: la no repetición

En el caso de Lorenza C., la Corte Suprema ordenó a Gendarmería de Chile a “revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas

98 Véase Comisión de Derechos Humanos (1993) párrs. 14 y 15: “14. It cannot be denied that both individuals and collectivities are often victimized as a result of gross violations of human rights. Most of the gross violations of human rights. Most of the gross violations listed in the previous paragraph inherently affect rights of individuals and rights of collectivities. This was also assumed in Sub-Commission resolution 1989/13 which provided some useful guidelines with respect to the question of who is entitled to reparation. In this regard the resolution mentions in its first preambular paragraph ‘individuals, groups and communities’. In the next part of this section, which will deal with some special issues of interest and attention, the individual and collective aspects of victimized persons and groups are in many instances closely interrelated. This coincidence of individual and collective aspects is particularly manifest with regard to the rights of indigenous peoples. Against this background it is therefore necessary that, in addition to individual means of reparation, adequate provision be made to entitle groups of victims or victimized communities to present collective claims for damages and to receive collective reparation accordingly. 15. For the sake of determining the notion of victim, both individually and collectively, it is useful to refer to the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power and in particular to the following phrases from paragraphs 1 and 2 of the Declaration:

“Victims’ means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights (...).

“... The term ‘victim’ also includes, where appropriate, the immediate family or dependents of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization”. Sobre reparaciones colectivas, véase *Lenzerini (2008)*; pp. 16-18.

de violencia y discriminación en contra de las mujeres”. Esta medida es típica de los juicios de tutela de derechos y en ella queda en evidencia como el tribunal intenta evitar, a través de la medida, que la autoridad recurrida repita la situación de vulneración que causó la intervención judicial. A esto corresponde lo que la doctrina llama la “garantía de no repetición” y qué no es otra cosa que la finalidad preventiva que también cumple el proceso jurisdiccional, lo que conduce a que el tribunal disponga de medidas generales en la parte resolutive de la sentencia. Este no ha sido en todo caso un asunto completamente pacífico en la jurisprudencia. Alguna vez esta última señaló que las acciones constitucionales no son un instrumento para impartir instrucciones generales a la Administración, lo que ha se ha repetido con las policías (véase por ejemplo Corte Suprema, 17 de julio de 2012, INDH vs. Carabineros, Rol N° 4143-2012, o más recientemente Corte Suprema, 22 de febrero de 2021, Pavón y otros vs. Zenteno, rol N° 79055).

4.2 Las normas especiales en materia civil: conflictos civiles, electorales y asociativos

El Convenio 169 contiene regulaciones específicas para los conflictos en materia civil en los que son parte quienes pertenecen a los pueblos indígenas. En esta sección nos vamos a referir a los conflictos intracomunitarios, para los cuales el instrumento prevé ciertas reglas generales:

- a. El deber de reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos (art. 5, letra a).
- b. La obligación de respeto hacia los valores, prácticas e instituciones de (art. 5, letra b). Al igual que en los conflictos o litigios derivados de las acciones constitucionales como en materia civil, el juez tiene la obligación de juzgar estos conflictos teniendo en cuenta las peculiaridades culturales del justiciable. Este procedimiento, ciertamente, no es fácil cuando el juez cede a la inercia que proporciona la cultura mayoritaria o hegemónica y no advierte tanto las peculiaridades del conflicto como de sus sujetos.
- c. La obligación, al aplicar la legislación nacional, de tener en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos (8.1.). En el caso de la legislación nacional, este deber se concreta en los siguientes mandatos de la Ley N° 19.253:
 - “La sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común” (art. 18, Ley N° 19.253).
 - “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad” (art. 54 inciso 1°, Ley N° 19.253).

- “Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal” (art. 54 inciso 2º, Ley N° 19.253).
- “El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación” (art. 54 inciso 3º, Ley N° 19.253).
- d. El deber de no impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos (art. 8.3).
- e. La obligación de reconocer, en pie de igualdad, los derechos y oportunidad que la legislación nacional otorga a la generalidad de la población (art. 2.2).

Un caso de conflicto entre leyes especiales

Para los litigios relativos a tierras, existen normas especiales en la Ley N° 19.253 (art. 55-58) que deben ser considerados por el juez civil. Entre estos destaca el procedimiento especial del artículo 56 y que también se aplica a los procesos que tienen como contraparte a no indígenas y que ha generado dificultades en cuanto su preferencia respecto de otros procedimientos especiales.⁹⁹ La dificultad estriba en determinar si este procedimiento prima cuando en el caso concurren otros procedimientos especiales, ya no en razón de los sujetos, sino en razón de la materia como acontece con la ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica. La jurisprudencia ha tendido a preferir la aplicación de la ley especial en razón de las personas por sobre aquella ley que es especial (e incluso posterior) en razón de la materia.

99 Romero (2012); pp. 819-828.

En materia electoral, los conflictos pueden ser llevados tanto a la justicia civil como a la justicia electoral, dependiendo de la causa del conflicto. Lo relevante en este caso es que se respeten los mismos principios rectores que orientan el ejercicio de la jurisdicción civil. Lo anterior, suele ser dificultado en ciertas ocasiones por la tendencia de las comunidades o asociaciones indígenas a someterse a las mismas reglas que la generalidad de las asociaciones civiles. Esto se expresa en demandas absolutamente neutras en términos de alegaciones culturales o de Derecho propio.

Conflictos entre comunidades en la justicia civil:

¿Hay libertad de asociación para salir de una comunidad y conformar otra?

Un grupo de atacameños se escinde de una comunidad indígena preexistente para pasar a formar parte de una nueva comunidad. La comunidad originaria demanda, mediante una acción de nulidad de Derecho público, la supuesta invalidez del acto de autoridad que habría otorgado la personalidad jurídica a la segunda comunidad. El Tribunal de Primera instancia rechaza la acción de nulidad, sosteniendo que, en rigor, el contencioso administrativo carece de objeto pues, de acuerdo con la ley, no existe un acto administrativo que concede la personalidad jurídica sino que esta última es conferida directamente por el legislador. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en Comunidad de Conchi viejo vs. CONADI y Comunidad indígena de Taira, sentencia de 31 de marzo de 2021, rol ° 53-2021, confirma el fallo de primera instancia. Este es un típico caso de conflicto comunitario que debe responder a las reglas de Derecho consuetudinario y, a falta de ellas, a las normas del Derecho privado común, con sus normas de prescripción y de solución de conflictos. Visto desde el punto de vista de las normas constitucionales, el caso también plantea el problema de si la Ley puede obligar a un grupo de indígenas a formar parte de una comunidad que no los representa.

4.3 Normativa en materia laboral y de seguridad social: las comunidades como empleadoras y los indígenas como trabajadores

Si comparamos el Convenio 107 con el 169, es posible observar en el último una mayor profundidad en la especialidad de las regulaciones que deben los estados en orden a proteger los derechos laborales de quienes pertenecen a los pueblos indígenas.

Convenio 107	Convenio 169
<p><i>Artículo 15</i></p> <p>1. Todo Miembro deberá adoptar, dentro del marco de su legislación nacional, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a las poblaciones en cuestión una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, mientras dichos trabajadores no puedan beneficiarse de la protección que la ley concede a los trabajadores en general.</p> <p>2. Todo Miembro hará cuanto esté en su poder para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a las poblaciones en cuestión y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:</p> <p>(a) admisión en el empleo, incluso en empleos calificados;</p> <p>(b) remuneración igual por trabajo de igual valor;</p> <p>(c) asistencia médica y social, prevención de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales e indemnización por esos riesgos, higiene en el trabajo y vivienda;</p> <p>(d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derecho a celebrar contratos colectivos con los empleadores y con las organizaciones de empleadores.</p>	<p><i>Artículo 20</i></p> <p>1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.</p> <p>2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:</p> <p>(a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;</p> <p>(b) remuneración igual por trabajo de igual valor;</p> <p>(c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;</p> <p>(d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.</p> <p>3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:</p> <p>(a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;</p>

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

(c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

(d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Como puede advertirse, los principales derechos reconocidos en el convenio a los indígenas como sujetos de trabajo son los siguientes:

- a. Protección en materia de contratación y condiciones de trabajo.
- b. No discriminación. Con relación a este punto debe tener presente lo dispuesto en el Código del Trabajo, que considera como acto de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas como, entre otros motivos, en la raza y la ascendencia nacional (art. 2^o).¹⁰⁰
- c. Seguridad en el trabajo.
- d. Libertad de trabajo y protección frente al trabajo forzoso.
- e. Acceso a servicios adecuados por parte de la Administración laboral del Estado. Hemos revisado la Base de Datos de Dictámenes de la Dirección del Trabajo y no hemos encontrado jurisprudencia administrativa de esta institución sobre la aplicación del Convenio 169 en materia laboral.

Posiblemente la protección del trabajo individual es el área de menor desarrollo en Chile. En efecto, frente al impacto de las instituciones

100 Véase 2^o Juzgado del Trabajo de Santiago, T-403-2010, *Lepileo vs. Envases Exportables S.A.*, discriminación por raza.

de participación y consulta previa –que revolucionaron buena parte de la gestión ordinaria de la Administración– contrasta el escaso desarrollo que ha tenido el fenómeno indígena en la jurisprudencia laboral. En términos comparativos, la dimensión laboral ha tenido algún impacto en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República sobre la función pública (por ejemplo, en los casos de traslado de funcionarios indígenas con arraigo en su territorio), pero escasa o nula atención en la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo.¹⁰¹

Donde se advierte, en cambio, un fenómeno interesantísimo es en aquella área en que se cruza la agencia económica colectiva con el derecho individual del trabajo. En efecto, cuando el grupo auto gestiona un interés económico no pocas veces recurre al trabajo de sus propios miembros para conducir ese interés. El miembro del grupo, que ejerce su derecho a la autodeterminación económica, se transforma entonces en trabajador y el grupo en empleador. El fenómeno se ha dado con especial interés en Rapa Nui, donde tras décadas de esfuerzo la comunidad alcanzó la autogestión del Parque Nacional a través de un contrato de concesión con el Estado (previamente hubo un de co-administración con la Corporación Nacional Forestal) y constituyó la comunidad indígena Ma’u Henua.¹⁰²

La comunidad actúa en este caso como empleadora de indígenas y chilenos inaugurando una etapa interesante de desarrollo del derecho del trabajo en un territorio indígena que por largo tiempo ni siquiera contó con un funcionario de la Dirección del Trabajo. Este desarrollo implica el surgimiento de litigiosidad laboral entre miembros del grupo y la comunidad y la aparición de un fenómeno inverso de discriminación –todavía no resuelto– dado que la Comunidad tiende a emplear con exclusividad a miembros del pueblo Rapa Nui

101 Véase el dictamen N° 24.985 de 30 de abril de 2012. El caso trataba de un funcionario indígena que, por aplicación de las reglas de inhabilidad, debía abandonar el servicio y, por lo tanto, estaba sujeto al abandono forzoso del territorio que habitaba.

102 De acuerdo con sus estatutos, “la comunidad tendrá por finalidad u objeto administrar y contribuir a la conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, tierras y territorio, patrimonio arqueológico e histórico y patrimonio material e inmaterial del pueblo Rapa Nui; y la promoción del desarrollo del pueblo Rapa Nui”. Véase el Decreto Supremo no. 119, Diario Oficial de 7 de marzo de 2018, que desafectó el Parque Nacional Rapa Nui, puso término a la administración de la Corporación Nacional Forestal y otorgó su administración vía concesión de uso gratuito de largo plazo a la Comunidad indígena Ma’u Henua.

y no a chileno-continentales. Para estos últimos residentes en Rapa Nui, la relación laboral formalizada en un contrato se transformó en un imperativo inesperado tras la entrada en vigencia de la Ley N° 21.070 que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el Territorio Especial de Isla de Pascua.

El respeto por las ocupaciones tradicionales de los pueblos indígenas

“La mayoría de los pueblos indígenas han desarrollado ocupaciones y estrategias de subsistencia muy especializadas, las cuales están adaptadas a las condiciones específicas de sus territorios tradicionales y, por lo tanto, dependen en gran parte del acceso a las tierras, los territorios y los recursos. Estas ocupaciones tradicionales incluyen la artesanía, las industrias rurales y comunitarias, y actividades tales como la caza, la pesca, la caza con trampas, la agricultura rotativa y la recolección. En algunos casos, a los pueblos indígenas se los identifica simplemente por sus ocupaciones tradicionales, como por ejemplo, los pastores, los agricultores rotativos y los cazadores-recolectores.

En muchos casos, la falta de respeto por los derechos y las culturas de los pueblos indígenas condujo a la discriminación contra sus medios de vida tradicionales. Por ejemplo, este es el caso en algunas zonas del sudeste asiático, donde las prácticas de la agricultura rotativa están prohibidas por ley, y en algunas zonas de África, donde no se reconocen los derechos de los pastoralistas a la tierra y al pastoreo. El Convenio 169 estipula que estas ocupaciones tradicionales deben reconocerse y fortalecerse”.¹⁰³

103 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 153.

4.4 El impacto del Convenio en materia penal: persecución penal e instituciones de justicia penal indígena

En materia penal, el Convenio 169 se proyecta en las siguientes dimensiones: (i) en la condición del indígena justiciable, cuando es objeto de la persecución penal estatal y (ii) en el reconocimiento de las instituciones de justicia punitiva que pudiesen tener los pueblos indígenas de acuerdo con su derecho consuetudinario. A continuación veremos brevemente estas dos dimensiones.

4.4.1 Persecución penal estatal de los miembros de comunidades indígenas

A. Deber de no discriminación:

El principio de no discriminación pesa tanto sobre la legislación penal que sanciona conductas que pueden ser cometidas por miembros de los pueblos indígenas como a los jueces encargados de aplicarla. Para el caso que la ley sea diseñada violentando la igualdad ante ella, corresponderá a las partes del proceso o al juez de la causa elevar el correspondiente requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Recientemente, con ocasión de un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto contra dos artículos de la Ley N° 16.641 el Tribunal Constitucional declaró que la normativa que reduce la penalidad respecto de los delitos sexuales cometidos por “los naturales de la Isla”:

“No tiene racionalidad y configura una diferencia arbitraria. No tiene racionalidad basada en una fuente de derecho como la costumbre. Tampoco tiene racionalidad penal porque no está dispuesta al servicio de ningún procedimiento procesal penal. No se trata de una rebaja que permita una investigación racional y justa. No está dispuesta como un régimen de prueba.

Carece del sentido de justicia que le permita al juez realizar valoraciones normativas sobre una conducta. Todo lo contrario, se impone sobre todo el proceso definiendo un privilegio a todo evento, basado en consideraciones carentes de justificación por sí mismas y que determinan que la justicia es más igual para unos

que para otros. Este no es un beneficio. Es un privilegio, los que en Chile están constitucionalmente interdictos: 'En Chile no hay persona ni grupo privilegiados'. Mantener la regla del artículo 13 de la Ley N° 16.441 importa defender una diferencia insostenible en el siglo XXI con valoraciones universales que vienen desde la dignidad humana, la igualdad de género y la armonía colectiva e intercultural".¹⁰⁴

El deber de no discriminación y de sumisión al principio de igualdad ante la ley también se proyecta es la dimensión aplicativa de las leyes estatales. Así como el legislador debe diseñar la legislación general y especial respetando el principio de igualdad, corresponde al juez aplicar la ley de manera igualitaria y sin sesgos discriminatorios. En esta última dimensión hay que considerar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyos criterios se han pronunciado en contra del enjuiciamiento por estereotipos. En el caso Norín Catrimán y otros, la Corte IDH desestimó que existiera aplicación selectiva de la ley antiterrorista en contra del pueblo mapuche, pero sí consideró que había aplicación discriminatoria de la ley penal por haberse considerado inapropiadamente ciertos estereotipos negativos asociados a un grupo étnico.¹⁰⁵

Además de algunos criterios sobre la condena por hechos declarados por testigos protegidos y la prisión preventiva, la Corte explica como ciertas sanciones se proyectan a las comunidades en las que se insertan los condenados:

104 Tribunal Constitucional Rol N° 8792-2020, 29 de enero de 2021, considerando 51°.

105 Corte IDH Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) v. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 230. Los criterios con que se define la aplicación discriminatoria de la ley penal son los siguientes: "223. Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocian a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado. 224. Los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias "basadas en estereotipos (...) socialmente dominantes y socialmente persistentes, (...) se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de (las autoridades)", párrs. 223-224.

“375. La Corte ha constatado que, como autoridades tradicionales del Pueblo indígena Mapuche, los señores Norín Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe les incumbe un papel determinante en la comunicación de los intereses y en la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades (*supra* párr. 78). La imposición de la referida pena accesoria les ha restringido la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información a través del desempeño de funciones en medios de comunicación social, lo cual podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades. Esto a su vez incide negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la cual de acuerdo con lo establecido por la Corte en su jurisprudencia implica el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros”.

“376. Asimismo podría haberse producido un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión, derivado de los particulares efectos que tuvo la aplicación indebida de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche. La Corte ya se ha referido en otros casos al efecto intimidante en el ejercicio de la libertad de expresión que puede causar el temor a verse sometido a una sanción penal o civil innecesaria o desproporcionada en una sociedad democrática, que puede llevar a la autocensura tanto a quien le es impuesta la sanción como a otros miembros de la sociedad. En el presente caso, el Tribunal considera que la forma en la que fue aplicada la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche podría haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que eventualmente desearan participar en estas.”

“(…) 385. Igualmente, cabe destacar, también por la condición de líderes y dirigentes mapuche de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao (Lonkos), así como del señor Ancalaf Llaupe

(Werkén), que la restricción de los derechos políticos de estos también afecta a las comunidades de las cuales hacen parte puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no solo su derecho individual resultó afectado sino, también, el de los miembros del Pueblo indígena Mapuche a quienes representaban”.¹⁰⁶

La inercia de la costumbre

El 29 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441, que creó el Departamento de Isla de Pascua (Rol N° 8792-2019). En el considerando 15^a, el Tribunal Constitucional plantea de la siguiente pregunta: “¿Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 obedecen a una costumbre indígena que deba ser respetada? (...) Hay dos maneras de verificarlo, una general, en el examen de una costumbre a la luz de la Constitución. Y una más particular, relativa a la presencia o no, de una costumbre penal indígena en el ámbito de los procedimientos penales internos. No necesariamente la inexistencia de una costumbre deviene en la imposibilidad que concurra la otra expresión. Las esferas de aplicación no solo son jurídicamente distintas, sino que la dimensión penal da cuenta de las conductas en donde, sin perjuicio que constituya o no costumbre, el modo en que se valoran dichas representaciones originarias podría ser parte de una defensa penal” (considerando 15^o). Aunque la sentencia luego señala que las formas de violencia hacia la mujer no constituyen costumbre, ella manifiesta cierta tendencia a discurrir innecesariamente sobre las premisas del derecho consuetudinario, misma tentación comentada a propósito del caso de la Pastora G.B. Este error consiste en confundir la costumbre en sentido jurídico, y por lo tanto deontológico, con la costumbre en sentido sociológico y por lo

106 Corte IDH Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 375, 376 y 385.

tanto en sentido meramente fáctico. Este yerro lleva a juzgar una ley estatal discurriendo sobre si las conductas de violencia hacia la mujer forman o no parte de la costumbre jurídica o del Derecho Rapa Nui. En este sentido, la pregunta fundamental no debía ser si la violencia contra la mujer constituye un mandato propio del derecho consuetudinario sino si la ley penal, diseñada para ser aplicada en ese territorio, configura una situación arbitraria o discriminatoria. El voto del Ministro Pica, en cambio, gira sobre la falta de proporcionalidad de la norma penal y el enfoque interseccional que permite analizar la norma impugnada desde otras premisas.

B. Deber de reconocer el factor cultural y considerar las características económicas, sociales y culturales de quienes forman parte de los pueblos indígenas (art. 10.2)

Esta obligación, de nosotros de poner el imputado en su justo contexto de comportamiento, es muchas veces confundida con la obligación reconsiderar la costumbre como una fuente de derecho. Ella no lleva a otra cosa que juzgar al indígena teniendo presente aquellos condicionamientos culturales de su conducta que pueden conducir a reconsiderar la antijuridicidad de su proceder, a la configuración de alguna atenuante, agravante, eximente de responsabilidad o incluso alguna forma especial de reparar el mal causado, por mencionar las consecuencias más comunes.

En nuestra larga historia judicial hay fallos paradigmáticos de la década de los 50 y 60, dictados con ocasión del homicidio de una persona que se creía practicaba la brujería¹⁰⁷ o el sacrificio de un niño tras un maremoto¹⁰⁸ que reconocieron un efecto liberatorio de la responsabilidad penal a la coacción que las costumbres y tradiciones ejercen sobre los individuos. Más recientemente, aplicando el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha

107 Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 7 de diciembre de 1953, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII (1955), 2ª parte, 4ª sección, pp. 85 y ss.

108 Juzgado de Letras de Nueva Imperial, sentencia de 2 de octubre de 1962, Rol Nº 24.228.

reconocido la licitud del porte y uso de la hoja de coca.¹⁰⁹ Como es lógico, en algún momento de nuestra historia esta jurisprudencia se fundamentó en una concepción antropológica basada en una supuesta inferioridad social y cultural de los pueblos originarios. Hoy en día, sin embargo, el fundamento es internacional y reposa básicamente en las obligaciones que al Estado de Chile le impone el Convenio 169. Con todo, hay todavía inconvenientes prácticos. Por ejemplo, y a diferencia de lo que sucede en los procedimientos y contenciosos administrativos ambientales, no se advierte en materia penal una metodología uniforme para la presentación y ponderación de informes periciales de carácter antropológico, como tampoco hay claridad sobre el carácter territorial o personal de ciertos hábitos de conducta, lo que naturalmente incidiría en la exclusión de ciertos casos del ámbito legítimo de reconocimiento o influencia de la costumbre.¹¹⁰

El maremoto en Puerto Saavedra y el sacrificio de un niño para “calmar la furia del mar” (1962)

“Que la defensa de los mencionados reos alegó en su contestación a la acusación la inconsistencia existente de la responsabilidad criminal contemplada en el n° 9 del art. 10 del Código Penal, esto es, haber actuado los reos violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable, alegación que debe ser oída por cuanto aparece en las distintas piezas del proceso que el sacrificio del menor (...) fue consumado como medio de ‘calmar la furia del mar’ (...) que, naturalmente, produjeron en todos los habitantes de la zona afectada una alteración nerviosa que, en el caso de autos, debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, pues se trata de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar aun en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida.

109 Véase Barrientos (2009); pp. 297-324.

110 En alguna oportunidad los tribunales chilenos han reconocido la práctica de medicina ancestral fuera de sus territorios naturales, e incluso mediando algunas formas de publicidad que permiten entender que se trata de terapias abiertas a quienes no participan de esa cultura, ver caso Cutipa Morales, sentencia del Juez del Crimen de Punta Arenas de 7 de julio de 2003, Rol N° 70.375-C

El sacrificio humano realizado como los bailes ejecutados en los cerros por los indígenas mientras temblaba y el mar los cubría, no son sino manifestaciones del estado cultural de esas reducciones, de una de las cuales son miembros los que tratan de apaciguar en esa forma las fuerzas de la naturaleza, en un intento desesperado por salvar sus propias vidas que veían seriamente amenazadas. Los mismos reos confesaron haberse resistido en un principio a lo que sus tradiciones los inducían, pero como seguía temblando y el mar avanza una y otra vez sus tierras, consuman el sacrificio impulsados por instintos atávicos que su razón no pudo dominar (cons. 5°).

Actualmente el art. 54 de la Ley N° 19.253 dispone que:

“En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

Si bien el artículo recién citado se refiere a la costumbre y únicamente para eximentes o atenuantes, se ha considerado por la jurisprudencia que del artículo 54 no se sigue la inaplicación de las agravantes genéricas que contiene el Código Penal y que puedan ser también evaluadas desde la perspectiva propia de la cultura indígena.¹¹¹ Por otra parte, teniendo en cuenta el Convenio 169, la obligación de tener en cuenta la costumbre no se refiere exclusivamente a la costumbre como un fenómeno de naturaleza jurídica-deontológica, sino a todos aquellos componentes sociales y culturales que condicionan la conducta individual.

111 Así por ejemplo se ha considerado que la autoridad del *Lonko* califica como “autoridad” para los efectos de agravar la responsabilidad establecidos en el artículo 12 N° 18 del Código Penal. Véase TOP de Angol, 14 de diciembre de 2009, RIT N° 106-2009.

Los acuerdos reparatorios y la Ley N° 20.066

Si bien el artículo 19 de la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar expresamente excluye los acuerdos reparatorios como salidas alternativas al sistema de enjuiciamiento penal, ha habido casos en los cuales la Corte de Apelaciones de Temuco admitido dichos acuerdos en delitos de lesiones menos graves cometidos en contextos de violencia intrafamiliar fundados en la costumbre mapuche de resolver los conflictos a través de la negociación. La Corte de Temuco ha resuelto que “3.- Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley N° 20.066.4.- Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”.¹¹²

Esta jurisprudencia, que reconoce algunas excepciones, ha generado críticas y resistencia en algunas organizaciones de defensa de derechos humanos y el propio Instituto Nacional de Derechos Humanos.¹¹³

112 Corte de Apelaciones de Temuco, 4 de junio de 2012.

113 Así por ejemplo, Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de mayo de 2012, Rol N° 220-2013.

C. El juez debe considerar las costumbres o el derecho consuetudinario (art 9.2.)

El cumplimiento de esta obligación está íntimamente vinculado con el anterior e implica, junto con la obligación de respetar los métodos a los que los pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos (en la medida en que ellos sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos), el deber de “tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.¹¹⁴

D. El derecho a una defensa especializada

El debido proceso supone el derecho a la defensa. Cuando el justiciable pertenece a un pueblo indígena habrá de respetarse, a lo menos, su derecho a ser asistido por un intérprete (art. 14.3 del PIDCP y 8.2 CADH). Si bien la garantía del debido proceso no comprende específicamente la existencia de un defensor especialista en causas con componente indígena (y, por lo tanto, no debería impugnarse un proceso donde este tipo de defensores faltase), ella sí exige que al inculpado se le permita demostrar, por los medios probatorios que correspondan, aquellas circunstancias materiales que le permitan sostener una defensa cultural. Corresponde al Tribunal, por lo tanto, velar para que el imputado pueda acceder sin obstáculos a una defensa con capacidades interculturales allí donde esta se encuentre disponible y a pedir u ofrecer todas la evidencia que acrediten las peculiaridades antropológicas del caso. Lo anterior comprende el derecho a presentar pruebas como peritajes antropológicos u otros, que permitan al Tribunal apreciar en su justa dimensión el conflicto y sus participantes, particularmente cuando el imputado obedece a patrones culturales diversos.

En la práctica, las defensas por lo general se orientarán a las siguientes estrategias: el error en la provisión, el error de tipo culturalmente condicionado, el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, la fuerza irresistible o miedo insuperable y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.¹¹⁵

114 Véase Villegas y Mella-Seguel (2013).

115 Ver Defensoría Penal Pública (2018); pp. 51 y ss.

4.4.2 La comunidad sancionadora: el deber del juez de considerar las instituciones de justicia penal indígena

Esta es la obligación, condicionada al respeto hacia el ordenamiento jurídico nacional y a los derechos humanos internacionalmente conocidos, reconocida en el art. 9 del Convenio.

Sobre este punto la Guía del Convenio señala:

“Esto significa que los métodos de sanción tradicionales que violan los derechos humanos individuales no quedan legitimados en virtud de esta disposición. El otro criterio que menciona el artículo 9(1) (la compatibilidad con el sistema jurídico nacional), no se limita a la cuestión de la compatibilidad jurídica sustantiva sino que se extiende a la compatibilidad integral con el sistema de administración de justicia del país en cuestión.

Muchos pueblos indígenas continúan aplicando sus métodos tradicionales para sancionar los delitos menores cometidos por sus miembros, sin que el estado interfiera en ello, mientras que para la sanción de delitos más graves sí se observan los procedimientos jurídicos nacionales correspondientes. Sin embargo, en los casos en los que se aplican los procedimientos legales generales en respuesta a delitos cometidos por individuos indígenas, las autoridades y tribunales que lleven adelante dichos casos también deberán tener en cuenta las costumbres del pueblo indígena en cuestión”.¹¹⁶

Como ya lo hemos recordado más arriba, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de control preventivo sobre Convenio 169, estimó que esta disposición era constitucional en el entendido de que ella no podía ser aplicada en nuestro país por ser contraria al ordenamiento jurídico nacional.¹¹⁷ Esta afirmación, es con todo esto discutible y también lo es el efecto general que podemos atribuir a las sentencias interpretativas emanadas de la jurisdicción constitucional. Adicio-

116 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 84.

117 Tribunal Constitucional, Rol N° 309, considerando 53°.

nalmente, y especialmente después de la reforma del año 2005 (art. 54.1 Constitución), es claro que el Tribunal Constitucional carece de atribuciones para formular declaraciones interpretativas a los tratados internacionales. La cuestión, por lo tanto, permanece abierta y sigue siendo posible que, al amparo del artículo 9º del Convenio, se demande alguna forma de reconocimiento de las instituciones propias de administración de justicia. Ciertamente, ello dependerá de la efectiva existencia de alguna forma consuetudinaria de administración de justicia o ejercicio de potestades comunitarias punitivas. Lo último, por cierto es materia de prueba.

Es necesario hacer presente que la justicia indígena no necesariamente tiene ribetes penales. En efecto, las sanciones pueden ser similares a aquellas que aplican los cuerpos intermedios, en cuyo caso no se advierte el inconveniente para que esas sanciones sean reconocidas por las autoridades estatales, con todas las limitaciones relativas a los derechos humanos.

¿Como funciona la justicia indígena en la región?

La Constitución ecuatoriana reconoce expresamente el derecho de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Disposiciones similares pueden encontrarse en las constituciones de Perú, Colombia, Bolivia y México. Adicionalmente, no es raro que las legislaciones procesales reconozcan la excepción de cosa juzgada, la aplicación del *non bis in idem* y la declinatoria de competencia en favor de dichas instituciones consuetudinarias de administración de justicia. Las jurisdicciones constitucionales, por otro lado, son las encargadas de trazar la línea entre lo visible y lo inadmisibles en función del parámetro de los derechos humanos. En la práctica, el límite no siempre es claro y hay decisiones controvertidas de jurisdicciones constitucionales en favor de la justicia indígena, como la

admisión del “fuate”¹¹⁸ o el “cepo”¹¹⁹ en Colombia o, que se resisten a dar primacía a la prohibición internacional de la tortura o, al menos, del derecho a la dignidad de la persona. Es problemático también el carácter personal o territorial de la jurisdicción, particularmente cuando se pretenden aplicar estas instituciones consuetudinarias a quienes no forman parte de los pueblos involucrados.

118 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T 523/97 y T 812/11.

119 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 349/96.

5

La incardinación del Convenio en la normativa especial vigente en Chile

5.1 Ley N° 19.253

La Ley N° 19.253 o Ley Indígena entró en vigencia en octubre de 1993, cuatro años después de la adopción del Convenio. Lo anterior significa que durante su discusión legislativa ya estaba vigente y se tuvo a la vista el Convenio, lo que se evidencia –por ejemplo– en los principios generales de la Ley N° 19.253, cuyo artículo 1° parece inspirarse en varias disposiciones del mismo.

En este capítulo se revisan las formas a través de las cuales se ha producido la incardinación del Convenio en la normativa especial (domésticas) vigente actualmente en Chile.

La Ley N° 19.253 o Ley Indígena entró en vigencia en octubre de 1993, cuatro años después de la adopción del Convenio. Lo anterior significa que durante su discusión legislativa ya estaba vigente y se tuvo a la vista el Convenio, lo que se evidencia –por ejemplo– en los principios generales de la Ley N° 19.253, cuyo artículo 1° parece inspirarse en varias disposiciones del mismo.

En efecto, el artículo 1° de la Ley N° 19.253 consagra el reconocimiento por el Estado de los ‘indígenas de Chile’, agregando una definición que presenta varios elementos comunes con la definición que incluye el Convenio. Asimismo, el artículo 1° prescribe que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de las ‘etnias indígenas’ (sic) de Chile, declaración que también presenta elementos comunes con una afirmación similar del Convenio en su artículo 13.

El cuadro que se incluye a continuación ilustra bien lo anterior.

Ley N° 19.253	Convenio
<p>Artículo 1°</p> <p>El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.</p>	<p>Artículo 1°</p> <p>1. El presente Convenio se aplica:</p> <p>b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que,</p>

cualquiera que sea su situación **jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.**

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, **los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios**, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Fuente: elaboración propia.

En septiembre del año 2010, al cumplirse un año desde la entrada en vigencia del Convenio en Chile, el gobierno de la época presentó su primera memoria acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio. En dicha memoria se incluyó un recuento detallado de todas aquellas disposiciones de la Ley N° 19.253 y otros cuerpos legales domésticos que a juicio de la misma dan efectividad a las disposiciones del Convenio.

A continuación se incluye un cuadro que ejemplifica lo anterior respecto a algunas disposiciones del Convenio:

Disposiciones del Convenio	Disposiciones de la Ley N° 19.253 u otros cuerpos legales que les dan efectividad
Artículo 1°	Artículos 1° y 2° Ley N° 19.253
Artículo 2°	Ley N° 19.253
	Artículo 4° inciso 2° Ley N° 19.300
	Ley N° 20.249
Artículo 3°	Artículo 8 Ley N° 19.253
Artículo 5°	Artículo 1° Ley N° 19.253
	Artículo 40 letra d) Ley N° 19.253
	Artículos 46 y 47 Ley N° 19.253
Artículo 7°	Ley N° 20.249
	Ley N° 20.193

Artículo 13	Artículos 1º, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 Ley N° 19.253 Artículos 26 y 27 Ley N° 19.253 Ley N° 20.249
Artículo 14	Artículos 55 a 59 Ley N° 19.253
Artículos 27 y 28	Artículos 28, 32, 33 y 39 Ley N° 19.253

Fuente: elaboración propia, utilizando como antecedente la Memoria presentada por el Gobierno de Chile correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio.

5.2 La Ley N° 20.249 sobre ‘Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios’ o ECMPO

Por muchos años la Ley N° 19.253 de 1993 fue el único cuerpo legal especial aplicable a los pueblos indígenas de Chile. Sin embargo, en el año 2008 entró en vigencia la Ley N° 20.249 que crea el ‘Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios’, también conocida como *Ley Lafquenche* (en adelante ‘Ley N° 20.249’ o ‘Ley Lafkenche’). A continuación se revisarán los principales aspectos de esta ley, la figura administrativa que crea el ‘ECMPO’ y su vinculación con las disposiciones del Convenio.

5.2.1 La Ley N° 20.249 en síntesis

En el cuadro que se incluye a continuación se incluye una síntesis de la Ley N° 20.249:

Fundamento de la ley	El reconocimiento de los ‘espacios territoriales del borde costero’ que han sido utilizados ancestral y consuetudinariamente por los pueblos originarios (la ley optó por esta última denominación en vez de la de ‘pueblos indígenas’).
Instrumento que crea	Una nueva figura administrativa que denomina <i>Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios</i> o ‘ECMPO’.
A quién beneficia	La administración del ECMPO se entrega a asociaciones de comunidades indígenas o excepcionalmente a una comunidad indígena, si es que se acredita que han ejercido un uso consuetudinario de tal espacio.
Finalidad de la ley	El resguardo del uso consuetudinario de los espacios en cuestión, la conservación de las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero.

5.2.2 El ECMPO

De acuerdo al artículo 2° letra e) de la Ley N° 20.249, ECMPO es aquel:

“Espacio costero marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio”.

Se advierten en esta definición dos principales elementos: el concepto de ‘espacio costero’, y la noción de ‘uso consuetudinario’.

- Espacio costero: Respecto a este elemento, el reglamento de la Ley N° 20.249 señala que serán susceptibles de ser declarados como ECMPO los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina (hoy Subsecretaría para las Fuerzas Armadas), en conformidad con el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 340 de 1960 del Ministerio de Hacienda sobre Concesiones Marítimas, o la norma que lo reemplace.

Por su parte, se entiende por '*Borde Costero del Litoral*' aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República.¹²⁰

- Uso consuetudinario: En cuanto al elemento de 'uso consuetudinario'

Definición de uso consuetudinario	"las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura" (artículo 6° de la Ley N° 20.249).
Elementos en la definición de uso consuetudinario	<p>Generalidad: Debe tratarse de prácticas o conductas realizadas por la mayoría o casi totalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad respectiva.</p> <p>Habitualidad: La Ley N° 20.249 se remite al reglamento para la determinación de la 'periodicidad' de las prácticas o conductas para cada tipo de uso, pero advierte desde ya que no afectarán dicha habitualidad las interrupciones del uso; y</p> <p>Reconocimiento colectivo: Las prácticas o conductas deben ser reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura.</p>
Alcance del uso consuetudinario	El uso consuetudinario "podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales" (artículo 6 Ley N° 20.249), enumeración que, como se aprecia, no es taxativa.
Forma de acreditar el uso consuetudinario	El uso consuetudinario se acredita mediante un informe que debe emitir la CONADI (artículo 8 Ley N° 20.249).

120 Artículo 2° inciso 2 del Decreto Supremo N° 475 del Ministerio de Defensa Nacional, que establece la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República y crea la Comisión Nacional de Uso de Borde Costero.

5.2.3 A quiénes aplica

Del texto del proyecto que se transformó en la Ley N° 20.249 se deduce que la iniciativa estaba originalmente destinada a los “mapuche lafkenche”, es decir, a los mapuches que habitan en la costa de las regiones del Biobío a Aysén. Por tal razón, esta ley aun es conocida y mencionada por algunos como ‘Ley Lafkenche’.

Sin embargo, no puede caber duda que la Ley N° 20.249 aplica a todos los pueblos indígenas reconocidos por la ley chilena por dos razones: porque habla de ‘pueblos originarios’ en general, sin hacer distinciones ni excluir a ningún pueblo indígena de su aplicación; y porque al definir comunidad indígena -en tanto persona habilitada para solicitar un ECMPO- señala que son “las comunidades indígenas constituidas de conformidad con la ley N° 19.253”, nuevamente sin hacer distinción alguna.

Por lo mismo, esta ley puede ser invocada por cualquiera de los pueblos indígenas reconocidos en el artículo 1° de la Ley N° 19.253 en la medida que acrediten un uso consuetudinario de los espacios costeros marinos respectivos.

5.2.4 Normas de discriminación positiva en el artículo 10 de la Ley N° 20.249

El artículo 10 de la Ley N° 20.249 establece dos normas de discriminación positiva a favor de la o las comunidades indígenas solicitantes de un ECMPO.

“Artículo 10.- Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles. En caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la CONADI o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra.

En caso de que el informe de la CONADI no dé cuenta del uso consuetudinario y se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, se comunicará esta circunstancia en la forma dispuesta en el artículo 8°, inciso cuarto. Las comunidades indígenas

tendrán el plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como espacio costero marino de pueblos originarios el mismo o un sector que se sobreponga a aquel. Vencido el plazo sin que se hubiere solicitado el sector por alguna comunidad, la o las solicitudes que se hubieren suspendido, continuarán su tramitación hasta su término. En caso de que el informe de la CONADI dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitantes o comunidad, según corresponda.”

Como se puede apreciar, en caso que la misma área solicitada como ECMPO sea objeto además de una o más solicitudes de afectación para otros fines, el artículo 10 consagra dos normas de preferencia, una de tipo procedimental y otra de carácter sustantivo:

Tipo de preferencia	Base legal	Hipótesis
Procedimental	Inciso 1° del artículo 10	En caso que la misma área solicitada como ECMPO sea objeto además de una o más solicitudes de afectación para otros fines, se suspende la tramitación de estas últimas hasta que la CONADI emita su informe sobre el uso consuetudinario invocado en la solicitud de ECMPO.
Sustantiva	Inciso 2° del artículo 10, parte final	Si el informe que emite la CONADI da cuenta del uso consuetudinario y existe incompatibilidad con las solicitudes de afectación para otros fines, se debe preferir la solicitud de ECMPO.

5.2.5 Ley N° 20.249, Convenio y concepto de ‘territorios’

La Ley N° 20.249 ha sido resaltada como un ejemplo de una normativa que recoge el concepto de ‘territorios’ establecido por el artículo 13 del Convenio, el que según se vio comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Al revisar las disposiciones de la Ley N° 20.249, su asociación con el Convenio queda en evidencia por las siguientes razones:

- **Lenguaje:** La Ley N° 20.249 reconoce explícitamente los ‘espacios territoriales del borde costero’ que han sido utilizados ancestral y consuetudinariamente por los pueblos indígenas’, siendo el concepto de ‘espacios territoriales’ similar al de ‘territorios’.
- **Finalidad:** La finalidad establecida en la Ley N° 20.249 es el resguardo del uso consuetudinario de los espacios territoriales del borde costero, la conservación de las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas a dicho borde costero, conceptos todos que tienen gran familiaridad con la terminología del Convenio.
- **Énfasis en la dimensión colectiva:** La administración del ECMPO se entrega a asociaciones de comunidades indígenas o excepcionalmente a una comunidad indígena, lo que refleja que la Ley N° 20.249 busca privilegiar los aspectos colectivos de los usos consuetudinarios que reconoce, lo que es coincidente con la lógica del Convenio y sus disposiciones sobre tierras y territorios. Lo anterior se ve reforzado al constatar los elementos que según la Ley N° 20.249 distinguen a un uso consuetudinario, dos de los cuales hacen referencia a esta dimensión colectiva: generalidad (debe tratarse de prácticas o conductas realizadas por la mayoría o casi totalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad) y reconocimiento colectivo (las prácticas o conductas deben ser reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura).
- **Alcance de los usos consuetudinarios susceptibles de ser reconocidos:** De acuerdo a la Ley N° 20.249, el uso consuetudinario “podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales”, enumeración que no es taxativa. Se trata, entonces, de usos cuyo alcance es amplio y consistente con la definición de ‘territorios’ incluida en el artículo 13 del Convenio.
- **Reconocimiento y protección de las formas de ocupación y utilización del borde costero por parte de los pueblos indígenas:** Tal como el Convenio, que busca proteger las distintas

formas de ocupación y utilización (incluso no exclusiva) de las tierras y territorios, la Ley N° 20.249 crea la figura del ECMPO para resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios.

- **Orientación a la preservación de las sociedades indígenas:** Tal como el Convenio, que busca abandonar la orientación a la asimilación de instrumentos anteriores, la Ley N° 20.249 busca mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero.

5.2.6 Ley N° 20.249, ECMPO y Convenio en la jurisprudencia judicial

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia judicial y administrativa en relación a la Ley N° 20.249, los ECMPO y el Convenio en la jurisprudencia judicial y administrativa.

- **Los órganos de la administración del Estado deben actuar coordinadamente y cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley N° 20.249 en relación al ingreso de una solicitud de ECMPO:** El Estado de Chile, si bien ejecuta sus funciones a través de distintos órganos, es uno solo y debe haber un esfuerzo serio de coordinación entre las distintas instituciones. Las resoluciones que constituyeron las concesiones de acuicultura son ilegales por contravenir abiertamente lo dispuesto en el artículo 10 inciso primero de la Ley N° 20.249 que ordena suspender la tramitación de dichas concesiones mientras CONADI no emita el informe sobre los usos consuetudinarios invocados en las solicitudes de ECMPO que se superponen a aquellas.
- Corte Suprema, 1° de julio de 2019, rol N° 31594-2018, considerando 4° a 6°: “**Cuarto:** Que, en cuanto a la segunda infracción, la alegación de la autoridad administrativa de que ignoraba la existencia de la petición de las recurrentes no basta para que pueda tenerse por ajustado a derecho su actuar, ya que admitir lo contrario implicaría convertir en ilusorias las disposiciones de la Ley y la legítima aspiración de protección de reconocimiento del uso consuetudinario de un área determinada. Por lo demás, no obstante que el Estado de Chile ejecuta sus funciones a través de distintos órganos, es uno solo, por lo que debe haber un esfuerzo serio de coordinación entre las distintas instituciones, especialmente cuando todas ellas están ubicadas en una misma

región y manejan semejantes recursos, debiendo actuar mancomunadamente con el fin de no perjudicar a las personas, a cuyo servicio se encuentra el Estado conforme a lo preceptuado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República.

Quinto: Que, de esta manera, las Resoluciones N° 1464 y 1465, ambas de fecha 29 de mayo de 2018 son ilegales, por contravenir abiertamente lo dispuesto en el artículo 10° inciso primero de la Ley N° 20.249 en relación con el artículo 3° de la Ley 19.880.

Sexto: Que la ilegalidad referida se traduce en una discriminación arbitraria que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, porque desconoce que a la comunidad indígena recurrente debe dársele el mismo trato que al resto de las comunidades que presentan similares reclamos, quienes tienen derecho a obtener pronunciamientos de las respectivas Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero debidamente acordados por ellas, con estricto apego a la Ley y con reales posibilidades de ser acogidas” (caso ECMPO Comunidades Kawesqar).

- **Deber de cumplir los requisitos de la Ley N° 20.249 y explicitar las razones que llevan a la CRUBC a aprobar, modificar o rechazar la solicitud de ECMPO:** La Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) debe explicitar las razones que la llevan a aprobar, modificar o rechazar la solicitud de ECMPO. La exposición de los antecedentes por parte de la oficina técnica de dicha comisión desconoció los derechos de la comunidad y el trabajo que se había desarrollado durante 3 años siguiendo estrictamente la normativa establecida en la Ley N° 20.249 y el Convenio, considerando además que la CONADI había emitido un informe que aprobaba el uso consuetudinario de los sectores solicitados.
- Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012, rol N° 7544-2012, considerando 9°: “Que, por consiguiente, al resultar indispensable que se concluya el procedimiento administrativo iniciado con la solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios a través de un pronunciamiento válido, en el cual se expliciten las razones que lleven a la Comisión a aprobar, modificar o rechazar la solicitud presentada, rigiéndose estrictamente por los requisitos establecidos en la Ley N° 20.249, esta Corte dispondrá las medidas que se señalarán en lo dispositivo del fallo al efecto” (caso ECMPO Folil Trincao).

5.3

Los pueblos indígenas en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

La protección legal de los pueblos indígenas tiene, en materia ambiental, básicamente tres dimensiones. El primer componente ya lo hemos comentado a propósito de la tutela constitucional de los pueblos indígenas por la vía de la acción de protección. El segundo, que solo podemos mencionar de pasada, se refiere a la tutela penal del medio ambiente, que ciertamente se proyecta de manera genérica sobre los intereses de los pueblos indígenas. La tercera dimensión, que es aquella que queremos desarrollar acá, se refiere a la protección de los pueblos indígenas al interior del diseño administrativo y contencioso que configura La Ley General de Bases del Medio Ambiente y su normativa complementaria. Por normativa complementaria, vamos a entender acá las normas sectoriales que regulan los territorios que habitan los pueblos indígenas (con sus correspondientes recursos), la burocracia administrativa a la que se someten los proyectos de inversión y la jurisdicción especializada en los conflictos ambientales.

Dimensiones de la protección del medio ambiente y los pueblos indígenas



5.3.1 La evaluación ambiental

La evaluación ambiental constituye un instrumento preventivo de protección del medio ambiente diseñado como un procedimiento que busca determinar -sobre la base de una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental- si un proyecto o actividad se ajusta o no a la normativa vigente para los efectos de obtener una licencia que se expresa en una resolución de calificación ambiental.¹²¹

De acuerdo con la Ley N° 19.300 la protección de los pueblos indígenas y su cultura es deber del Estado:

“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 4° inc. 2°).

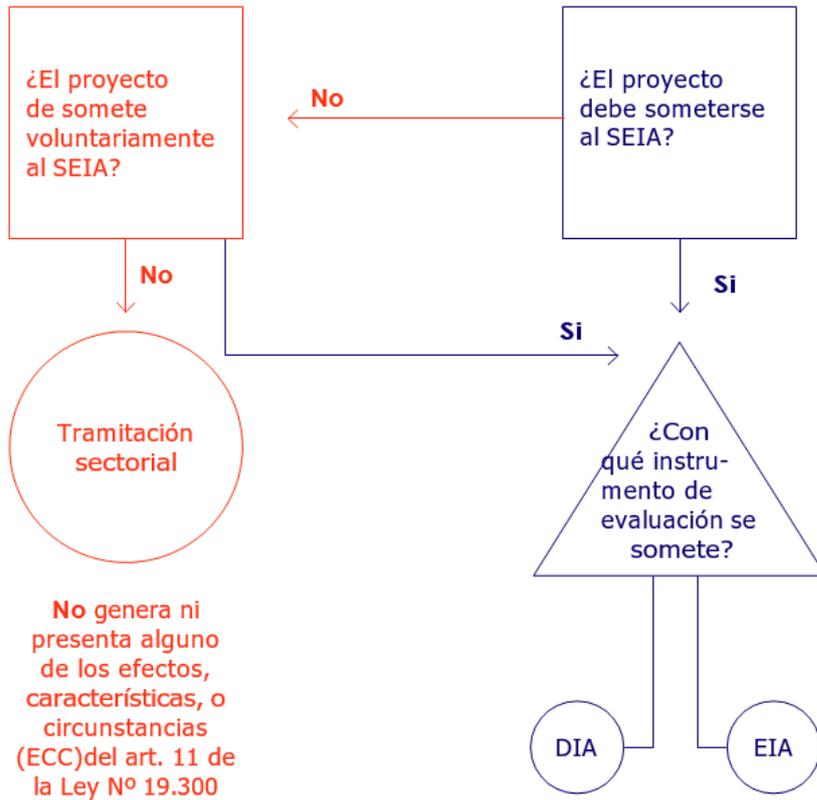
En apretada síntesis, el diseño de nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental contempla un catálogo de proyectos o actividades que, para operar, perentoriamente deben ingresar al sistema de evaluación de impacto mediante una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental. El objeto de este procedimiento administrativo es evaluar el cumplimiento de la normativa ambiental y, para el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, describir las medidas destinadas a impedir o minimizar los efectos significativamente adversos del proyecto o actividad.

La lógica del sistema es la siguiente: una vez que hemos determinado afirmativamente que una actividad o proyecto debe ingresar al Sistema, es necesario atender a sus impactos para saber si el proyecto ingresa como Estudio de Impacto Ambiental o como Declaración de Impacto Ambiental. Es en el primero de estos casos donde se pre-

121 Bermúdez (2014); p. 262

senta el componente humano indígena como objeto de protección, y como sujeto interesado activo y calificado para participar mediante el procedimiento incidental que es la consulta indígena.

Material es docentes Academia Judicial



Art. 10 de la Ley N° 19.300 Art. 3° del RSEIA
Modificación de proyectos art. 2 letra (g) del RSEIA

Respuesta:
Art. 11 Ley N° 19.300 Título II del RSEIA

Si genera o presenta a lo menos una de los efectos, características o circunstancias (ECC) del art. 1 de la Ley N° 19.300.

Fuente: SEA¹²²

Conforme con el artículo 11 de la Ley N° 19.300, los efectos, características y circunstancias que determinan el ingreso de la actividad o proyecto bajo la fórmula un estudio de impacto ambiental son los siguientes:

122 Disponible [en línea](#).

Hipótesis, art. 11 Ley N° 19.300	Norma reglamentaria de desarrollo, DS N° 40, D. Oficial de 12 de agosto de 2013	Guías/Instructivos SEA
a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;	Art. 5 DS 40 Esta norma indica además que "En caso que el proyecto o actividad genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento".	
b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;	Art. 6 DS 40	
c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;	Art. 7, DS 40	Guía para la descripción del Área de Influencia de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA (2020)
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;	Art. 8, DS 40	Guía para la descripción del uso del territorio en el SEIA (2013)
e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y	Art. 9, DS 40	Guía para la evaluación del impacto paisajístico (2019) Guía de evaluación del impacto ambiental: valor turístico (2017)
f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.	Art. 10 ,DS 40	

Hemos destacado en verde las tres hipótesis más corrientes de impacto sobre pueblos indígenas y que son destacadas en el artículo 85 del reglamento que comentaremos a continuación. Con todo, hay que mencionar que es igual de posible la afectación en las otras hipótesis del artículo 11, bien porque el mismo Reglamento lo señala a propósito de los efectos sobre la salud, o bien porque los recursos naturales forman parte del territorio de las comunidades o porque el valor paisajístico y turístico de una zona puede además formar parte del patrimonio inmaterial que custodian y administran las comunidades indígenas.

En forma previa al ingreso del proyecto, el titular que tenga la duda sobre si procede o no ingresar el proyecto o actividad al sistema de evaluación puede presentar al servicio una *consulta de pertinencia*. Se ha debatido sobre si estas consultas deben someterse al trámite de la consulta indígena, a lo que nuestros tribunales han respondido negativamente, aunque con disidencias, en nuestro máximo Tribunal.¹²³

La Ley y el Reglamento establecen cual es el contenido mínimo del EIA, el que debe comprender, entre otros, la descripción detallada del proyecto, la determinación y justificación del área de influencia y descripción de la línea de base. El *área de influencia* es “el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias” (DS 40 art. 2 letra a).

La *línea de base*, por su parte, es la descripción detallada del área de influencia “a objeto de evaluar posteriormente los impactos que pudieren generarse o presentarse sobre los elementos del medio ambiente” (DS 40 art. 18 letra e). Es fundamental que la línea de base comprenda todos los elementos:

- a. Medio físico y los ecosistemas (terrestres, acuáticos continentales, marinos).
- b. Los elementos que componen el patrimonio histórico, arqueológico, paleontológico, religioso y en general los que componen el patrimonio cultural.
- c. El paisaje, las áreas protegidas y sitios prioritarios para la conservación, los atractivos naturales o culturales y sus interrelaciones que atraen flujos de turistas.
- d. El uso del territorio.

123 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de noviembre de 2019, Sandon vs. SEA Región de Antofagasta, Rol Nº 3106-2019, confirmada Corte Suprema Rol Nº 36416 2019, 14 de mayo de 2020.

- e. El medio humano. La descripción del medio humano es muy detallada y comprende, como se muestra a continuación, elementos generales y particulares para los pueblos indígenas.

Elementos de la descripción del medio humano en los EIA, art 18 DS 40	Elementos específicos para la descripción de los grupos humanos indígenas, art. 18 DS 40
<ul style="list-style-type: none"> – Dimensión geográfica: distribución de los grupos humanos en el territorio y la estructura espacial de sus relaciones, considerando la densidad y distribución espacial de la población; el tamaño de los predios y tenencia de la tierra; y los flujos de comunicación y transporte; – Dimensión demográfica: la estructura de la población local por edades, sexo, rama de actividad, categoría ocupacional y estatus migratorio, considerando la estructura urbano rural; la estructura según rama de actividad económica y categoría ocupacional; la población económicamente activa; la escolaridad y nivel de instrucción; y las migraciones; – Dimensión antropológica: características étnicas de la población y las manifestaciones – de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados; – Dimensión socioeconómica: empleo y desempleo y la presencia de actividades productivas dependientes de la extracción y/o uso de recursos naturales por parte de los grupos humanos presentes, en forma individual o asociativa; y – Dimensión de bienestar social básico: acceso de los grupos humanos a bienes, equipamiento y servicios, tales como vivienda, transporte, energía, salud, educación, servicios sanitarios y de recreación. 	<ul style="list-style-type: none"> – Uso y valorización de los recursos naturales; – Prácticas culturales; – Estructura organizacional; – Apropiación del medio ambiente (uso medicinal, preparación de alimentos, entre otros); – Patrimonio cultural indígena, incluyendo los lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de su cultura o folklore; – Identidad grupal a través de los elementos culturales; – Sistema de valores; – Ritos comunitarios (significancia social del rito); y – Símbolos de pertenencia grupal.

Cabe hacer presente que, conforme con el Reglamento del SEIA, art. 2° letra h):

“Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo N° 1, literal b) del Convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo primero inciso segundo de la ley N° 19.253.

Se entenderá que un individuo tiene la calidad de indígena cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.253.

A su vez, se considerará que los individuos señalados en el inciso anterior podrán constituir grupos humanos en los términos del artículo 7° del presente reglamento, independientemente de su forma de constitución u organización”.

La consistencia metodológica de la información que aporta el EIA es capital por las siguientes razones:

- a. Porque de no cumplir con todos los requerimientos reglamentarios el estudio puede declararse inadmisibles (Ley N° 19.300, art. 15 bis).
- b. Porque de ser declarado admisible y permitir la sustanciación de un procedimiento con información incompleta puede dar lugar a una resolución de calificación ambiental viciada.¹²⁴ De allí entonces la importancia superlativa de la metodología que sustente los informes que presente el titular del proyecto.

Una vez que el proyecto es declarado admisible, y con el fin de reforzar la información disponible para el Servicio, el Reglamento añade una herramienta adicional cual es la posibilidad de resolver reuniones con las comunidades que podrían verse afectadas con el

124 Corte Suprema 29 de diciembre de 2017, Cayún Quiroz vs. Director Ejecutivo del SEA, rol N° 100.805-2016 (Central Mediterráneo) y CS 28 de junio de 2018, Araneda vs. Director Ejecutivo del SEA, rol N° 3971.2017 (Central doña Alicia).

proyecto. Lo anterior, tanto cuando el proyecto pretende ingresar por DIA como cuando ingresa por EIA sin declarar impactos sobre pueblos indígenas:

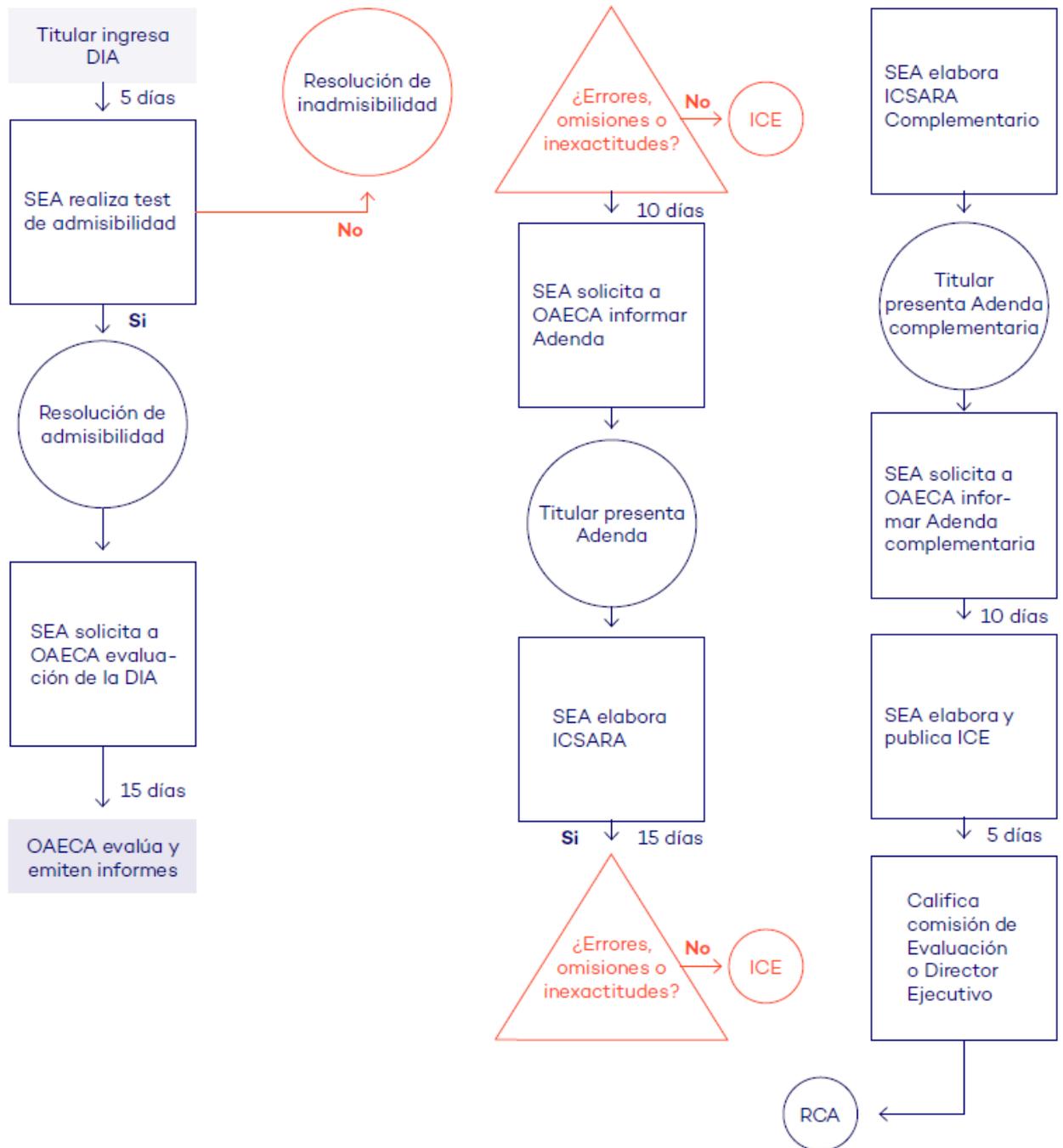
“Artículo 86.- Reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2o de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un periodo no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un periodo 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 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los

artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.



Fuente: SEA¹²⁵

125 Disponible [en línea](#).

Declarada la admisibilidad del proyecto y resuelta la necesidad de citar las reuniones a que se refiere el artículo 86, el servicio procede a solicitar los informes sectoriales de todos los organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental. Aquí resulta particularmente relevante el rol que cumple la CONADI, pues es un organismo con competencias específicas en materia indígena y que está llamado a emitir su pronunciamiento tanto respecto el Estudio como de las Adendas posteriores que eventualmente deba presentar el titular. Arriba habíamos subrayado la importancia superlativa de la metodología que sustenta los informes que aporta el titular y ahora hay que hacer lo propio respecto de los informes que aporta la CONADI. En efecto, si el informe de este Servicio es contradictorio o tiene problemas de motivación o coherencia, el impacto que puede producir en el expediente administrativo de evaluación es tan grave que puede determinar la invalidación de la resolución de calificación ambiental.

El fallo El Morro IV

El fallo (...), al anular un informe sectorial y la RCA que en él se fundamenta, viene a complementar la regla del art. 9 bis de la Ley N° 19.300 en el sentido que los vicios de fundamentación de los informes sectoriales afectan no solo al informe sino también al acto terminal del procedimiento. En este caso puntual, la Corte suprema objeta que la Corporación Nacional Indígena (CONADI, considerando 20o) se pronunciara sobre una Adenda y un Informe Consolidado de Evaluación (ICE) sin informar fundadamente si existían o no otras comunidades indígenas (diversas a la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos) susceptibles de ser afectadas por el proyecto, todo ello existiendo informes anteriores de la misma Corporación que sostenían lo contrario (considerando 21o). Tampoco la CONADI ofrecía, según la Corte, razones suficientes para explicar a los Huascoaltinos las “razones por las cuales no se justificaba la continuidad del proceso de consulta” (considerando 25º).¹²⁶

Hasta el momento hemos descrito el contenido del estudio de impacto ambiental y el modo como este debe proyectar los impactos que, dentro un área de influencia, se producen respecto de estos grupos humanos y de los otros elementos del medio ambiente. Es importante hacer presente que (i) cada elemento tiene su área de influencia y (ii) que las Áreas de Desarrollo Indígena¹²⁷ no constituyen áreas protegidas para los efectos de la evaluación ambiental. En efecto, de acuerdo con la interpretación que la CONAMA dio al concepto (Ord. 020799, de 13 de febrero de 2002 y Ord. 43710, de 28 de diciembre de 2004) las ADI no quedan comprendidas dentro del concepto de área protegida para efectos ambientales.¹²⁸ Las ADI, junto con los distritos de conservación de suelos, bosques y aguas, las áreas de prohibición de caza, los lugares de interés histórico-científico y las áreas de protección para la conservación de la riqueza turística “no cumplen los criterios que determinan la condición de área protegida para efectos del SEIA”. El SEA, como continuador legal de la CONAMA, no varió la instrucción contenida en los oficios ordinarios citados¹²⁹ y que ha sido validada tanto por la jurisprudencia judicial¹³⁰ como administrativa.¹³¹

-
- 127 “Artículo 26.- El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:
- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
 - b) Alta densidad de población indígena;
 - c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
 - d) Homogeneidad ecológica, y
 - e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna”.
- 128 Las áreas protegidas comprenden, para los efectos de la evaluación ambiental, 1) reservas nacionales, 2) parques nacionales, 3) reserva de Regiones Vírgenes, 4) monumentos naturales, 5) santuarios de la naturaleza, 6) parques marinos; 7) reservas marinas, 8) reservas forestales, 9) monumentos históricos, 10) zonas típicas o pintorescas, 11) zonas o centros de interés turístico nacional, 12) zonas de conservación histórica, 13) áreas de preservación ecológica contenidas en los instrumentos de planificación territorial, 14) zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, 15) Acuíferos que alimentan vegas y bofedales en las regiones de Tarapacá y Antofagasta, 16) inmuebles fiscales destinados por el Ministerio de Bienes Nacionales, para fines de conservación ambiental, protección del patrimonio y/o planificación, gestión y manejo sustentable de sus recursos, y 17) espacios marino-costero protegidos.
- 129 La naturaleza jurídica de estos ordinarios, de acuerdo con la jurisprudencia de la Contraloría es la de “instrucciones” de servicio. Vid., Dictamen CGR Nº 56.835, de 28 de noviembre de 2006.
- 130 Corte de Apelaciones de Iquique, 28 de julio de 2014, Comunidad Aymara de Parca y otra vs. Comisión de Evaluación Región de Tarapacá, Rol Nº 290-2014, confirmada Corte Suprema, 30 de octubre de 2014, Rol Nº 22.461-2014.
- 131 Dictamen CGR Nº 32.996 de 24 de abril de 2015.

La situación de las ADI

Que las ADI no queden comprendidas bajo el concepto de área protegida no quiere decir, con todo, que la posibilidad de afectación de las comunidades afectadas no quede amparada bajo otras de las hipótesis que justifican la presentación de un EIA. Lo anterior, naturalmente requiere que se presenten y demuestren las condiciones reglamentarias de impacto, en magnitud o intensidad, para que proceda el correspondiente EIA. En este sentido, el único efecto que genera la exclusión de las ADI del concepto de área protegida es que ellas, por sí mismas, no son suficientes para sostener la necesidad de un EIA en sustitución de una DIA. En otras palabras, excluyen la presunción de afectación que implicaría el sostener que el solo hecho de la proximidad geográfica basta para colegir la afectación en términos ambientales y de la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT.¹³²

Durante el procedimiento de evaluación ambiental la ley y reglamento reconocen a las comunidades indígenas el derecho a ser previamente consultadas conforme con los estándares del Convenio 169. Para estos efectos, aquellas comunidades susceptibles de ser directamente afectadas tienen derecho a participar en el proceso de consulta que regula el artículo 85 del reglamento y que se remite, en lo que se refiere a las etapas de la consulta, al Reglamento General de consulta:

“Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo

132 La declaración de una ADI sí requiere de consulta indígena, véase Dictamen CGR N° 23.719, 18 de abril de 2013.

4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.

5.3.2 El sancionatorio ambiental

El incumplimiento de las condiciones de operación establecidas en una RCA, como asimismo la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades sin la correspondiente RCA son, entre otras, infracciones sancionadas por la Superintendencia del Medio Ambiente. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental allá en las facultades de la Superintendencia su garantía de cumplimiento. En esta instancia las comunidades indígenas participan bajo el régimen general intervención de las partes interesadas, pero dada la naturaleza del procedimiento no tienen incidencia a través de la consulta indígena. Así lo ha resuelto recientemente el Primer Tribunal Ambiental, en una causa donde una Comunidad Indígena impugnó una resolución de la SMA que había aprobado el Programa de Cumplimiento y suspendido el procedimiento sancionatorio contra una empresa.¹³³

133 Primer Tribunal Ambiental, sentencia de 26 de diciembre de 2019, Rol N° 17-2019, Comunidad Indígena Atacameña de Peine vs. SMA.

5.3.3 La tutela jurisdiccional en los procedimientos de evaluación ambiental: el acceso a la justicia de los pueblos indígenas¹³⁴

A partir del año 2014 comienza a consolidarse la tesis según la cual, con carácter general, el escrutinio de legalidad de las resoluciones de calificación ambiental es una cuestión que escapa a la tutela extraordinaria del recurso de protección. Siguiendo el criterio anunciado en abril de 2014 en el Proyecto Costa Laguna¹³⁵, la Tercera Sala de la Corte Suprema afirmó en el fallo Planta de Secado y Compactado SQM, que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales.¹³⁶

El mismo es sostenido en el fallo El Morro con un añadido fundamental, cual es la identificación del criterio que justifica la cautela urgente del tribunal de protección:

“Que en este orden de consideraciones, cabe analizar si las ilegalidades denunciadas en el recurso de protección por los apelantes

134 Seguimos aquí lo sostenido en Núñez (2015); pp. 19-36.

135 Corte Suprema, 29 de abril de 2014, “Junta de Vecinos JJVV vs. Comisión de Evaluación Ambiental V Región” (Costa Laguna), considerando 6º: “Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad -oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección- no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Nº 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado.

Como se sabe, la ley que creó los Tribunales Ambientales no solo trasladó a éstos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley Nº 19.300, sino además aprobó una norma –artículo 17 Nº 8– que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental”.

136 Corte Suprema, 22 de mayo de 2014, “Consejo de Pueblos Atacameños y otros vs. Comisión de Evaluación Ambiental II Región” (Planta de Secado y Compactado SQM), rol Nº 1097 2013, considerando 2º: “no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley Nº 20.600, del 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto-, 26 y 28 –normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final- y 30 bis de la Ley Nº 19.300 –disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental”.

requieren de una cautela urgente e inmediata a las garantías constitucionales que denuncian como infringidas con el objeto de otorgar una protección urgente a las mismas” (El Morro IV, considerando 11^o, cursivas añadidas).

Para que proceda entonces la acción de protección, debe demostrar el recurrente o la Corte la necesidad de una cautela urgente.

La vía disponible para impugnar las resoluciones de calificación ambiental ante los tribunales ambientales son las que diseña la Ley N° 20.600 y que, en lo tocante a la evaluación ambiental, son las que siguen:

“Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

(...)

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

(i...)

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución”.

Las alternativas son entonces dos y bastante estrechas: (i) o haber opinado en la participación ciudadana sin que las observaciones hubieren sido consideradas o (ii) haber reclamado administrativamente para alzarse contra la decisión que pone término al procedimiento de invalidación. Interpretada restrictivamente esta norma limita seriamente el acceso a la justicia ambiental de quienes, por ejemplo, no intervinieron en la participación ciudadana, sea en términos absolutos o porque lo hicieron en la consulta indígena. También resulta limitada si se relaciona con el art. 53 de la Ley N° 19.880, que parece dejar fuera de la competencia de los tribunales ambientales el control de la resolución que resuelve un recurso administrativo rechazándolo (dado que la invalidación sería una facultad y no un deber, en los términos del art. 53 de la mentada Ley). A esta situación se añade cierta dificultad, que ha sido resuelta en uno y otro sentido por la jurisprudencia, para saber cuál es el plazo para interponer el recurso en sede administrativa (si los dos años generales y propios de la facultad de invalidar o un plazo más reducido que, supuestamente, sea más coherente con las leyes N° 19.300 y N° 20.600).

La Corte Suprema, en el caso RT Sulfuros, se pronunció respecto de la legitimación en aquellos casos en que se hubiere intervenido únicamente en la PAC:

“Así, surge con nitidez que, como ha ocurrido en la especie, aquellas personas que revisten la calidad de indígenas que formularon observaciones al proyecto en la etapa de participación ciudadana, en este caso una comunidad indígena, se hallaban legitimadas para reclamar administrativamente ante el Comité de Ministros no solo la falta de consideración de sus observaciones, sino que también, junto a ellas, las materias vinculadas a las deficiencias de la Consulta Indígena, como asimismo, estaba facultada para requerir la invalidación de la decisión del Comité de Ministros en tanto se estima que esta no satisface el requisito de legalidad.

En este aspecto se debe enfatizar que, si la comunidad aduce cuestiones que no están directamente vinculadas a las observaciones ciudadanas, sino que además promueve cuestionamientos que se relacionan con ilegalidades del proceso de Consulta Indígena llevada a cabo, es indudable que aquello debe ser conocido y

resuelto por el Comité de Ministros al alero de la reclamación administrativa prevista en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, sin que pueda abstenerse de decidir so pretexto de no existir una reclamación administrativa específica para tales efectos. En consecuencia, resulta lógico que tal decisión, a su turno, pueda ser impugnada, en su integridad, a través de la reclamación prevista en el artículo 17 N° 6 de la ley N° 20.600.”

“Tampoco es adecuado plantear que la acción idónea para recurrir es aquella contemplada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, toda vez que aquello implica obligar a la Comunidad Indígena que participó activamente en el proceso de evaluación ambiental, a solicitar la invalidación de la RCA, recurriendo a un proceso invalidatorio que, solo una vez resuelto, posibilitaría la procedencia del control jurisdiccional”.¹³⁷

Más recientemente, en el caso Proyecto de Continuidad Operacional Cerro Colorado, la Corte insiste en el mismo criterio:

“Quincuagésimo primero: Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

Quincuagésimo segundo: Que, si bien Participación Ciudadana y Consulta Indígena son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la

137 Corte Suprema, 16 de junio de 2020, rol N° 28.195-2018, Araya Toroco y Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu.

perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente por producir alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Tal como lo asienta el fallo impugnado, es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no se halla un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena”.¹³⁸

138 Corte Suprema, 13 de enero de 2021, Asociación Indígena San Isidro de Quipisca vs. SEA, rol N° 8573-2019.

5.4

Ley Nº 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua y otras normas especiales sobre Rapa Nui

Como se sabe, la soberanía del Estado de Chile sobre Rapa Nui o la Isla de Pascua se remonta al acuerdo de voluntades suscrito entre las autoridades chilenas y los “jefe de la Isla” del 9 de septiembre de 1888. El texto, que iba en la línea de muchos acuerdos suscritos durante el siglo XIX entre gobiernos occidentales y las autoridades tradicionales de los territorios de la Polinesia, dispuso:

“Los abajo firmados, jefes de la Isla de Pascua declaramos ceder para siempre y sin reserva al Gobierno de la República de Chile, la soberanía plena y entera de la citada isla, reservándonos al mismo tiempo nuestros títulos de jefes de que estamos investidos y de que gozamos actualmente”.

El Acuerdo de Voluntades de 1888 ante de la Corte de Apelaciones de Valparaíso

¿Un contrato sujeto a la cláusula resolutoria tácita?

Valentino Riroroko Tuki, Rey de Rapa Nui, demanda al Fisco la resolución por incumplimiento, invocando el artículo 1489 del Código Civil, del Acuerdo de 1888. La sentencia de primera instancia, junto con no dar por probado el carácter de monarca del demandante, considera que faltará legitimación activa y que no es posible calificar el Acuerdo de Voluntades de 1888 como un contrato sujeto a la definición del artículo 1439 del Código Civil. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia de primera instancia argumentando que:

“Que en lo que hace a la posibilidad de declarar la resolución del negocio jurídico contenido en el documento del 9 de septiembre de 1888, debe tenerse presente que, de conformidad al artículo 1489 del Código Civil, la acción resolutoria es la que surge del incumplimiento de un contrato bilateral; y que de conformidad al artículo 1439 del mismo Código, el contrato es bilateral

cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. De la misma forma, de conformidad al artículo 1438 del Código Civil, contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En este sentido, y conforme lo dicho en el considerando precedente, no es posible asimilar el documento del 9 de septiembre de 1888 a un contrato regido por las normas del Derecho Civil, ni mucho menos a uno de carácter bilateral en los términos señalados, lo que trae aparejado como necesaria consecuencia que no pueda nacer de él una acción resolutoria por incumplimiento propia del derecho privado contractual. No es posible admitir jurídicamente que mediante una acción de esta naturaleza se pueda obtener una declaración judicial de un tribunal ordinario de la República que, en sede privada y civil, pueda afectar la soberanía nacional y el dominio público del territorio de Chile” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de julio de 2014, *Riroroko vs. Fisco*, Rol N° 628-2014, considerando 5°).

Con posterioridad a su anexión, la isla fue objeto de regulaciones fragmentadas (incluyendo su declaración como monumento histórico en el año 1935) y, en lo que se refiere a la propiedad, ella fue inscrita a nombre fiscal en el Conservador de Bienes Raíces el año 1933 (Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso), inscripción que posteriormente fue trasladada hasta la Isla de Pascua.¹³⁹ A partir de esta inscripción fiscal unilateral se hacen actualmente las transferencias a que se refieren las leyes 19.253 y el D.L. N° 2.885 de 1979, que es a la Isla algo así como el D.L. N° 2.695 es para el Chile continental. La primera de estas leyes encomienda a la Corporación de Desarrollo de la Isla de Pascua (CODEIPA) “analizar las necesidades de tierras de la población rapa nui o pascuenses” (art. 67 letra a), para lo cual deberá actual “de conformidad a las disposiciones de los artículos 7°, 8° y 9° del decreto

139 Inscripción de fs. 1, núm. 1, año 1966, Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Isla de Pascua. La inscripción precedente corre a fs. 2.400, N° 2424, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso.

ley N° 2.885, de 1979” (art. 69, Ley N° 19.253). De acuerdo con esta última norma “La Comisión podrá, en relación con los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense, estudiar y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio, concesión u otras formas de uso, acorde con la tradición de esta etnia y con el ordenamiento territorial que se determine para la Isla de Pascua”.

Las peculiaridades geográficas, demográficas, ecológicas y culturales de esta porción del territorio nacional han hecho que, desde fines de la década de los 60, ha explicado la existencia de legislación administrativa especial. Entre estas leyes debemos destacar especialmente dos, la N° 16.441 de 1966 y la más reciente Ley N° 21.070.

5.4.1 La Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua

Esta Ley tuvo una connotación histórica, dado que incorporó a la organización administrativa del Estado el territorio de Isla de Pascua y creó la Municipalidad. Hoy día, como se sabe, el departamento ha sido transformado en una provincia más de la Región de Valparaíso.

Tipo de norma especial	Contenido
Orgánica administrativa	Crea el Departamento de Isla de Pascua Crea el Municipio
Función pública	Concede gratificación de zona y feriado anual especial acumulable y autoriza al Presidente de la República para generar excepciones a las leyes administrativas respecto de los funcionarios de la Isla.
Organización judicial	Crea el Juzgado de Letras con competencia común
Transporte marítimo	Reducción de tarifas
Procedimiento judicial	Diseña procedimiento especial en materias civiles y no contenciosas, incluida la ejecución
Reducción de la penalidad de ciertos delitos cometidos por “naturales” en el territorio de la Isla.	En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables (art. 13).
Formas de ejecución de la pena	En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas (art. 14)
Tributación	Exenciones tributarias
Patrimonio cultural	Procedimiento de autorización para la extracción de bienes arqueológicas

Con relación a las normas especiales, ha llamado particularmente la atención en el último tiempo la normativa penal. Al igual que con los acuerdos reparatorios en contextos de violencia familiar, se ha denunciado la contraposición entre estas normas (artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441) con los deberes estatales de castigar los actos de violencia contra la mujer. Ello llevó al Tribunal Constitucional a acoger el requerimiento de inaplicabilidad presentado por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui. Luego de afirmar que “existe una fuerte presunción de que los preceptos impugnados se encuentran tácitamente derogados, por efecto de la Ley N° 19.253, posterior a la Ley N° 16.441”, el Tribunal señala que:

“No siendo costumbre penal indígena, tampoco se trata de un elemento cultural que se concilie con la Constitución, especialmente, con el deber estatal de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación

(...)

Una dimensión cultural de esa naturaleza repugna contra su propio pueblo. Es evidente que una tradición que divide no puede denominarse como tal. Y en este caso, se trata de un particularismo definido por el legislador en la década del sesenta del siglo pasado, que no se admite como un particularismo tribal reconocible. Todo lo contrario, choca de frente con la defensa universal de los derechos y la dignidad de las mujeres, especialmente, de la indemnidad sexual. En este caso, frente al deber objetivo de eliminar todas las formas de discriminación y violencia de género, dentro de la cual, la violencia sexual es una de las más graves manifestaciones. Conforme a este criterio sostendremos que se vulnera el artículo 1° inciso primero de la Constitución, en cuanto garantía de indemnidad de la dignidad humana.

“...El artículo 13 de la Ley N° 16.441 establece un beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. Se trata de un beneficio que se confronta con la discrecionalidad del legislador penal de establecer una rebaja del marco penal asociado siempre a conductas u omisiones que se fundan en algún interés penal reconocible. En el presente caso

es excepcionalísimo porque se vincula al sujeto pasivo sin ningún tipo de funcionalidad penal. Se le beneficia porque sí. No porque colaboró para reparar el mal causado; desbaratar una organización criminal; por el grado de consumación del delito o por una eximente o atenuante que debe acreditar. Aquí basta constatar que se trata de una persona rapanui: esto es, una versión del derecho penal de autor, pero contra las víctimas, predominantemente, mujeres y en este caso, concretamente mujer.

(...)

Este beneficio excepcionalísimo es un privilegio del artículo 13 en materia sexual, el que supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. Por esto mismo, es incompatible con el artículo 19, numeral 2º, de la Constitución porque establece un ‘privilegio’ cuando en Chile ‘no hay persona ni grupo privilegiados’.

Este privilegio no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui con lo cual el legislador estableció una ‘diferencia arbitraria’, vulnerando el artículo 19, numeral 2º de la Constitución. En síntesis, hay vulneración de la igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión penal, indígena o de género.

Adicionalmente, este privilegio opera en relación con el artículo 19, numeral 3º de la Constitución por cuanto impide ‘la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos’. Crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal” (Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021, Rol N° 8792, considerando 64º).

5.4.2 Ley N° 21.070, que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua

El año 2007 se aprobó la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.193, que autorizó la dictación de “estatutos especiales” para los “territorios especiales” de Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández:

“Artículo 126 bis.- Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas.

Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado”.

Aunque hasta la fecha (y más de una década después de la reforma de 2007) no se han dictado los estatutos especiales a que se refiere el artículo 106 bis, hay que destacar la dictación de la Ley N° 21.070 de 2018 regula el ejercicio de la libertad de residencia en la Isla. Esta Ley y su Reglamento, el DS N° 1.546 de 19 de diciembre de 2018 (Diario Oficial de 3 de mayo de 2019) diseñan un sistema de control de ingreso a la Isla con el objeto de mantener el desarrollo sostenible del territorio y la calidad de vida de las personas que allí habitan. Para ello determina un procedimiento de control de ingreso y un plazo máximo de residencia (30 días) para quienes no tengan la calidad de persona habilitada para residir por un tiempo mayor, encomendando a un Delegado Presidencial la gestión del procedimiento de habilitación.

La Ley crea, además, un instrumento de gestión de la capacidad o “carga” demográfica de la Isla, el que consiste en un decreto supremo que establece por sexenios la capacidad de carga demográfica del territorio especial en periodo de latencia y saturación. Este decreto se dicta previo estudio de gestión de carga, el que permitirá fundar

el decreto de carga y después el Plan de Gestión de la capacidad de carga, instrumento político que busca evitar que la carga demográfica se vea superada. La superación de la carga lleva a una Declaración de latencia, que genera restricciones en materia laboral, económica y restricciones adicionales a los plazos de residencia, y eventualmente a una Declaración de saturación, ambas a través de un Decreto Supremo. La declaración de saturación permite reducir los plazos para abandonar la Isla y reduce los plazos de permanencia.



5.5

Normativa sectorial sobre recursos naturales, con particular referencia a la que es aplicada por los jueces civiles (concesiones mineras, contencioso del Código de Aguas y contencioso especial del art. 56 de la Ley N° 19.253)

5.5.1 Código de Minería, concesiones mineras y pueblos indígenas

El Código de Minería no incluye disposiciones que se refieran a pueblos indígenas o a la forma en que sus disposiciones pueden afectar los derechos, prioridades, usos o intereses de aquellos, lo que tal vez no debe sorprender dada la época en que fue dictado -1983- varios años antes de la adopción del Convenio.

Tal vez el aspecto más relevante en esta normativa sectorial y que compete a los jueces civiles es el procedimiento de constitución de concesiones mineras, cuyas reglas generales se exponen a continuación a fin de relacionarlas con las disposiciones aplicables a pueblos indígenas, incluyendo el Convenio.

Artículo del Código de Minería	Implicancia en relación a pueblos indígenas
<p>Artículo 1°</p> <p>El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...), no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.</p>	<p>'Dominio eminente del Estado' sobre todas las minas, incluyendo aquéllas que se superponen con tierras o espacios considerados como territorios indígenas.</p>
<p>Artículo 2°</p> <p>La concesión minera es un derecho real e inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño.</p>	<p>Una persona natural o jurídica no indígena puede ser titular de una concesión minera -y por tanto, del derecho a realizar labores de exploración y explotación en ella- que se superpone a un predio superficial de propiedad de una persona indígena.</p>
<p>Artículo 120 y siguientes</p> <p>Desde la constitución de una concesión minera y para facilitar su exploración y explotación, los predios superficiales están sujetos a los gravámenes de ser ocupados por una serie de instalaciones y obras mineras, incluyendo caminos.</p>	<p>El titular de una concesión minera tiene derecho a imponer servidumbres de ocupación y tránsito -entre otras- sobre los predios superficiales, incluyendo aquellos que son de propiedad de una persona indígena. Por tratarse de una servidumbre legal, puede imponerse en forma forzosa a través de un procedimiento judicial.</p>

Al examinar las implicancias de estas reglas en relación a pueblos indígenas, surgen desde ya dos principales cuestiones:

- En qué medida la posibilidad de constituir concesiones mineras que se superpongan a propiedad superficial indígena, es consistente con el Convenio y en particular con el deber de consulta que consagra aquel; y
- En qué medida la posibilidad de constituir servidumbres mineras sobre propiedad superficial indígena, es consistente con el Convenio, con el deber de consulta que consagra aquel y con las disposiciones especiales sobre tierras indígenas que establece la Ley N° 19.253.

Trataremos ambos temas a continuación.

A. Las concesiones mineras y la consulta indígena

Tal como se explicó en el capítulo 2, el artículo 6° del Convenio establece el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Se ha planteado el debate, entonces, respecto a la procedencia de la consulta indígena tratándose del otorgamiento de concesiones mineras.

En el sistema concesional minero de nuestro país, las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso -“sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona”- que es iniciado por el solicitante de las mismas en conformidad a los artículos 34 y siguientes del Código de Minería. En consecuencia, respecto a la procedencia de la consulta indígena tratándose de su constitución, se plantean dos cuestiones principales:

- Si el deber de consulta que establece el artículo 6° del Convenio es aplicable al otorgamiento de las concesiones mineras, en tanto aquel es exigible a ‘medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas’.

Esta cuestión, a su vez, exige un discernimiento respecto de dos niveles: (i) En un nivel formal, la pregunta a responder es si el hecho que las concesiones mineras se constituyan por medio de una resolución judicial hace improcedente el deber de consulta

del artículo 6° del Convenio por referirse este último a ‘medidas administrativas’; y (ii) En un nivel más sustantivo, la cuestión a dirimir es si el otorgamiento de una concesión minera es *per se* una decisión que puede generar susceptibilidad de afectación directa.

En cuanto a la primera pregunta, se ha dicho por algunos que el deber de consulta del artículo 6° del Convenio no sería aplicable al otorgamiento de concesiones mineras en tanto estas se constituyen por resolución judicial, basados en una aplicación literal del tenor de dicha disposición. Frente a lo anterior, otras voces retrucan que la resolución judicial que constituye una concesión minera es una ‘medida administrativa dictada en sede judicial’, dando así a entender que dicho otorgamiento sí estaría afecto al deber de consulta del artículo 6° del Convenio.

Respecto a la segunda pregunta, se podría argumentar que una concesión minera es una autorización sectorial que no habilita a su titular desde ya para desarrollar labores de prospección o explotación de los recursos mineros pues estos requieren la obtención previa de una autorización ambiental, cuya exigibilidad está ligada a su tipología o magnitud. Así, el titular de una concesión minera -en tanto ampare dicha titularidad mediante el pago oportuno de la patente minera- podría dejar transcurrir muchos años entre la constitución de las concesiones y el desarrollo efectivo de labores mineras luego de obtener una licencia ambiental. En este sentido, se podría decir que el otorgamiento de una concesión minera no genera susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas mientras no exista un proyecto concreto de desarrollo minero cuyas obras y actividades presenten dicha susceptibilidad de afectación. Frente a este último argumento, hay quienes sostienen que la mera posibilidad del desarrollo de actividades mineras -configurada por el otorgamiento de una concesión minera en tierras indígenas- genera *per se* susceptibilidad de afectación, considerando que los pueblos indígenas podrían legítimamente objetar el desarrollo de minería en sus tierras. Sin embargo, podría responderse que lo anterior constituye una hipótesis de susceptibilidad de afectación ‘genérica’ cuyos alcances corresponden al ámbito de competencia de los

instrumentos de planificación territorial y no del otorgamiento de concesiones mineras a determinados particulares.

- Si el deber de consulta que establece el artículo 15 N° 2 del Convenio es aplicable al otorgamiento de las concesiones mineras, en tanto esta disposición establece que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas -en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo- a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

La referencia a esta disposición del Convenio surge no solo por su tenor literal, sino también por la constatación de que el otorgamiento de concesiones mineras en Chile -que como se ha dicho se produce mediante resolución judicial- no está siendo sometido al deber de consulta del artículo 6° del Convenio. Frente a esta realidad, se ha dicho que la ya mencionada discusión sobre la aplicabilidad del artículo 6° es inútil en la medida que existe otra disposición del Convenio -el artículo 15 N° 2- que establece el deber de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos mineros existentes en sus tierras, con el agregado que esta última disposición no exige realizar un examen de discernimiento sobre susceptibilidad de afectación pues no alude a esta última categoría.

Sobre el particular, podría sostenerse que el deber de consulta del artículo 15 N° 2 se cumple en la medida que -como es el caso de Chile- existe una regulación doméstica del deber de consulta del artículo 6° del Convenio que la hace procedente en el marco de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos mineros que generan susceptibilidad de afectación o impactos significativos sobre grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, pues las consultas que hoy se realizan en dicho marco permiten precisamente “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”, antes del otorgamiento de la autorización ambiental que es requisito indispensable para

emprender cualquier programa de prospección o explotación minera sometida a evaluación ambiental.

Al respecto, la Observación General 2008 de la CEACR sobre el Convenio indicó que “en relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: (i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; e (ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales.”

En un primer acercamiento, esta observación permite concluir que la consulta del artículo 15 N° 2 cumple una finalidad específica, distinta de aquella involucrada en la consulta del artículo 6°, finalidad que se satisface incluyendo disposiciones en la legislación que requieran consulta previa como parte del proceso en que se determina si se otorgarán concesiones mineras. Sin embargo, dado que ya se encuentra regulada la consulta previa en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos mineros, podría concluirse asimismo -aplicando el principio de flexibilidad del artículo 34 del Convenio- que los gobiernos pueden cumplir la finalidad a que se refiere el literal (ii) a través de distintas fórmulas. Así, por ejemplo, podría entenderse que se cumple con dicha finalidad si se somete a consulta indígena el proceso mediante el cual se establece un instrumento de planificación territorial, que es el que determina en qué sectores de un territorio se podrán otorgar concesiones mineras.

- **No procede someter a consulta indígena previa la resolución judicial que constituye una concesión minera:** Ni el artículo 6 del Convenio ni el Reglamento General de Consulta (Decreto Supremo N° 66/2013) contemplan a las resoluciones judiciales como medidas sujetas a consulta indígena. Si se hubiere querido incluir a los actos de los Tribunales de Justicia como afectos a la obligación de consulta, se habría consignado expresamente.

- Corte de Apelaciones de Valdivia, 23 de abril de 2015, “Comunidad Indígena Ñadi-Newen y otros con Primer y Segundo Juzgado Civil de Osorno y Estado de Chile”, rol N° 1091-2014, considerandos 4° y 5°: “CUARTO: Que como es posible apreciar de la norma transcrita en el considerando precedente, el deber de consulta previa exige, por una parte, la concurrencia de “medidas legislativas y administrativas” y, por otra, “afectación directa”. En relación al primero de los requisitos, esto es, la existencia de “medidas legislativas y administrativas”, los recurrentes han planteado “que toda sentencia definitiva que pone fin a un juicio” es la “materialización máxima de la ley”, y por ende la sentencia, para los efectos del Convenio 169, debe entenderse como una medida legislativa. De otro lado, el Consejo de Defensa del Estado, discrepa de dicha interpretación, recurriendo entre muchas otras razones, al Decreto Supremo N° 66, de 15 de noviembre 2013, que aprobó el REGLAMENTO que regula el procedimiento de Consulta Indígena del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual señala que este es un “deber de los órganos de la Administración del Estado”, y consiguientemente, se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Concluye, por tanto, que el propio Reglamento de Consulta no contempla como medidas pertinentes de su contenido las resoluciones judiciales, lo que además de implicar una definición normativa, importa una interpretación del Convenio. QUINTO: Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones expresados por el Consejo de Defensa del Estado en el considerando anterior, pero además dirá que entender la función jurisdiccional como parte de una medida legislativa, importa forzar en demasía el alcance de esta última expresión, e incluso torcerle su sentido natural y obvio, toda vez que, como lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz legislativa, “aplicase al derecho o potestad de hacer leyes”, y no a la de aplicarlas a un caso concreto, función reservada al Poder Judicial. Asimismo, si se hubiere querido incluir también a los actos de los Tribunales de Justicia en dicha expresión, parece lógico pensar que así se hubiese consignado expresamente, más aún si la norma enumera actuaciones tanto de la administración como legislativa, esto es, de dos de los tres poderes clásicos del Estado. Por el contrario,

esta omisión de lo Judicial más bien denota el ánimo o intención de excluir las actuaciones de los Tribunales de Justicia, como a la postre también quedó plasmado en el REGLAMENTO que regula el procedimiento de Consulta Indígena”. Confirmado por la Corte Suprema, 26 de mayo de 2015, rol N° 6303-2015 (caso consulta concesiones mineras San Juan de la Costa).

B. Las servidumbres mineras, consulta indígena y procedimiento aplicable

Tal como en el caso de las concesiones mineras, se ha planteado el debate respecto a la procedencia de la consulta indígena tratándose de la constitución de servidumbres mineras sobre tierras indígenas, considerando una vez más el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, establecido en el artículo 6° del Convenio.

Conforme a los artículos 120 y siguientes, la constitución de las servidumbres mineras, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados (voluntariamente) o por resolución judicial (forzosamente), en la medida que se trata de servidumbres que están establecidas en la ley. En este último caso, conforme a los artículos 234 y 235 del Código de Minería, todas las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres se tramitarán en el procedimiento sumarísimo que se establece en la última de esas disposiciones. En esta hipótesis, como se puede apreciar, la servidumbre minera respectiva es constituida por resolución judicial. En consecuencia, se plantea a su respecto la misma cuestión ya tratada en relación al otorgamiento de las concesiones mineras, es decir, si el deber de consulta que establece el artículo 6° del Convenio es aplicable a la constitución de servidumbres mineras sobre tierras indígenas en tanto esta última ocurre por resolución judicial y aquel es exigible a las ‘medidas administrativas’ susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

- **No procede someter a consulta indígena previa la resolución judicial que constituye una servidumbre minera:** De acuerdo al artículo 6° del Convenio, solo las medidas legislativas y administrativas son objeto de consulta, y las servidumbres mineras se constituyen mediante resolución judicial.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, 12 de diciembre de 2017, “Compañía Minera Cerro del Medio con Fisco de Chile”, rol civil N° 91-2017 y acumuladas 92-2017 y 93-2017, considerando 8°: “Que tal como se ha venido anticipando, el Convenio 169 de la OIT en ninguna de sus disposiciones establece un derecho a la consulta indígena en la constitución judicial de una servidumbre minera, en razón a que el artículo 123 del Código de Minería, dispone que la constitución de las servidumbres, su ejercicio y las indemnizaciones se determinarán por acuerdo de los interesados que conste en escritura pública, o por resolución judicial. Si las servidumbres mineras se constituyen mediante resolución judicial, se ha de concluir que solo las medidas legislativas y administrativas, a que se refiere el artículo 6.I. letra a del Convenio 169 de la OIT serán objeto de la consulta establecida en el mismo artículo, más no así, las judiciales.” Recurso de casación tenido por no interpuesto (caso servidumbre Compañía Minera Cerro del Medio).
- Procedimiento para la constitución de una servidumbre legal minera sobre tierras indígenas registradas en CONADI es el procedimiento especial de la Ley N° 19.253: Si el predio sirviente tiene la calidad de tierra indígena y está inscrito en el Registro Público de Tierras Indígenas que lleva la CONADI, el procedimiento para la constitución de una servidumbre legal minera sobre dichas tierras es el procedimiento especial establecido en el artículo 56 de la Ley N° 19.253, cuerpo legal que prima sobre la Ley N° 19.657 (sobre concesiones geotérmicas) y que además debe relacionarse con los preceptos del Convenio que consagran el deber de los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan.

- Juzgado de Letras de Pozo Almonte, 23 de diciembre de 2010, “Comunidad Indígena Aymara de Cancosa con Energía Andina S.A.”, rol N° C-54-2010, confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique, 10 de mayo de 2011, rol N° 53-2011. Fallo ejecutoriado (caso servidumbre geotermia).

5.5.2 Las aguas y los pueblos indígenas en la normativa doméstica

Disposiciones de la Ley N° 19.253 que se refieren a las aguas indígenas

A continuación se revisan las disposiciones de la Ley N° 19.253 que se refieren a las aguas indígenas y que son más relevantes al analizar su relación con las disposiciones del Convenio. Para estos efectos se han dividido en dos grupos: a) normas instrumentales relativas a la ‘ampliación’ de las aguas indígenas; y b) normas sustantivas relativas al reconocimiento o regularización de usos ‘ancestrales’ de aguas por comunidades indígenas.

Normas instrumentales	Normas sustantivas
Artículos 20, 21, 22, 26, 39 y 40 Ley N° 19.253	Artículo 64 y artículo 3° transitorio Ley N° 19.253

a) Normas instrumentales relativas a la ‘ampliación’ de las aguas indígenas

En este grupo se encuentran los artículos 20, 21, 22, 26, 39 y 40 de la Ley Indígena.

Ley N° 19.253

Normas instrumentales relativas a la ampliación de las aguas indígenas

Artículo 20	<p>Concreta este deber de ‘ampliación’ al crear el <i>Fondo para Tierras y Aguas Indígenas</i> y asignarle como uno de sus objetivos en la letra c) el de “<i>financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso</i>”.</p> <p>El propósito de esta norma es subsidiar la constitución, adquisición y regularización de derechos de aguas a favor de personas, comunidades indígenas o parte de estas, así como el financiamiento de obras destinadas a captar o transportar dichos derechos. Los beneficiarios potenciales de este subsidio corresponden a personas, familias o comunidades indígenas en situación de pobreza según parámetros del Ministerio de Desarrollo Social.</p>
--------------------	--

Artículo 21 inciso final	El inciso final del artículo 21 establece que la CONADI podrá recibir del Estado y de particulares derechos de agua para su entrega a comunidades o indígenas individualmente considerados. El artículo 40, por su parte, repite la regla anterior al señalar que la CONADI podrá recibir del Fisco, a título gratuito, de otros organismos o de personas privadas, derechos de aguas para asignarlos a comunidades o personas indígenas en propiedad, uso o administración.
Artículo 22	Establece que los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas no podrán ser enajenados durante veinticinco años contados desde el día de su inscripción. Agrega, sin embargo, que la CONADI podrá autorizar su enajenación previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido.
Artículo 26	Establece otra norma instrumental al facultar al Ministerio de Desarrollo Social para que, a propuesta de la CONADI, pueda establecer las denominadas <i>Áreas de Desarrollo Indígena</i> ('ADI'), que son espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para el establecimiento de una ADI debe concurrir, entre otros criterios, que exista dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como el manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.
Artículo 39 letra e)	Fija el norte en esta materia al establecer que, entre otras funciones, le corresponderá a la CONADI " <i>posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo</i> ". Asimismo, establece en su letra d) que será función de la CONADI " <i>asumir, cuando así se le solicite, la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas</i> ".
Artículo 40	Establece que CONADI podrá recibir del Fisco, a título gratuito, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, de otros organismos públicos o de personas privadas, bienes raíces o derechos de agua para asignarlos a comunidades o personas indígenas en propiedad, uso o administración.

b) Normas sustantivas relativas al reconocimiento o regularización de 'usos inmemoriales' de aguas por comunidades indígenas

En esta categoría se inscriben dos disposiciones: el artículo 64 y el artículo 3° transitorio.

El artículo 64 de la Ley Indígena establece una protección especial para las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas:

"Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias, pozos de agua dulce y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de pro-

piedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 3 transitorio establece que “la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.”

Esta disposición, si bien es de carácter instrumental, introduce un elemento ‘normativo’ que resulta fundamental para la aplicación de una disposición sustantiva como el artículo 64 recién citado. En efecto, dispone que la CONADI y la Dirección General de Aguas (‘DGA’) establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ‘ancestral’ de las comunidades aimaras y atacameñas en conformidad al artículo 64 de la Ley Indígena.

La CONADI y la DGA celebraron en 1997, en virtud de lo preceptuado por los artículos 64 y 3° transitorio de la Ley Indígena, un convenio para los fines mencionados en el citado artículo transitorio, convenio que fue prorrogado y modificado posteriormente.

Como ya se verá ambas normas se relacionan, además, con dos disposiciones del Código de Aguas -los artículos 58 y 63- que prohíben la exploración y explotación de aguas subterráneas en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten las vegas y los llamados bofedales de la I y II Región, consideradas sustento de las actividades agro-ganaderas de las comunidades andinas, sin autorización de la DGA, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.

Tratamiento de las aguas indígenas en la Ley Indígena

Como se puede apreciar, salvo el caso del artículo 64 y las disposiciones instrumentales ya mencionadas, la Ley Indígena no confiere un trato especial a las aguas indígenas, a diferencia de lo que ocurre con las tierras indígenas. En cuanto a su estatuto legal, los derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de indígenas se encuentran en alguna de las siguientes situaciones:

Derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de indígenas no adquiridos con recursos del Fondo para Tierras y Aguas de la CONADI	Derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de indígenas adquiridos con recursos del Fondo para Tierras y Aguas de la CONADI
<p>Se rigen por el derecho común, es decir, por el Código de Aguas de 1981.</p> <p>No tienen restricciones ni limitaciones legales a su enajenación o gravamen.</p> <p>Están afectos a las mismas cargas y obligaciones que los derechos de propiedad de no indígenas (pago de patente por no uso de las aguas, registro en el Catastro Público de Aguas, etc.)</p>	<p>Se rigen por el derecho común, es decir, por el Código de Aguas de 1981, y por las disposiciones de la Ley Indígena, en particular su artículo 22.</p> <p>Su enajenación está prohibida por un plazo de 25 años.</p> <p>Están afectos a las mismas cargas y obligaciones que los derechos de propiedad de no indígenas (registro en el Catastro Público de Aguas, etc.) con excepción del pago de patente por no uso, por decisión de la Corte Suprema.¹⁴⁰</p>

Por otra parte, tanto el artículo 589 del Código Civil como el artículo 5 del Código de Aguas coinciden en señalar que las aguas son bienes nacionales de uso público y que lo que se otorga a los particulares son derechos de aprovechamiento sobre ellas. Las ‘aguas indígenas’ no escapan, por tanto, a este estatuto.

Las aguas indígenas: ¿bien sujeto a igual protección que las tierras indígenas?

Ya se ha indicado que conforme al artículo 22 los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas no podrán ser enajenados durante veinticinco años contados desde el día de su inscripción. Hasta aquí no hay dudas respecto al alcance de esta norma. Sin embargo, el artículo 22 agrega a continuación: “En todo caso será aplicable el artículo 13”. El artículo 13, por su parte, establece un estatuto de limitaciones al dominio de los indígenas exclusivamente sobre sus tierras, que implica entre otras restricciones que las tierras indígenas solo pueden ser enajenadas entre indígenas de una misma etnia. Por tanto, cuando el artículo 22 señala que “en todo caso será aplicable el artículo 13”, a lo que se refiere es que la prohibición de enajenación por 25 años es sin perjuicio de las

140 Corte Suprema, 5 de mayo de 2014, “MUCECH vs. DGA”, rol N° 7899-2014.

limitaciones establecidas en el artículo 13, y que por tanto una vez vencido dicho plazo subsiste la prohibición de enajenación de este último artículo. Dicho en otras palabras, las tierras indígenas -que en condiciones normales pueden ser enajenadas entre indígenas de una misma etnia- tienen una prohibición absoluta de enajenación por 25 años cuando han sido adquiridas con fondos de la CONADI.

Por consiguiente, no hay duda de que la oración “en todo caso será aplicable el artículo 13” aplica solo a las tierras y no a las aguas indígenas, y que contradice toda lógica y consistencia normativa el pretender que tal oración implica que el legislador quiso extender a las aguas indígenas adquiridas con fondos de CONADI el estatuto de limitaciones al dominio de las tierras indígenas.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema sostuvo un criterio distinto en su fallo del 5 de mayo de 2014 en el caso “MUCECH vs. DGA”.

El caso MUCECH vs. DGA

Tribunal: Corte Suprema

Sentencia: 5 de mayo de 2014

Rol: N° 7899-2014

Doctrina: aplican a los derechos de aprovechamiento de aguas adquiridos con fondos de CONADI las restricciones y limitaciones al dominio establecidas por el artículo 13 de la Ley N° 19.253 para las tierras indígenas.

Los considerandos más relevantes de este fallo son los siguientes:

“QUINTO: (...) A este respecto, la Ley N° 19.253, publicada el 5 de octubre de 1993, dispone, en materia de derechos de aprovechamiento de aguas, en su artículo 22 que: “Las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas, adquiridas con recursos de este fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años contados desde el

día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de agua, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13”.

A su vez, el artículo 13 de dicha normativa, señala que: “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas previa autorización de la Corporación”.

De las normas transcritas se colige que los derechos de aprovechamiento de aguas adjudicados con recursos del Fondo de Tierras y Aguas de la Ley Indígena, cual es el caso de todos los titulares que han formulado las reclamaciones de autos, gozan de una protección especial, por lo que, en virtud de la remisión que el artículo 22 hace al artículo 13, no pueden ser enajenados, embargados, gravados ni adquiridos por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.

Al respecto, cabe considerar que el Código de Aguas, en los artículos 129 bis 11 y siguientes, establece un procedimiento judicial para el cobro de la patente por no uso, en caso que el titular del derecho de aprovechamiento no la pague dentro del plazo legal, ejecución que conlleva el embargo del derecho de aprovechamiento afecto al pago de patente, por el solo ministerio de la ley, desde el momento en que se efectúe el requerimiento de pago y que puede culminar con el remate del derecho, en caso que sea rechazada la oposición del deudor, cuestión última que trae consigo la posibilidad de que el derecho pueda ser adjudicado en remate a cualquier interesado.

SEXTO: Que de acuerdo con el contenido de las normas antes expuestas, resulta innegable que la obligación de pago de patente por no uso de las aguas, importa un gravamen

que afecta el derecho de aprovechamiento de aguas, que en el presente caso resulta incompatible con la circunstancia de tratarse de derechos de aprovechamiento de aguas de personas y comunidades indígenas, adquiridos con fondos provenientes de la Ley Indígena, no susceptibles de ser gravados, ni menos aun embargados, como se dispone en el procedimiento ejecutivo de cobro de patente.

Esta incompatibilidad se aprecia con mayor nitidez si se considera que el procedimiento de cobro puede derivar en la enajenación forzada del derecho afecto al pago de patente, el que puede ser adquirido por cualquier persona interesada, lo que desde luego transgrede el artículo 13 de la normativa indígena, que prohíbe la enajenación de estos derechos, salvo entre personas o comunidades indígenas de una misma etnia.”

El artículo 64 de la Ley Indígena

El artículo 64 de la Ley Indígena, como ya se dijo, establece una protección especial para las aguas de las comunidades indígenas del norte del país que se expresa en dos disposiciones:

- Las aguas que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas -tales como ríos, canales, acequias, pozos de agua dulce y vertientes- serán consideradas bienes de propiedad y uso de dichas comunidades-, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito en conformidad al Código General de Aguas; y
- no se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua de las comunidades afectadas.

Es importante destacar desde ya que esta norma de protección beneficia solo a comunidades indígenas y no a personas naturales indígenas.

Por último, el artículo 64 otorga una protección especial a las aguas de las comunidades indígenas del norte del país la que, como norma especial, prima sobre las disposiciones del Código Civil y del Código de Aguas, sin perjuicio de los derechos de aprovechamiento que hayan constituido terceros en conformidad a este último.

5.5.2.1 El Código de Aguas y los usos ‘ancestrales’

Ya se ha esclarecido que los derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de indígenas se rigen por el Código de Aguas. Solo hacen excepción a esta regla el artículo 64 ya aludido y la prohibición de enajenar que afecta a los derechos de aguas adquiridos con recursos del Fondo para Tierras y Aguas de CONADI. Aclarado lo anterior, es necesario revisar qué normas del Código de Aguas permitirían el reconocimiento o regularización de los denominados usos ‘ancestrales’ indígenas.

Previamente debe tenerse presente lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 19 N° 24:

“La Constitución asegura a todas las personas: 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (...) Los derechos sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Es importante destacar desde ya que la Constitución asegura a todas las personas la propiedad sobre los derechos de aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley.

Artículos del Código de Aguas relevantes para este análisis

En primer lugar, y como ya se anticipó, los artículos 58 y 63 del Código de Aguas prohíben la exploración y explotación de aguas subterráneas en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten las vegas y los llamados bofedales de la I y II Región –consideradas sustento de las actividades agro-ganaderas de las comunidades andinas– sin autorización de la DGA, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.

Por su parte, el artículo 2° transitorio del Código de Aguas permite regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento de aguas cuando se acredite –entre otros– su uso ininterrumpido por 5 años, disposición que debe relacionarse con el Decreto Ley N° 2603 de 1979 (‘Decreto Ley N° 2603’) que, como se verá más adelante, establece una presunción legal a favor de quien esté haciendo un ‘uso efectivo’ de las aguas. El artículo 2° transitorio del Código de Aguas dispone:

“Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

- a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;
- b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código;
- c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y
- d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”.

Ha de tenerse presente también que la Ley N° 20.411 -modificada por la Ley N° 20.491- prohibió, en las áreas que indica, la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas solicitados en conformidad con lo establecido en el artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017, salvo respecto de aquellos solicitados por las comunidades agrícolas, pequeños productores agrícolas y campesinos, indígenas y comunidades indígenas, en los términos que señala.

Aguas Indígenas y uso ‘ancestral’

Ya se adelantó que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas permite regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento de aguas cuando se acredite -entre otros- su uso ininterrumpido por 5 años, disposición que debe relacionarse con el artículo 7 del Decreto Ley N° 2603.

De la lectura del artículo 2° transitorio se concluye que el Código de Aguas permite regularizar derechos de aprovechamiento que están en dos situaciones distintas:

- Regularización de derechos inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas a su titular a la entrada en vigencia del código en 1981; y
- Regularización de derechos no inscritos, cumpliendo los mismos requisitos que se exigen para la regularización de derechos inscritos.

Por su parte, el artículo 7 del citado Decreto Ley N° 2603 dispone que “se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”. El artículo 7 establece entonces una presunción legal de titularidad del derecho de aprovechamiento a favor de quien esté haciendo uso efectivo del agua, presunción que puede ser invocada por quien solicita la regularización de un derecho de aprovechamiento en conformidad al

artículo 2° transitorio. Es importante destacar que el procedimiento de regularización establecido por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas permite ‘regularizar’

- valga la redundancia- y no constituir derechos, pues se entiende que el derecho de propiedad existe y solo requiere ser ‘formalizado’.

El legislador ha amparado entonces usos efectivos del agua que pueden ser antiguos y que en todo caso son regularizables en la medida que se goce de la presunción que establece el antes citado artículo 7 del Decreto Ley N° 2603, cuya vigencia subsiste por expresa disposición del artículo 181 y siguientes del Código de Aguas que establecen el amparo judicial como mecanismo para proteger el derecho de dichos usuarios frente a obras o hechos que entorpezcan su derecho.

En este punto deben traerse a colación el artículo 64 y el artículo 3° transitorio de la Ley Indígena, pues ambas disposiciones completa la ‘tríada’ legal que permite regularizar los usos ‘ancestrales’ de aguas por comunidades indígenas del norte de Chile.

Ya se adelantó que dicho artículo 3° transitorio, si bien es de carácter instrumental, introduce un elemento ‘normativo’ que resulta fundamental para la aplicación del artículo 64. En efecto, el artículo 3° transitorio dispone que la CONADI y la DGA establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento “de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas en conformidad al artículo 64 de la Ley Indígena”. Sin el artículo 3° transitorio, la protección especial a que se refiere el artículo 64 es para “las aguas que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas” aimaras y atacameñas. Con dicha disposición transitoria, la protección especial a que se refiere el artículo 64 es para las aguas de propiedad ancestral que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas del norte de Chile.

En otras palabras, el artículo 3° transitorio ‘califica’ las aguas que protege el artículo 64 y las adjetiva como de ‘propiedad ancestral’. Ya se verá más adelante como esta calificación, cuando se interpreta en conjunto con las disposiciones del Convenio 169, trae importantes consecuencias.

Cuando consideramos las normas del Código de Aguas, de la Ley Indígena y del Decreto Ley N° 2603 en su conjunto, se completa la ‘tríada legal’ a que se hacía mención más atrás:

‘Tríada legal’	
Regularización de usos ancestrales de aguas por comunidades indígenas del norte de Chile	
Artículo 2° transitorio Código de Aguas	Permite regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento respecto a los cuales exista un uso ininterrumpido de 5 años, entre otros requisitos.
Artículo 7 Decreto Ley N° 2603	Establece una presunción legal en auxilio de quien solicita la regularización de un derecho de aprovechamiento en conformidad al artículo 2° transitorio del Código de Aguas, según la cual se presume la titularidad del derecho de aprovechamiento a favor de quien esté haciendo uso efectivo del agua.
Artículo 64 en relación al artículo 3° transitorio Ley N° 19.253	El artículo 64 en relación al artículo 3° transitorio de la Ley Indígena disponen una protección especial a favor de las aguas ‘de propiedad ancestral’ que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas del norte de Chile.

De este modo, las comunidades indígenas del norte del país tienen a su disposición una herramienta legal que les permite regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento de aguas de ‘propiedad ancestral’ que se encuentren en sus terrenos y respecto a los cuales exista un uso ininterrumpido de 5 años, para lo cual pueden invocar una presunción legal según la cual se presume la titularidad del derecho de aprovechamiento a favor de quien esté haciendo uso efectivo del agua.

Ahora bien, la jurisprudencia ha establecido que deben concurrir al menos dos elementos para la utilización del procedimiento especial del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, a saber:

- (i) Que exista un uso ‘ancestral’ o ‘inmemorial’ del recurso; y
- (ii) Que el uso sea realizado en forma colectiva por la comunidad indígena y no por meros usuarios individuales.

El caso Toconce vs. Essan

Tribunal: Corte Suprema

Sentencia: 22 de marzo de 2004

Rol: N° 986-03

Causa: Comunidad Atacameña de Toconce con Essan S.A

Procedimiento: regularización de derecho de aprovechamiento de aguas en conformidad al artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Los considerandos más relevantes de este fallo son los siguientes:

“Sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, para analizar el procedimiento regulado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, se debe tener en consideración que antes de la vigencia de la actual normativa sobre la materia, el legislador, con miras a fortalecer el derecho de aprovechamiento de aguas, reconoció expresamente su uso consuetudinario como Derecho, disponiéndolo así en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979; luego lo consagró constitucionalmente dando protección a los derechos reconocidos en la materia mediante el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Del citado artículo 7°, disposición invocada por los demandantes tanto en sede administrativa como judicial en resguardo de sus derechos, se infiere que el propósito de la normativa es que los usos de aguas que cumplan determinados requisitos, constituyan derechos y, por otro lado, conforme a los principios recogidos en el Código de Aguas de 1981 y, especialmente, en virtud del tenor literal del artículo 2° transitorio del mismo cuerpo legal se advierte que la intención del legislador es que tales derechos sean regularizarlos a través de su inscripción en el Registro Conservatorio respectivo. Séptimo: Que, en consecuencia, no puede sino concluirse que el procedimiento

del tantas veces citado artículo 2º transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que solo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador.”

En lo medular, la Corte Suprema determinó que:

(i) Era un hecho acreditado en la causa que “desde tiempos inmemoriales los habitantes de Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas”;

(ii) Era asimismo un hecho no discutido “que la demandante ocupa en forma ancestral el recurso de agua proveniente del río Toconce, pues de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo”, los canales de riego y el “uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y para uso humano”;

(iii) Es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, es decir, sin títulos concesionales, “si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias”.

(iv) La autoridad reconoce “esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo solo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico”;

(v) El procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos; y

(vi) La demandante es “dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de la ley, por así disponerlo el artículo 3º transitorio de la ley N° 19.253” y, se debe agregar, el artículo 64 de la misma ley.

Con este razonamiento se declaró que la comunidad de Toconce es dueña de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo, permanente y continuo en el río Toconce por un total de 100 litros por segundo, ordenando su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces

C. Las aguas en el Convenio 169. Vinculación con la normativa doméstica

Debe revisarse ahora cual es la vinculación entre las disposiciones del Convenio y la normativa especial recién vista. Para eso es necesario primero examinar qué disposiciones del Convenio se refieren directa o indirectamente a las aguas indígenas.

a. Artículos del Convenio que se refieren a las aguas indígenas

Como se verá a continuación, el Convenio no contiene norma alguna que se refiera expresamente a las aguas. Sin embargo, algunas disposiciones del Convenio se refieren a materias que indirectamente impactan en el tratamiento de las aguas, de las que se destacan las más relevantes.

El artículo 7 en sus números 3 y 4 se refiere indirectamente a las aguas, al disponer que:

“3. Los gobiernos deberán 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. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

“4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Más adelante, el artículo 13 establece el concepto de ‘territorio’, al disponer que:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En la misma línea, el artículo 14 N° 1 establece que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

El artículo 15, por su parte, dispone en su N° 1 que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y

conservación de dichos recursos”. El N° 2 agrega luego que “en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Un poco más adelante, el artículo 19 establece en su letra b) que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos del “otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen”.

Finalmente, el artículo 23 N° 1 prescribe que “la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.

Como se verá más adelante, los artículos 13 y 14 son los que tienen una incidencia más determinante en el estatus de las aguas indígenas.

b. Tratamiento de las aguas indígenas en el Convenio

Como ya se indicó, las aguas no tienen una regulación especial en el Convenio 169 y solo se alude a aquéllas en forma indirecta, comprendida en los conceptos de ‘hábitat’, ‘territorio’ o ‘recursos naturales’. Desde esta perspectiva, el Convenio 169 no parece innovar mayormente respecto a lo establecido en la Ley Indígena.

Sin embargo, es precisamente la utilización por el Convenio 169 de conceptos como ‘territorio’ y ‘recursos naturales’ lo que trae implicancias cuando se los interpreta en relación a la Ley Indígena y particularmente respecto al artículo 64 de dicha ley.

En efecto, ya se ha visto que el artículo 64 dispone que: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

El reconocimiento como bienes de propiedad indígena de las aguas “que se encuentren en los terrenos de la comunidad” a primera vista no presenta dificultades para su interpretación.

Sin embargo, los artículos 13 y 15 definen las tierras indígenas de tal modo que esta referencia a ‘terrenos de la comunidad’ puede ser interpretada en una forma hasta hace poco impensada. En efecto el N° 2 del artículo 13 del Convenio 169 establece que “la utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Por su parte, el artículo 14 señala en su N° 1 que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

De acuerdo al Convenio 169, entonces, el derecho a las tierras indígenas está sujeto a una triple calificación que amplía considerablemente el espectro de lo que puede ser considerado como ‘terrenos de la comunidad’:

- Tierras como territorio y este como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera;

- Tierras de ‘ocupación tradicional’; y
- Tierras que no están exclusivamente ocupadas por los indígenas, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

El caso de la aguas de la Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza-Usmagama

El 25 de noviembre de 2009, la Corte Suprema dictó una sentencia que se considera emblemática en cuanto a la interpretación que hizo de la normativa doméstica en relación a lo dispuesto por el Convenio, particularmente en relación a la noción de territorio establecida en aquél y sus implicancias.

Tribunal: Corte Suprema

Sentencia: 25 de noviembre de 2009

Rol: N° 2840-2008

Causa: Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama

Procedimiento: regularización de derecho de aprovechamiento de aguas en conformidad al artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Los considerandos más relevantes de este fallo son los siguientes:

“SEPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en

general y del Estado en particular, 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 (artículo 1º, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aymaras y Atacameñas, no se refiere solo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que solo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos expresados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: “Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo”. “La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras

importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana” (páginas 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: “La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aimaras y atacameñas”. Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo.

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de

dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas”.

Como se puede apreciar, la sentencia de la Corte Suprema razonó del siguiente modo:

(i) El artículo 19 número 24 Constitución Política de la República garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, y agrega que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

(ii) De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por el artículo 19 N° 24 recién citado, “surge con nitidez que no solo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de

las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas”.

(iii) La sentencia “se ha limitado a regularizar derechos preexistentes al verificar que las aguas reclamadas por la Comunidad Indígena han sido utilizadas por esta en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, derechos consuetudinarios que inclusive son anteriores a los de la sociedad demandante”.

(iv) En este punto la Corte Suprema se remite a su fallo en el caso Toconce con ESSAN S.A. ya citado, cuando expresa que “no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2° transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley”.

(v) El reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades aimaras y atacameñas, “no se refiere solo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas”. En este punto, debe destacarse que la Corte Suprema confirmó los fallos que habían accedido a la regularización no obstante que el derecho de aprovechamiento, en su totalidad, se encontraba inscrito a nombre de la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte: “Por lo demás, el laudo censurado no ha negado ni desconocido la existencia ni la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por la empresa Agua Mineral Chusmiza, al contrario, ha hecho suyo lo afirmado en el dictamen a quo, en orden a que en la especie se da una innegable coexistencia de los derechos de

ambas partes, cuestión de hecho respecto de la cual, por no haberse reclamado infracción de normas reguladoras de la prueba, no puede ser modificada o alterada por este máximo tribunal, contexto en el cual no se divisa vulneración alguna a la regla constitucional mencionada por el recurrente”.

(vi) Para la aplicación del artículo 64 resulta orientador que según el Convenio 169 la utilización del término ‘tierras’ deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y que por lo mismo, “no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza”, “tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas”.

(vii) La Ley Indígena en sus artículos 64 y 3° transitorio establece el reconocimiento y protección de los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados

por las comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedoras de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos que se encuentran asentadas.

Con este razonamiento, la Corte Suprema dejó a firme el fallo recurrido y por tanto la regularización de un derecho de un derecho de aprovechamiento de aguas a favor de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-USmagama por 10 litros por segundo.

En este punto es necesario recordar la ‘tríada legal’ de la que se habló antes y que resulta de considerar en su conjunto las normas del Código de Aguas, de la Ley Indígena y del Decreto Ley N° 2603. Pues bien, los artículos 13 y 14 del Convenio 169 vienen a completar una ‘tétrada legal’ al incorporar un nuevo elemento interpretativo a la herramienta legal de regularización de los derechos de aguas de las comunidades aimaras y atacameñas. Esta ‘tétrada legal’ queda entonces expresada así:

- El artículo 2° transitorio del Código de Aguas permite regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento respecto a los cuales exista un uso ininterrumpido de 5 años, entre otros requisitos.
- El Decreto Ley N° 2603 establece una presunción legal en auxilio de quien solicita la regularización de un derecho de aprovechamiento en conformidad al artículo 2° transitorio artículo anterior, según la cual se presume la titularidad del derecho de aprovechamiento a favor de quien esté haciendo uso efectivo del agua.
- El artículo 64 en relación al artículo 3° transitorio de la Ley Indígena disponen una protección especial a favor de las aguas de propiedad ancestral que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas aimaras y atacameñas.
- Para efectos de qué es lo que se entiende por ‘terrenos’ de las comunidades aimaras y atacameñas, los artículos 13 y 14 del Convenio 169 utilizan un concepto amplio de tierras indígenas al entender estas como ‘territorio’ e incluir como parte de ellas la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados

ocupan o utilizan de alguna otra manera, las tierras de ‘ocupación tradicional’, y las tierras que no están exclusivamente ocupadas por los indígenas, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

c. Las aguas indígenas en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia judicial en relación a las aguas, los pueblos indígenas y su relación con las disposiciones del Convenio.

Derechos de aprovechamiento de aguas y consulta indígena

No procede la consulta indígena respecto a la extracción de aguas en el río Huelleshue si no se acredita la susceptibilidad de afectación directa. Los derechos de aprovechamiento de aguas de que se trata fueron constituidos legalmente; no hay declaración de agotamiento del río Huelleshue; los recurrentes no se opusieron durante el procedimiento de constitución de los derechos; la extracción de agua es para abastecer a comunidades indígenas, a una de las cuales pertenecen varios de los recurrentes; no se acreditó que la extracción les cause afectación directa.

Corte Suprema, 20 de mayo de 2020, “Orietta Llauca y otros con Ilustre Municipalidad de Río Negro”, rol N° 13750-2019, considerando 6°: “Que, en este contexto, no se advierte ilegalidad en el actuar del municipio recurrido, ni tampoco ausencia de razonabilidad desde que, por una parte, no existe declaración de agotamiento del caudal del río Huelleshue ni tampoco denuncias que involucren todo o parte del mismo ante dicha repartición y, por otra, conforme señaló dicha Corporación, los derechos referidos se constituyeron a fin de favorecer a los habitantes de una serie de sectores (Río Blanco, Millantué, Putrihue, Cheuquemo y El Bolsón), presentando esta última situación de escasez hídrica, de todo lo cual se sigue que no se encuentran acreditados, para los efectos de la presente acción cautelar, los supuestos que habrían hecho necesaria la consulta indígena prevista en el artículo 7 del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que

No procede la consulta indígena respecto a la extracción de aguas en el río Huelleshue si no se acredita la susceptibilidad de afectación directa.

Procede la consulta indígena respecto al otorgamiento de un permiso para explorar aguas subterráneas si el área solicitada se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en Área de Desarrollo Indígena.

aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, toda vez que, en las referidas circunstancias, no resulta posible establecer, para los efectos de la presente acción, que la extracción y uso de agua que se le reprocha a la Corporación recurrida produzca una real y directa afectación a las personas indicadas en el recurso". (Caso extracción aguas río Huelleshue y consulta indígena).

Procede la consulta indígena respecto al otorgamiento de un permiso para explorar aguas subterráneas si el área solicitada se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en Área de Desarrollo Indígena. El mecanismo de consulta indígena se justifica plenamente en este caso si se tiene en cuenta que el área solicitada para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N° 19.253. Dadas esas condiciones, resulta obvio que el proyecto para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos que implican alteraciones en el lugar con el propósito final de constituir derechos de aprovechamiento de aguas.

– Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de octubre de 2020, "Comunidad Indígena Atacameña de Peine vs. Dirección General de Aguas", rol N° 05-2020 (Cont. Adm.), considerandos 6° y 7°: "SEXTO: Que conforme con lo que se ha razonado hasta ahora, la Resolución Exenta N° 016 de 28 de enero de 2020, de la Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, por la cual se autorizó a CMZ realizar trabajos de exploración de aguas subterráneas, ha sido dictada de manera ilegal, sin sujeción a la normativa que informa la materia, al no considerar el procedimiento de consulta indígena que consagra el artículo 6 N° 1, letra a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República. En efecto, no resulta atendible lo señalado

por la reclamada en cuanto a que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M.O.P. N° 203 de 2013. Ello no es así, toda vez que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6 del Convenio 169, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual entró en vigor en Chile el 27 de enero de 1980, introdujo un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni la deficiencia o carencia de ellas, para justificar el incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho internacional, y más en este caso, cuando se trata de tratados referidos a Derechos Humanos.

“SÉPTIMO: Que el mecanismo de consulta indígena se justifica además, plenamente en el caso de autos, si se tiene en cuenta que, como consta del informe técnico y lo señalado por la propia Dirección de Aguas, de acuerdo al informe Ord. N° 0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el área solicitada por CMZ para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N° 19.253 de 5 de octubre de 1993. En esas condiciones, resulta obvio que el proyecto de la CMZ para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena por la cual se reclama, pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos de exploración, lo que

significa perforaciones y alteraciones del lugar, que tienen como propósito final la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas. De esta manera, carece de asidero lo planteado por la Dirección General de Aguas, al señalar que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas no ha sido desconocida por el Servicio, tomando en cuenta que la solicitud de que se trata persigue obtener autorización para explorar el recurso hídrico y no para explotarlo, toda vez que obviamente, las labores de exploración tienen por finalidad la obtención de recursos hídricos.” Recurso de casación en el fondo pendiente ante la Corte Suprema (caso Comunidad Indígena Atacameña de Peine y DGA).

5.6 Normativa sectorial sobre patrimonio cultural indígena

Un tema de gran relevancia es el del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Así lo entiende el Convenio, que contiene varias disposiciones que se refieren indirectamente al tema.

Convenio	Artículo 1° 1. El presente Convenio se aplica: b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
	Artículo 2 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
	Artículo 4 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
	Artículo 5° Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.
	Artículo 10 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Como se puede apreciar, si bien el Convenio no utiliza la expresión ‘patrimonio cultural’, contiene varias disposiciones que se refieren a las ‘instituciones culturales’, ‘derechos culturales’, ‘identidad cultural’, ‘culturas’, ‘prácticas culturales’ o ‘características culturales’, entre otras expresiones similares.

En todos estos casos, el espíritu y el tenor literal del Convenio apunta al deber de los gobiernos de promover la plena efectividad de los derechos culturales de los pueblos indígenas, salvaguardar sus culturas o reconocer y proteger sus prácticas culturales, todo lo cual tiene directa relación con la normativa sectorial sobre patrimonio cultural indígena que se explica a continuación.

5.6.1 Normativa sectorial doméstica

Como se sabe, la Ley N° 17.288 de 1970 que legisla sobre monumentos nacionales no contiene referencias expresas al patrimonio cultural indígena. Su única referencia a elementos propios del patrimonio cultural de los pueblos indígenas está en su artículo 1°, que establece que “son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado (...) **los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes (...)**”

Por su parte, la Ley N° 19.253 contiene dos disposiciones que se refieren expresamente al patrimonio cultural indígena, tal como se muestra en el cuadro a continuación.

Ley N° 19.253	
<p>Artículo 28</p> <p>El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará (...)</p> <p>f) la promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.</p>	<p>Artículo 29</p> <p>Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Venta, exportación o enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile. b) Salida de piezas, documentos y objetos de valor históricos para su exhibición en el extranjero. c) Excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos (Ley N° 17.288). d) Sustitución de topónimos indígenas.

La legislación ambiental también considera el patrimonio cultural indígena como una categoría relevante, tal como queda en evidencia en el siguiente cuadro:

Ley N° 19.300	Decreto Supremo N° 40/2012
<p>Artículo 11</p> <p>Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, yf) <u>Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.</u> <p>Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.</p>	<p>Artículo 10</p> <p>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 pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:</p> <ul style="list-style-type: none">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, <u>pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.</u>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.

Es importante tener presente que la normativa sectorial que hemos citado, si bien no excluye expresamente el patrimonio cultural inmaterial¹⁴¹, se refiere principalmente a elementos que tienen relación con el componente material del patrimonio cultural, especialmente en su dimensión monumental. Por lo mismo, se ha detectado la necesidad de introducir modificaciones a la normativa sectorial precisamente para incluir explícitamente el patrimonio cultural inmaterial como un objeto de protección.¹⁴²

5.6.2 El patrimonio cultural indígena en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios

A continuación se revisan los principales criterios desarrollados por la jurisprudencia judicial en relación al patrimonio cultural indígena y las disposiciones del Convenio.

Qué se entiende por patrimonio cultural

Existe susceptibilidad de afectación directa por 'antagonismo cultural'. Revoca actos municipales que autorizan comodato para construcción de medialuna en un predio vecino a comunidades indígenas y ordena realizar consulta previa a aquellas. La finalidad del Convenio es dar lugar a un proceso de consulta con la finalidad de alcanzar un acuerdo con las comunidades afectadas, de modo de facilitar la integración pacífica de tradiciones culturales diversas. La vecindad con comunidades indígenas es suficiente para estimar que la medida puede

141 Según el artículo 2 N° 1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, "se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

142 Actualmente se discute en el Congreso Nacional un proyecto de ley presentado por el ejecutivo que busca modificar la Ley N° 17.288 y otros cuerpos legales "con el objeto de modernizar su institucionalidad, actualizar sus categorías y otorgar una protección efectiva al Patrimonio Cultural en Chile mediante su identificación, conservación, puesta en valor, gestión y promoción" (Boletín N° 12.712-24). Esta iniciativa considera una definición de patrimonio cultural que incluye 'bienes inmateriales' que busca ser consistente con lo establecido en la normativa internacional.

tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche.

- Corte Suprema, 4 de abril de 2016, rol N° 36728-2015, considerando 6° y 8°: “Sexto: Que el emplazamiento de la media luna tiene por objeto la difusión de costumbres y la realización de un rodeo anual. Estas no son costumbres indígenas. Esto no significa que ellas no puedan manifestarse, pero una finalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como del Reglamento, es precisamente dar lugar a un proceso de consulta con la finalidad de alcanzar un acuerdo con las comunidades afectadas (artículo 2 del Reglamento). Este acuerdo, que no se traduce sin embargo en un derecho a veto (artículo 3 del Reglamento), tiene por objeto facilitar la integración pacífica de tradiciones culturales diversas. Así se evita que la cultura dominante se imponga sin siquiera considerar los intereses culturales afectados. (...) Octavo: Que, sin embargo, el hecho de que el predio en que se emplazaría la media luna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche” (caso Medialuna Padre Las Casas).

Cualquier medida administrativa que pueda afectar las prácticas culturales indígenas y lugares arqueológicos debería someterse a consulta indígena. La DGAC debió someter a consulta indígena el otorgamiento de certificados de operación aérea. Autorización de sobrevuelo es un acto no reglado y permite un ‘margen de discrecionalidad’. Cualquier medida administrativa que pueda afectar las prácticas culturales indígenas y lugares arqueológicos debería someterse a consulta indígena.

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de julio de 2017, “Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños vs. Dirección General de Aeronáutica Civil y otros”, rol N° 1356-2017, considerando 16°: “Que asentado todo lo anterior cabe concluir

que cualquier medida administrativa que pueda afectar directa y específicamente el ejercicio de las tradiciones indígenas, de las costumbres ancestrales indígenas; de las prácticas religiosas indígenas; de las prácticas culturales indígenas, de prácticas espirituales indígenas y la relación de los pueblos indígenas con sus tierras indígenas, que se prevea adoptar en relación a los habitantes de San Pedro de Atacama provocaría una afectación directa y específica a su población atacameña, dada la conformación de las tierras que se desprende de lo expuesto precedentemente y que ocupa el pueblo mismo y sus alrededores, en los cuales esta etnia vive según sus tradiciones, pastoreo y agricultura, desarrollando su cultura y su cosmovisión, con gran cantidad de lugares arqueológicos que dada su antigüedad son susceptibles de deterioro por acción de la naturaleza y, obviamente del ser humano, por lo que correspondería que el Estado realice los estudios antropológicos necesarios para determinar si esta consulta es necesaria, o no, cuestión previa a cualquier consulta, aunque, prima facie parecería como necesaria". Confirmado por la Corte Suprema, 23 de octubre de 2017, rol N° 35629-2017 (caso Globos Aerostáticos San Pedro de Atacama).

- **Deber de protección del patrimonio arqueológico de interés de una comunidad indígena amerita suspender actividades militares que lo amenazan:** Debe suspenderse el desarrollo de las actividades para las cuales ha sido destinado el inmueble fiscal en tanto se determinen, adopten e implementen todas las medidas que resulten necesarias para la eficaz protección de los restos arqueológicos hallados y aquellos que puedan hallarse al interior del inmueble en cuestión.
- Corte Suprema, 9 de julio de 2018, rol N° 8134-2018, considerandos 6° y 8°: "**Sexto:** Que, no obstante lo anterior, el contenido del informe mencionado en el motivo anterior deja en evidencia que la ejecución del acto cuestionado conlleva el inminente acaecimiento de consecuencias contrarias a Derecho. En efecto, conforme al estudio arqueológico referido, la Pampa Campanani se encuentra en el límite sur del curso medio del valle de Lluta, y en su interior fue hallado un alerón con ocupación humana asociables a cazadores y pastores, caminos troperos que forman parte de una ruta de tráfico regional prehispánico y poshispánico, y ruinas

de un campamento minero que estuvo en funcionamiento en tiempos poshispánicos. Acto seguido, el Consejo de Monumentos Nacionales afirma que “mientras más se recorra e inspeccione este territorio nuevas evidencias arqueológicas se irán registrando”. (...) **Octavo:** Que, de esta manera, de permitirse el desarrollo de las actividades para las cuales ha sido destinado el inmueble en cuestión -en la especie, el entrenamiento de personal de Ejército en artillería y mortero- se infringiría el deber de protección que, como se ha dicho, es exigible respecto del Estado y sus órganos por expreso mandato de la Ley, por lo que tal desenlace debe ser evitado, circunstancia que amerita la adopción de la medida de resguardo que se dirá en lo resolutivo. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de diecisiete de abril de dos mil dieciocho, y en su lugar se declara que **se acoge**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Aymara Chucuruma en contra del Ministerio de Bienes Nacionales y del Ministerio de Defensa Nacional, solo en cuanto se ordena la suspensión de los efectos del Decreto Exento N° 215 de 5 de julio de 2017 del Ministerio de Bienes Nacionales, en tanto se determinen, adopten e implementen todas las medidas que resulten necesarias para la eficaz protección de los restos arqueológicos hallados y aquellos que puedan hallarse al interior del inmueble fiscal objeto del acto” (caso Comunidad Indígena Aymara Chucuruma y patrimonio arqueológico).

Municipalidad está facultada para autorizar el izamiento de una bandera, emblema o escudo indígena

Municipalidad de Villarrica se encuentra facultada para autorizar el izamiento de la bandera, emblema o escudo del pueblo mapuche junto a la bandera nacional, en las reparticiones municipales de su dependencia, en el entendido que el uso de esos símbolos cumpla la exigencia de satisfacer una expresión cultural, educativa o artística de la referida etnia. Invoca -entre otras disposiciones- el artículo 5° letra a) del Convenio que establece que al aplicar sus disposiciones

deberán “reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

Dictamen N° 22.247 de Contraloría General de la República,
28 de abril del 2010.

5.7 Salud y educación

5.7.1 Salud y autodeterminación

Sin perjuicio de que los pueblos indígenas gozan, como la generalidad de la población, de todos los derechos sociales vinculadas a la protección de la salud que les pueda garantizar la Constitución, el Convenio ha tenido especial atención en resguardar la conexión que existe entre la autodeterminación e ir a la construcción de un sistema sanitario que se ajuste a sus peculiaridades culturales. Por eso, el artículo 25 señala:

“1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”.

De lo anterior resulta el derecho a una salud adecuada, a sistemas comunitarios de atención sanitaria¹⁴³, que incluyen el control o al menos la participación en su diseño, con acceso laboral protegido, con reconocimiento de la medicina tradicional y con niveles adecuados de coordinación. La *Guía del Convenio* lista una serie de “consecuencias operativas” de estos derechos:

- “El desarrollo de mecanismos para la participación en los niveles de toma de decisiones (programas y políticas de salud y seguridad social);
- La asignación de recursos específicos a fin de superar las amplias disparidades que existen entre los pueblos indígenas y otros grupos de la población;
- El enfoque en el desarrollo de competencias; la capacitación de los trabajadores indígenas de la salud y el fortalecimiento de las instituciones indígenas para garantizar las propias instituciones de salud locales y los enfoques culturalmente adecuados de los servicios de salud y seguridad social;
- El reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre los conocimientos y las medicinas tradicionales;
- La recopilación regular y sistemática de información desglosada de calidad para controlar la situación de los pueblos indígenas y el efecto de las políticas y los programas;
- La formulación de una agenda de investigación en la que se identifiquen las prioridades, por ejemplo, las prácticas y los sistemas curativos tradicionales, la salud mental, el consumo de drogas, las conexiones entre la pérdida de las tierras y la mala salud, el efecto de las macropolíticas en la salud;

143 La Contraloría General de la República ha dictaminado que estos centros comunitarios se deben seguir a las mismas reglas que los otros centros desarrollados por la sociedad civil, Dictamen N° 27.983 del 14 de mayo de 2012.

- El desarrollo de enfoques específicos para tratar a las mujeres y los niños indígenas, ya que en muchos casos están seriamente afectados por un mal estado de salud”.¹⁴⁴

La Corte IDH ha reconocido, en su jurisprudencia reciente, que la convención americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al derecho al agua en estrecha conexión con el derecho a la salud y con el derecho a la identidad cultural.¹⁴⁵

El derecho a la salud de los pueblos indígenas según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

“Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas, el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comi-

144 Organización Internacional del Trabajo (2009); p. 148.

145 Corte IDH, caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas).

té observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre a salud de esas poblaciones”, Observación General N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel.

En el ámbito nacional, la Ley N° 20.584 de 2012, sobre derechos y deberes del paciente, reconoce expresamente el derecho a una atención de salud con pertinencia intercultural:

“Artículo 7º: En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”.

El DS N° 136 (D. Oficial de 21 de abril de 2005) expresamente establece que “es función del Ministerio de Salud formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto

cultural” (art. 21). En particular, existe la Resolución Exenta N° 261, de 28 de abril de 1996, que aprueba la Norma General Administrativa N° 16 sobre interculturalidad en los servicios de salud. Esta última Resolución sigue a los programas de salud que en la década de los 90 inauguraron en Chile los programas de salud para pueblos indígenas.¹⁴⁶

La Contraloría General de la República ha requerido el cumplimiento del derecho de consulta tratándose de normas relativas al ejercicio del derecho a la salud. Tal fue el caso del reparo que hizo al Reglamento sobre el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas a recibir una atención de salud con pertenencia cultural como el cual no había sido consultado conforme con el convenio razón por la cual De hecho institución procedió a representarlo¹⁴⁷. En la misma línea ha considerado ajustado a derecho la participación de un representante de las comunidades en los procedimientos de selección de personal de los hospitales interculturales.¹⁴⁸

5.72 Educación

El Convenio es especialmente exhaustivo en materia educacional, lo que no debería llamar la atención dado que, por una parte, la educación es el principal transmisor de la cultura e identidad que dicho tratado pretende proteger y que, por otra, que la educación es el principal instrumento de participación –plena y con igualdad– en la vida comunitaria y nacional. Adicionalmente, preocupa al Convenio la educación de la población no indígena, que debe ser capaz de transmitir los conocimientos que pudieren “eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos” (art. 31).

La protección de la educación indígena comprende, de acuerdo con el Convenio:

- a. El acceso a una educación “por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional” (art. 26).

146 Véase Manríquez-Hizaut, Lagos-Fernández, Rebolledo-Sanhueza y Figueroa Huencho (2018).

147 Dictamen N° 6.830 de 9 de marzo de 2018.

148 Dictamen N° 31.829 de 12 de diciembre de 2019.

- b. El aseguramiento porque “los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados” (art. 31)
- c. La “formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas” (art. 27.2).
- d. El derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos (art. 27.2).
- e. La enseñanza a los niños de la lectura y escritura “en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan” (art. 28.1), junto con el dominio de la lengua nacional (art. 28.2). La obligatoriedad de la enseñanza de lengua indígena ha sido reprochada por la Contraloría general de la República, que aplicando la normativa administrativa respecto de establecimientos educacionales con alta densidad de población indígena ha exigido la oferta del llamado sector de lengua indígena en calidad de lengua optativa.¹⁴⁹

La capacidad de ajustar el sistema educativo a las características culturales de los pueblos indígenas corresponde a aquellos que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha llamado como “adaptabilidad” de la educación. Para este Comité “La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”.¹⁵⁰

El Comité añade:

“Los Estados tienen las obligaciones de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las ‘características fundamentales’ (disponi-

149 Dictamen Nº 47.824 de 27 de junio de 2014.

150 Observación General Nº 13, *El derecho a la educación* (1999), párr. 6.

bilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) del derecho a la educación. Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad de la educación, velando porque terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional”.¹⁵¹

La Ley N° 20.370, o Ley General de Educación, establece en su artículo 3° que “el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios: (...) 1) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia”. Asimismo, en el caso de establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas se considerará, además, como objetivo general:

- a. “que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permiten comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena reconociendo su historia y conocimientos de origen” (art. 28);

151 Observación General N° 13, *El derecho a la educación* (1999), párr. 50.

- b. “que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permitan comprender diversos tipos de textos orales y escritos, y expresarse en forma oral en su lengua indígena”. (art. 29); y
- c. “que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permitan mantener su dominio de la lengua indígena y el conocimiento de la historia y la cultura de su pueblo” (art. 30).

A partir de estas líneas generales y de los mandatos que en materia educacional añade la Ley N° 19.253, se articula un sistema educacional intercultural que, al igual que la salud intercultural, requiere preceptivamente de espacios de participación y consulta indígena.¹⁵² Este sistema, hasta la fecha, no ha generado litigios relevantes como ha sucedido en otras áreas estudiadas en este texto.¹⁵³

152 Véanse especialmente los artículos 28, 32 y 33.

153 A la fecha en que se terminó de escribir este texto, había ingresado a la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección presentado por organizaciones indígenas en contra de las modificaciones al decreto que estableció las bases curriculares de la asignatura de lengua y cultura de los pueblos originales ancestrales para los cursos de primero a sexto año básico. Básicamente, se denuncia la omisión del deber de consulta (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2792-2021).



Bibliografía

Bibliografía

1. **AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y YÁÑEZ, Nancy (2013):** *Los pueblos indígenas y el Derecho* (Santiago: LOM)
2. **BARRIENTOS, Ignacio (2009):** "Licitud del porte y so de la hoja de coca: un caso de aplicación judicial del Derecho internacional de los derechos humanos y de la declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas", en Álvarez, N., Oliva, D. y Zúñiga, N. (Eds.). *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas* (Madrid: Catarata), pp. 297-324.
3. **BERMÚDEZ, Jorge (2014):** *Fundamentos de Derecho ambiental* (Valparaíso: EUV), p. 262
4. **COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1993):** "Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victim of gross violations of human rights and fundamental freedoms", E/CN.Sub.2/1993, 8 de julio de 1993,
5. **COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2009):** "Observación General, publicación 2009, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)", Organización Internacional del Trabajo.
6. **COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2011):** "Observación General, publicación 2011, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)", Organización Internacional del Trabajo.
7. **COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2014):** "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III (1A)", Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión.
8. **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010):** "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Documento 56/09.
9. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de noviembre de 2019, *Sandon vs. SEA Región de Antofagasta*, Rol Nº 3106-2019, confirmada Corte Suprema Rol Nº 36416 2019, 14 de mayo de 2020.
10. **DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2018):** *Guía básica para la defensa de imputados*, pp. 51 y ss.
11. **DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián (2014):** "Tierras: un escrutinio al 'núcleo inviolable' de la identidad indígena", *Revista Derecho Público Iberoamericano* Universidad del Desarrollo, Año II, Nº 4, pp. 15-63.
12. **GOBIERNO DE CHILE (2010):** "Memoria Presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008".
13. **JARA, Álvaro (1956):** *Legislación indigenista de Chile* (México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano).
14. **LENZERINI, Federico (2008):** "Reparations for Indigenous Peoples in International Law and Comparative Law: An Introduction", en Lenzerini, Federico (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples* (Oxford: Oxford University Press), pp. 16-18.
15. **MOREIRA, Antonio (2013):** "Supra-Legality of International Human Rights Treaties and Constitutional Interpretation", *SUR International Journal on Human Rights* 18, 205-223.
16. **NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2014):** "La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial", *Anuario de Derecho Público* Universidad Diego Portales, pp. 317-338.
17. **NÚÑEZ, Manuel (2015):** "Estándares de cautela, consulta indígena y fundamentación en los procesos de evaluación de impacto ambiental. Comentarios al fallo Morro (IV)", en FERNANDOIS, A. y GARCÍA, J. (Eds.), *Sentencias Destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Libertad y Desarrollo, Santiago), pp. 19-36.
18. **OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011):** "Presentación realizada de la Directora de Normas, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, en Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado sobre la forma en la cual en Congreso Nacional debe dar cumplimiento al mecanismo de consulta y participación de los Pueblos Indígenas, en virtud de los artículos 6 y 7 del C 169, Valparaíso, 21.12.2010".

19. **OIT (2009):** *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo).
20. **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1956a):** Conferencia Internacional del Trabajo, Informe VI (1), *Protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países*, 40ª reunión, Ginebra, 1956, p. 13.
21. **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1956b):** Conferencia Internacional del Trabajo Informe VIII (2), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, 39ª reunión, Ginebra, 1956, pp. 16-17.
22. **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003):** *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo).
23. **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013):** "Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT", Programa para Promover el Convenio 169 (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
24. **PERROTTI, Alejandro (2004):** *Habilitación constitucional para la integración comunitaria* (Montevideo: U. Austral-Konrad Adenauer Stiftung, 2004).
25. **RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2008):** Promoción y protección de todos los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido en derecho al desarrollo H/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008
26. **RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2013):** Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013,
27. **RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009):** "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo", A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009
28. **ROMERO, ALEJANDRO (2012):** "La adecuación del procedimiento en materia de Derecho indígena", *Revista Chilena de Derecho* 39/3, pp. 819-828.
29. **SWEPSTON, LEE (1990):** "A New Step in International Law on Indigenous Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989", *Oklahoma City University Law Review* 15, p. 677-714
30. **TOBIN, JOHN (2010):** "Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation", *Harvard Human Rights Journal* 23, pp. 1-50.
31. **VALENZUELA, MYLENE Y OLIVA, SERGIO (2018):** *Recopilación de legislación indígena (1813-2017)* (Santiago: Librotecnia).
32. **VILLEGAS, MYRNA Y MELLA-SEGUEL, EDUARDO (2017):** *Cuando la costumbre se vuelve ley* (Santiago: LOM).
33. **MANRÍQUEZ-HIZAUT, Mónica, LAGOS-FERNÁNDEZ, Cristián, REBOLLEDO-SANHUEZA, Jame y FIGUEROA HUENCHO, Verónica (2018):** "Salud intercultural en Chile: desarrollo histórico y desafíos actuales", *Revista Salud Pública* 20/6, pp. 759-763.

