



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

**El Derecho de propiedad indígena. Análisis comparado de la
legislación e institucionalidad nacional y estándares en Tratados
Internacionales de Derechos Humanos.**

Autores: Francisco José Alberto Villanueva Gajardo,
Daniel Gonzalo Morales Castillo.

Profesora guía: Pilar Arellano Gómez.

Santiago de Chile, 2017.

DEDICATORIA

A nuestras familias, por su apoyo incondicional.

Sin su amor y empatía, esto no sería posible.

A los pueblos originarios,

Por su incansable lucha,

La que no cesará, hasta que la dignidad se haga costumbre.

ÍNDICE.

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 9 |
| INTRODUCCIÓN..... | 10 |
| CAPÍTULO I: OBLIGACIÓN PARA EL ESTADO DE CHILE DE APLICAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y FUERZA NORMATIVA CON QUE ESTOS SE INCORPORAN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO | |
| <i>1. Artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.....</i> | |
| 1.1 Cuestiones Previas..... | 14 |
| 1.2 Teorías que explican la Relación entre derecho internacional y derecho interno..... | 19 |
| 1.3 Hacia una caracterización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la importancia de su definición..... | 24 |
| 1.4 Fuerza normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos..... | 28 |
| 1.4.1. Un concepto sobre el Bloque de Constitucionalidad..... | 28 |
| 1.4.2. Aplicación de la Corte Suprema..... | 30 |
| 1.4.3. Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional..... | 33 |
| <i>2. Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sobre la reforma constitucional de 2005.....</i> | |
| 2.1. Importancia de definir el rango normativo de los tratados internacionales..... | 38 |
| 2.2. Texto Constitucional y reforma de 1989..... | 38 |

| | |
|--|----|
| 2.3. Reforma de 2005, inclusión del nuevo artículo 54 y atribuciones del Tribunal Constitucional en artículo 93..... | 41 |
| 2.4. Debate doctrinario en torno a la jerarquía de los tratados internacionales..... | 41 |
| 2.5. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... | 45 |
| 2.6. Nuestra opinión..... | 48 |

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA.

| | |
|--|-----------|
| 1. <i>El concepto del derecho de propiedad para los pueblos indígenas y aproximación histórica</i>..... | 52 |
| 1.1. Importancia de la tierra, el territorio y los recursos naturales..... | 52 |
| 1.2. Fuentes legales históricas hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.253..... | 55 |
| | |
| 2. <i>Regulación normativa del Derecho de Propiedad</i>..... | 63 |
| 2.1. El derecho de propiedad en el derecho chileno..... | 64 |
| 2.1.1 Constitución Política de la República y Código Civil..... | 64 |
| 2.1.2 Ley Indígena N° 19.253..... | 68 |
| 2.1.2.1. Antecedentes que fundaron la Ley 19.253..... | 68 |
| 2.1.2.2. Contenidos Principales de la Ley 19.253..... | 70 |
| 2.1.2.2.1. Principios Generales..... | 70 |
| 2.1.2.2.2. Tratamiento de la tierra, aguas y territorio indígenas..... | 71 |
| 2.1.3. Decreto Supremo N° 66..... | 76 |
| 2.1.4. Decreto Supremo N° 40..... | 81 |
| | |
| 2.2. El derecho de propiedad indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho comparado..... | 85 |
| 2.2.1. Tratados Internacionales..... | 85 |
| 2.2.1.1 Convenio N° 169 OIT..... | 91 |

| | | |
|----------------|--|------------|
| 2.2.1.1.1. | Antecedentes del Convenio..... | 91 |
| 2.2.1.1.2. | Principales aspectos de interés contenidos en el Convenio..... | 96 |
| 2.2.1.1.2.1. | Persona indígena. Tratamiento en el Convenio..... | 96 |
| 2.2.1.1.2.2. | Tratamiento de la tierra, aguas y territorio indígenas..... | 99 |
| 2.2.1.1.2.3. | Tratamiento en el Convenio de los recursos naturales..... | 104 |
| 2.2.1.1.2.4. | Derecho de participación de comunidades indígenas: consulta. Tratamiento en el Convenio..... | 107 |
| 2.2.1.1.2.4.1. | Las distintas modalidades del derecho de participación contempladas en el Convenio 169..... | 108 |
| 2.2.1.1.2.4.2. | Características de la participación ciudadana en el Convenio 169..... | 111 |
| 2.2.1.2. | Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas..... | 120 |
| 3. | <i>Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> | 123 |
| 3.1 | Sentencias y pronunciamientos relevantes..... | 123 |
| 3.2 | La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana y el control de convencionalidad..... | 131 |
| 4. | <i>Derecho Comparado</i> | 136 |
| 4.1 | Estado de Canadá..... | 137 |
| 4.2 | Nueva Zelanda..... | 141 |
| 4.3 | América Latina..... | 143 |
| 4.3.1 | Avance constitucional..... | 143 |
| 4.3.2 | Derechos colectivos de propiedad..... | 145 |
| 4.3.3 | Caso específico del Estado Plurinacional de Bolivia..... | 146 |
| 4.3.3.1. | Derechos políticos..... | 148 |
| 4.3.3.2. | Derecho a la libre determinación..... | 148 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 4.3.3.3. | Derecho a la tierra, territorio y recursos naturales..... | 149 |
| 4.4. | Algunos aspectos comunes..... | 150 |
| 5. | <i>Hacia una disociación entre ambos estándares; ¿Satisface el Estado de Chile los parámetros internacionales sobre la normativa indígena?</i> | 151 |
| 5.1. | Reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos..... | 152 |
| 5.2. | Derecho a ser consultados..... | 156 |
| 5.3. | Concepción de la tierra, el territorio y los recursos naturales..... | 161 |

CAPÍTULO III: PODER EJECUTIVO E INSTITUCIONALIDAD

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | <i>El Poder Ejecutivo y la relación con los Pueblos Indígenas. Estrategias de acercamiento y reconocimiento</i> | 168 |
| 1.1. | Acuerdos de Nueva Imperial, la Democracia y el “Nuevo Trato”..... | 169 |
| 1.2. | Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato..... | 175 |
| 2. | <i>Análisis de las principales Instituciones vigentes</i> | 178 |
| 2.1. | Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)..... | 178 |
| 2.2. | Áreas de Desarrollo Indígena..... | 185 |
| 2.3. | Espacio Costero Marino de los Pueblos Indígenas (ECMPO)..... | 188 |
| 3. | <i>Proyectos de Ley y reforma constitucional sobre el reconocimiento de los Pueblos Indígenas, hacia una Política Nacional Indígena</i> | 190 |
| 3.1. | Boletín N° 6018-06 que crea la Subsecretaría de Asuntos Indígenas..... | 190 |
| 3.2. | Boletín N° 6726-06 que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas..... | 192 |
| 3.3. | Boletín 6743-06 que crea el Consejo de Pueblos Indígenas..... | 194 |
| 3.4. | Boletín N° 10.526-06 que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas..... | 196 |

| | | |
|------|---|-----|
| 3.5. | Reforma Constitucional de reconocimiento a los Pueblos Indígenas..... | 199 |
|------|---|-----|

CAPITULO IV: COMPILACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

| | | |
|-----------|---|------------|
| 1. | <i>Compilación Jurisprudencial</i> | 203 |
| 1.1. | Caso Manantiales Menokos..... | 203 |
| 1.2. | Caso Piscicultura Palguín..... | 208 |
| 1.3. | Caso Cerro Colo Colo..... | 211 |
| 1.4. | Caso Pepiukelen..... | 214 |
| 1.5. | Caso Ducto Celco..... | 218 |
| 1.6. | Caso Mini Central Cayucupil..... | 224 |
| 1.7. | Caso Aeropuerto Quepe..... | 229 |
| 1.8. | Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama..... | 234 |
| 1.9. | Caso Megaproyecto Parque Eólico Chiloé..... | 238 |
| 1.10. | Caso Sondaje Prospección Paguanta..... | 242 |
| 1.11. | Caso Consejo de Pueblos Atacameños..... | 246 |
| 1.12. | Caso Línea de Transmisión Melipeuco – Freire..... | 251 |
| 1.13. | Caso Kintuantú..... | 256 |
| 1.14. | Caso Huascoaltinos El Morro..... | 261 |
| 1.15. | Caso Manganeso Los Pumas..... | 268 |
| 1.16. | Caso Central de Pasada Huenteleufú..... | 274 |
| 1.17. | Caso Neltume..... | 278 |
| 1.18. | Caso medialuna Padre Las Casas..... | 281 |
| 2. | <i>Análisis jurisprudencial</i> | 285 |
| 2.1. | Introducción..... | 285 |
| 2.2. | Análisis de las garantías constitucionales entendidas vulneradas por nuestra jurisprudencia nacional..... | 286 |
| 2.2.1. | Artículo 19 N° 1 Derecho a la vida..... | 286 |
| 2.2.2. | Artículo 19 N° 2 Igualdad ante la ley..... | 287 |
| 2.2.3. | Artículo 19 N° 6: Libertad de Culto..... | 289 |

| | |
|---|------------|
| 2.2.4. Artículo 19 N° 8: Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación..... | 290 |
| 2.2.5. Artículo 19 N° 24: Derecho de Propiedad..... | 293 |
| 2.2.6. La aplicación de la consulta previa en la jurisprudencia nacional..... | 295 |
| CONCLUSIONES..... | 301 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 305 |

RESUMEN

La tesis tiene por objeto llevar a cabo un análisis detallado del tratamiento de la normativa nacional e internacional a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, identificando la diferencia conceptual en que esta problemática es abordada por ambos sistemas normativos. Para estos efectos, se propone analizar la relación existente entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional, para luego estudiar las normas relativas a la temática indígena, preferentemente en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como a nivel interno, específicamente en la Ley 19.253. De igual manera, se comparan los niveles de reconocimiento, protección y promoción en ambos sistemas jurídicos, como también la concepción del territorio que uno u otro sistema ha adoptado, principalmente en lo que respecta a la dimensión colectiva y ancestral que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales. De igual forma, con el efecto de adoptar una posición uniforme sobre la forma en que el Estado de Chile ha tratado el tema, serán estudiadas las principales instituciones vigentes sobre política indígena en el país, tales como la Corporación Nacional Indígena o las Áreas de Desarrollo Indígena, así como los principales proyectos de Ley en actual tramitación que pretenden reformar esta institucionalidad. Finalmente, se hará estudio minucioso de los principales hitos jurisprudenciales en torno al tema, para así formar una opinión crítica respecto de la posición que han adoptado nuestros tribunales superiores de justicia.

INTRODUCCIÓN

La tierra que habitamos constituye una unidad jurídica y política construida desde el Siglo XIX sobre la base del mestizaje producido por la colonización europea y la presencia numerosos pueblos originarios dispersados a lo largo del territorio, que lo habitaban desde tiempos inmemoriales. Hoy, la presencia de estos pueblos originarios, aunque disminuidos en número y variedad, sigue siendo importante, ya que su contribución al desarrollo de la sociedad chilena ha sido fundamental.

Sin embargo, la relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile no ha sido pacífica, sino que por el contrario, se ha construido sobre la base de la anulación y asimilación a la sociedad moderna de estos pueblos por parte del Estado como máxima organización social del territorio. Es importante advertir que cuando nos referimos a esta relación, hacemos referencia a la conjugación de las tradiciones y cultura de ellos inmersos en un marco jurídico e institucional que no solo se torna ajeno a ellos, sino que constituye en la mayoría de los casos, la principal amenaza para la aplicación de sus propias tradiciones y costumbres que históricamente los han determinado como pueblos autóctonos.

En este sentido, el asunto indígena resulta una temática que ha cobrado una notoria relevancia en la comunidad internacional y en específico en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto sistema de protección y promoción de los derechos de los pueblos originarios. Con experiencias disímiles, se ha logrado crear un criterio uniforme en cuanto al respeto de los derechos y tradiciones de los pueblos indígenas y su protección como forma de no interferencia de los Estados. En este aspecto ha sido en gran manera importante la contribución que han realizado organismos internacionales tales como la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio N° 169 que sigue siendo el instrumento de mayor relevancia en el tema. De igual manera la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas ha sentado un estándar de reconocimiento y garantía acorde con la importancia que la temática merece. Si

bien este no es un instrumento jurídicamente vinculante, ha servido para generar una base interpretativa a otros instrumentos que sí tiene fuerza vinculante en el Derecho Interno.

Igualmente la contribución que ha realizado a nivel regional la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una línea jurisprudencial armónica, utilizando para ello incluso tratados internacionales que no se refieran específicamente a la temática indígena, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

En el presente trabajo nos proponemos como objetivo principal el estudio de la normativa nacional e internacional actualmente vigente en cuanto a la temática indígena, especialmente respecto del derecho de propiedad indígena. Para ello haremos un análisis detallado de los principales cuerpos normativos en uno u otro sistema jurídico, advirtiendo para ello la diferencia en los estándares de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente enfocados en la apropiación que han hecho las normas en comento respecto de las propias tradiciones de los pueblos indígenas.

En este aspecto y teniendo como eje principal el objetivo ya mencionado, deberemos también observar la forma en que el Estado de Chile se ha aproximado al fenómeno indígena y si necesariamente se satisfacen los indicadores y estándares que la comunidad internacional ha establecido en torno a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Para ello será relevante analizar la forma en que las instituciones del Estado ejecutan los mandatos legales e internacionales reconocimiento y protección, junto con el papel que ha jugado el Poder Judicial a través de los principales fallos de la Excelentísima Corte Suprema e Ilustrísimas Cortes de Apelaciones en uso de las atribuciones que le confiere la ley.

En el capítulo I realizaremos un análisis teórico (y jurisprudencial) sobre la relación existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como sistema normativo y el Derecho Nacional. En este sentido, es necesario hacer mención a la obligación que ha asumido el Estado de Chile de aplicar los tratados internacionales en función de la propia

normativa constitucional que se refiera a ello. De igual manera, será necesario analizar la relación de jerarquía normativa entre los tratados internacionales y el derecho interno.

Una vez estudiado el marco teórico y jurisprudencial en torno a la relación y jerarquía entre tratados internacionales y el derecho interno, en el Capítulo II realizaremos un análisis detallado en torno a la temática interna sobre el asunto indígena, en especial respecto del Derecho de propiedad. En este sentido, haremos alusión a lo establecido por la Constitución Política de la República y el Código Civil como principales cuerpos normativos que se refieran al derecho de propiedad en general, desde una óptica liberal, propia de la codificación del siglo XIX y la influencia del ius racionalismo jurídico. En particular respecto del derecho de propiedad será imperativo analizar lo establecido por la Ley N° 19.253 (Ley indígena) y los Decretos Supremos N° 124 (derogado) del Ministerio de Planificación y N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que regula el procedimiento de consulta indígena.

A nivel internacional comenzaremos nuestro análisis desde tratados internacionales generales sobre derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego haremos referencia a los instrumentos internacionales que se han dictado específicamente en materia de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, es decir, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De igual manera en conjunto con estos instrumentos normativos, es importante tener en consideración la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que se han implementado estos instrumentos internacionales. Finalmente, haremos un breve análisis de Derecho Comparado, que nos permitirá conocer la realidad jurídica de diversos países y regiones (como el caso latinoamericano) donde se ha avanzado en gran medida en el reconocimiento de los derechos de autodeterminación de los pueblos indígenas.

En el capítulo III se abordará la relación que ha existido entre el Estado de Chile para con los pueblos originarios, desde una perspectiva administrativa, es decir, desde el poder ejecutivo principalmente desde los gobiernos democráticos de la década de los noventa hasta

nuestros días. En este sentido se abordarán en primer lugar cuales son las instituciones de mayor relevancia que actualmente se encargan de implementar la política indígena, para luego analizar los principales proyectos de ley que han sido enviados desde el ejecutivo al congreso para la creación de nuevas instituciones, tales como el Ministerio de Asuntos Indígenas, el Consejo de Pueblos Indígenas, etc.

Finalmente el capítulo IV serán analizados los principales fallos de los tribunales superiores de justicia de nuestro país, es decir Excelentísima Corte Suprema e Ilustrísimas Cortes de Apelaciones, en que serán expuestos los principales argumentos que se han vertido para fallar a favor o en contra respecto de recursos de protección que hayan sido interpuestos por comunidades indígenas en relación a proyectos enérgicos privados que interfieran gravemente en sus derechos culturales, religiosos y territoriales, lo que nos permitirá además hacer un análisis sobre la evolución en la aplicación de los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y las principales normas internas que se refieran al tema.

CAPÍTULO I: OBLIGACIÓN PARA EL ESTADO DE CHILE DE APLICAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y FUERZA NORMATIVA CON QUE ESTOS SE INCORPORAN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos genera más de alguna duda en lo que respecta a su relación con el Derecho interno y en especial con la Constitución Política de la República. Lo cierto es que una vez firmado y ratificado un tratado internacional, este genera obligaciones para el Estado firmante, como por ejemplo velar por una correcta ejecución e implementación del mismo.

El propósito de este primer capítulo es analizar las obligaciones que asume el Estado de Chile al aplicar los tratados internacionales que se encuentra válidamente incorporados, y en específico cuando estos se refieran a materias de alto interés jurídico y social, como son los Derechos Humanos. Así mismo, realizaremos un breve análisis sobre el debate doctrinario que se ha generado en torno a la jerarquía de los tratados internacionales, principalmente en lo que respecta a la primacía o no constitucional sobre ellos.

1. Artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.

En este primer apartado analizaremos el concepto tradicional de Derechos Humanos, contenido en nuestra Constitución Política de la República, que los consagra a partir de una perspectiva individualista fundada en el liberalismo político, en contraposición al concepto colectivo de los Derechos Humanos, que para el caso específico del derecho de propiedad indígena se encuentra consagrado en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, generando una contradicción con la Ley N° 19.253 sobre pueblos indígenas.

De igual manera estudiaremos las teorías que explican la relación entre el Derecho nacional y Derecho internacional, el concepto de los tratados internacionales de Derechos Humanos y su fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico interno, a través del concepto de bloque de constitucionalidad. En este aspecto, realizaremos un somero análisis jurisprudencial de la Excelentísima Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, que

mantienen opiniones disímiles sobre la opción de aplicar directamente los tratados internacionales en el ámbito interno.

1.1. Cuestiones Previas.

Nuestra Constitución Política de la República (CPR) establece un catálogo no taxativo de Derechos Fundamentales, que se reconocen a todos los seres humanos por su sola condición de tal¹. Por tratarse de la más alta esfera de derechos y garantías de una persona, dicho reconocimiento no se realiza únicamente a nivel constitucional, sino que existen múltiples tratados internacionales sobre la materia, los que válidamente incorporados al Derecho interno refuerzan esta finalidad protectora².

Con el efecto de poder comenzar nuestro análisis sobre la importancia de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho interno, es necesario contar con una definición introductoria de los mismos. Para ello nos servimos de la definición entregada por el profesor de Derecho Constitucional, don José Luis Cea Egaña, quien señala que los Derechos Humanos o Fundamentales son aquellos:

"Derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos"³.

De igual manera, y por la importancia que adquieren dichas garantías dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional, ostentan de ciertas peculiaridades que

¹NOGUEIRA ALCALÁ, H. Los derechos esenciales o humanos contenidos en tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis · Año 9 · N° 1, p. 5.

²El Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°, señalando que: "" (...) la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales (...) Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".

³CEA EGAÑA, J.L. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221.

contribuyen a su protección. Como lo señala el profesor de Introducción al Derecho, Agustín Squella Narducci:

“(…) con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman esta clase de Derechos”⁴.

Como lo indica Squella, los Derechos Fundamentales se logran diferenciar de otra clase de derechos por dichas características que los elevan a la más alta importancia normativa. Esto se debe precisamente a que se refieren a ciertas esferas que son consideradas como esenciales del desarrollo humano, y que por lo tanto merecen preferencia normativa por sobre otra clase de derechos.

En este sentido, bien entendió el constituyente nacional la importancia del reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales, estableciendo en el artículo 5° inciso 2° una norma de reenvío hacia los tratados internacionales, que goza de la más alta importancia jurídica en nuestro ordenamiento, ya que precisamente a partir de esta norma se construye la fuerza normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

La norma constitucional dice lo siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Ahora bien, con la sola lectura de la norma constitucional, podemos advertir una cierta influencia en su redacción y enunciado, del derecho natural racionalista, al señalar que estos derechos esenciales “emanan de la naturaleza humana”, limitando así el poder estatal y el

⁴SQUELLA NARDUCCI, A. 2000. Introducción al Derecho, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p. 158.

ejercicio de la soberanía sobre la base de los derechos individuales de las personas, que son transversales a todo el sistema institucional chileno⁵.

En este sentido lo ha señalado el constitucionalista, profesor Humberto Nogueira:

“La Constitución chilena vigente, con las modificaciones que se le han introducido desde 1989 hasta el presente, podemos sostener que *instituye una concepción e idea de derecho de una sociedad política de tipo personalista*, que organizada en un régimen político democrático, asegura, garantiza y promueve los derechos esenciales de la persona humana o los derechos humanos, todo ello de acuerdo con los artículos 1 inciso 1º; 5 inciso 2º y 19 de la Carta Fundamental”⁶ [La cursiva es nuestra].

Dicha preeminencia a los derechos individuales como garantía de limitación del poder estatal, responde a un contexto histórico influenciado por el liberalismo político del siglo XIX, en el cual las garantías individuales se configuraron como una conquista frente al Estado absolutista que dieron paso al nacimiento del nuevo Estado moderno y de paso al Estado Constitucional (durante el siglo XX)⁷, estableciendo ámbitos de no interferencia para el desarrollo del individuo, poniendo énfasis en la libertad de los individuos y relegando a una segunda posición otras formas de entender los derechos esenciales de las personas⁸.

Precisamente una de esas concepciones relegadas por la doctrina clásica, dice relación con la dimensión colectiva de los derechos fundamentales, superando la concepción liberal de

⁵NASH ROJAS, C. 2005. La Codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿Continuidad o cambio? Santiago de Chile, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación (2): Pp. 1.159 a 1.161.

⁶NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Ius et Praxis, (9):Pp.403-466.

⁷En este sentido se refiere el profesor Humberto Nogueira, quien citando a Kruger señala que: “Esta vinculación del legislador por los derechos, propia del paso del Estado de Derecho al estado Constitucional, llevó a Krüger a afirmar, ya a mediados del siglo XX que, «Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales»”, NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005 “Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantía y limitaciones de los Derechos Fundamentales”. Revista Ius et Praxis v.11 n.2 Talca 2005, <versión On-line ISSN 0718-0012> [Consultado: 25 de agosto de 2016]

⁸STAVENHAGEN, R. 1992, Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales, San José, Costa Rica, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 15, p. 133.

los Derechos Humanos, y entendiendo que existen ciertas prerrogativas que no responden necesariamente a la concepción del *ius racionalismo natural* consagrada en nuestra Constitución. Un ejemplo de estos Derechos Fundamentales colectivos, es el derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

Ahora bien, para un correcto entendimiento de la nomenclatura colectiva de los Derechos Fundamentales, es necesario tener claridad sobre los siguientes aspectos: (i) Existen ciertos derechos que por su naturaleza solamente pueden ser ejercidos de forma colectiva (ejemplo: Derecho a formar un sindicato), y (ii) En función de la naturaleza social del ser humano, las principales actividades en torno a las cuales gira el debate de los Derechos Humanos se realizan en grupos y colectividades⁹.

La cuestión es todavía más profunda para los pueblos indígenas, que no solo entienden el ejercicio colectivo de ciertos derechos como forma de expresión de los mismos, sino que dicha concepción responde a la cosmovisión sobre su forma de entender el mundo. Por ejemplo su derecho de propiedad ancestral y colectivo, que no puede bajo ningún punto de vista ser tratado y regulado desde el derecho constitucional chileno o el Código Civil.

Para otros casos, esta tensión entre derechos individuales y derechos colectivos como expresiones diferentes de los Derechos Humanos, es eventualmente aparente, ya que puede no tratarse de derechos diferentes y completamente opuestos, sino que distintas formas de hacerlos efectivos y eficaces en la práctica¹⁰. Sin embargo, para el caso de que se trate de visiones contradictorias, se deberá optar por la opción que garantice de mejor forma el correcto ejercicio del mismo Derecho Fundamental.

Incluso puede ocurrir el caso de que esta noción de derechos colectivos no se encuentre necesariamente recogida en la Constitución, pero sí en tratados internacionales firmados y ratificados por el país, entonces ¿Qué norma deberá ser aplicada?

⁹Ibid. P. 132.

¹⁰STAVENHAGEN, R. 2008. Derechos de los Pueblos Indígenas. Santiago, Chile. Derechos Humanos Hoy, Balance Internacional, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 141.

El caso paradigmático y sobre el que trata este trabajo, dice relación con la regulación del derecho de propiedad indígena, que en el ámbito interno se encuentran regulado principalmente en la ley N° 19.253, y a nivel internacional en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), estableciendo estándares disímiles de protección, según será analizado en el Capítulo II.

Si el estándar de protección y reconocimiento en la normativa nacional es menor al que consagra la norma internacional, ¿Puede ser aplicado directamente y con preferencia el tratado internacional por sobre la normativa nacional? ¿Cuál será la relación entre el tratado internacional y la CPR?

Estas preguntas tratarán de ser respondidas a lo largo de este trabajo.

1.2. Teorías que explican la Relación entre derecho internacional y derecho interno.

Existen dos teorías doctrinarias que explican la forma en que se relaciona el derecho internacional y el derecho nacional, distinguiéndose entre sí, según la importancia que le den a uno u otro ordenamiento jurídico y la forma en que interactúan entre sí. Las expondremos brevemente, y explicaremos de igual manera porque creemos que la teoría que mejor explica esta relación es la monista.

Por una parte, está la teoría dualista que fue esbozada por el jurista alemán Carl Heinrich Triepel en su obra “Völkerrecht und Landesrecht” (El derecho internacional y el Derecho interno, publicada en el año 1899), complementada por el jurista italiano Dionisio Anzilotti en su libre “Il Diritto Internazionale nei giudizi interni” (El Derecho internacional y el Derecho interno, publicada en 1905), quienes señalan que hay que distiguir entre Derecho internacional y Derecho nacional, pues se trata de ordenamientos jurídicos distintos, con objetos de regulación diversos, ya que por una parte el Derecho internacional regula las relaciones entre los Estados, el Derecho interno regula las relaciones entre los individuos, por tanto, ambos sistemas no puede ser confundidos.

En contraposición se encuentra la teoría monista, postulada por el jurista austriaco Hans Kelsen en su obra “Teoría pura del Derecho” (Primera edición publicada en el año 1935), quien señala que solo hay un sistema jurídico universal, el cual está compuesto tanto por las normas de Derecho interno como por las normas de Derecho internacional, sin que ambas puedan ser disociadas. [Aunque con variantes, pues algunos le dan mayor preponderancia a un sistema u otro, sin que sean separadas en ordenamientos jurídicos diversos]¹¹.

Si tomáramos postura por la teoría dualista llegaríamos a la conclusión que la manera en que interactúa el derecho internacional y el derecho nacional tendría un carácter de subsidiariedad de las normas internacionales, ya que solo cuando no exista una norma de carácter interno sobre un asunto determinado tendría aplicación el derecho internacional, pasando de esta forma, a un segundo lugar de preferencia. Por el contrario, si decidimos que la teoría correcta es la monista, la relación entre derecho interno y derecho internacional es de complementación y no de subsidiariedad. Es decir; podrán ser aplicadas ambas normas de manera simultánea e incluso con preferencia de un tratado internacional si es que éste fuere de mayor jerarquía que la norma interna¹².

Esta relación de complementación en palabras del profesor de Derechos Humanos, Claudio Nash se refiere a lo siguiente:

“Las normas de fondo de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva, considera que las

¹¹La profesora de Derecho Internacional, en la Universidad de Externado, Colombia, Paola Acosta Alvarado, señala que dicha separación entre teoría monista y dualista, debe ser superada: “Resulta claro que dado el altísimo grado de interdependencia de los diversos ordenamientos que interactúan en el actual contexto jurídico global es imposible seguir trabajando bajo el faro de los modelos tradicionales y resulta imperioso construir un nuevo modelo que permita coordinar los diversos niveles normativos y los varios escenarios de interpretación”. ACOSTA ALVARADO, P. “Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”. Estudios constitucionales vol.14 no.1 Santiago jul. 2016, <versión On-line ISSN 0718-5200> [Consultado: 01 de agosto de 2016].

¹²HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. Revista IIDH, Volumen 39, p. 3.

normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que debe articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante”¹³

Como lo señala Nash, la relación de complementación entre ambos ordenamientos jurídicos no solo se trata una “congruencia armonizante”, sino que incluso cumple con una función integradora, es decir, a falta de norma interna, es el Derecho internacional quien suple este vacío aplicando directamente la norma internacional.

Compartimos esta postura, además por los siguientes argumentos aportados por la doctrina:

El primer argumento está construido en base a la respuesta de la siguiente pregunta ¿En caso de antinomias entre ambos sistemas y para determinar cuál debe prevalecer por sobre otro, la solución debe buscarse en el Derecho interno o en los tratados internacionales?

Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció a propósito del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, en la que estableció que existe una obligación para las partes de otorgar efecto directo a la Convención Americana de Derechos Humanos basándose en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala lo siguiente:

“Artículo 27: El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se debe entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

¹³NASH ROJAS, C. 2010. Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos. En: “SIMPOSIO HUMBOLDT: Internacionalización del Derecho Constitucional – constitucionalización del Derecho Internacional” 4-6 Octubre 2010, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires. P. 15.

Sobre esta sentencia, se ha pronunciado críticamente la profesora de Derecho Internacional, Ximena Fuentes señalando lo siguiente:

“La disposición no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico nacional debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno”¹⁴.

Por lo tanto, compartimos la postura de Fuentes, indicando de que erradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha argumentado que la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional se encuentra definida en el propio ordenamiento Internacional, específicamente en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que dicha norma únicamente genera el principio de Derecho internacional de que los Estados no pueden invocar normas de carácter interno para el incumplimiento de un tratado internacional, pero en ningún motivo señala imperativamente la obligación de aplicar indistintamente los tratados internacionales.

La solución por tanto debe buscarse en el Derecho interno, ya que como lo señala Fuentes:

“(…) Es el propio derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del derecho internacional (…)”¹⁵

Esta postura es reafirmada según lo explica el profesor de Derechos Humanos y quien ha sido Representante Regional Adjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Oficina Regional para América del Sur, Humberto Henderson, señalando lo siguiente:

“El hecho de que un determinado Estado se regule por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; *es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un*

¹⁴FUENTES TORRIJO, X. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. En: Artículo parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1070185, 2007, p. 8.

¹⁵Ibíd, p. 11.

*ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema*¹⁶
[La cursiva es nuestra].

A nuestro juicio, es el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República la norma que justamente resuelve esta problemática y por la que nos inclinamos en pensar que la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, responde necesariamente a lo que se expresó la teoría monista, generando así una relación de complementación entre ambos ordenamientos. Esto por las siguientes razones.

En primer lugar, en atención a la coherencia que merece el sistema de protección y promoción de garantías fundamentales, implementar un mecanismo subsidiario de aplicación de las normas internacionales basado en la teoría dualista, debilita el sistema de tutela efectivo, y torna inoficioso el ámbito de competencias de las normas de carácter internacional, ya que estas, pasarían a un segundo plano.

En segundo término, creemos que el constituyente ha igualado la protección constitucional e internacional de los derechos esenciales en la norma constitucional citada, señalando que el ejercicio de la soberanía estatal admite como límite los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, contenidos indistintamente en la propia Constitución o en tratados internacionales.

Por último, hay que tener en consideración que el Sistema Internacional de los Derechos Humanos se encuentra condicionado por criterios interpretativos propios, independientes de los sistemas tradicionales de interpretación legal contenidos en el Código Civil¹⁷.

Uno de esos criterios interpretativos es el principio pro-persona, el cual sostiene que toda la problemática en torno a los conflictos normativos que puedan aparecer en el ámbito de

¹⁶HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. Op. Cit. P. 4.

¹⁷No se puede pretender aplicar al Sistema Internacional de los Derechos Humanos los criterios interpretativos contenidos en los artículos 19 a 24 del Código Civil, ya que no solo se tratan de cuerpos normativos diversos, sino que también responden a una lógica diferente, por lo que la interpretación de sus normas y principios, responde necesariamente a criterios propios, como lo veremos más adelante.

protección de los Derechos Fundamentales, debe estar sostenido sobre la base de que deberá preferirse la solución que responda de mejor forma a la protección de la persona¹⁸.

En este sentido, como bien lo explica Nash:

“El objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”¹⁹.

Por tanto, ante la disyuntiva planteada sobre si la teoría que explica de mejor manera la relación entre Derecho internacional y Derecho nacional es la monista o dualista, y por consecuente, la forma en que se relacionan ambos sistemas normativos, debemos optar por aquella que establezca de manera efectiva y eficaz un sistema de protección y promoción de los derechos fundamental, según el principio interpretativo *pro persona*²⁰.

1.3. Hacia una caracterización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la importancia de su definición.

Hemos expresado la relación que tienen los tratados internacionales y nuestro Derecho interno, ahora corresponde analizar someramente los tratados internacionales como fuente de

¹⁸Principio que se encuentra recogido en casi todos los instrumentos Internacionales sobre Derechos. En específico podemos citar los casos del artículo 31.1 de la Convención de Viena de los Tratados Internacionales, artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23 de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, principio 3 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

¹⁹HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. Op. Cit, p. 21.

²⁰El Profesor Humberto Henderson ofrece algunos conceptos sobre la aplicación concreta de esta regla interpretativa para nuestro Derecho: 1) Aplicación de una norma más protectora, 2) Conservación de la norma más favorable, 3) Interpretación con sentido tutelar, d) Ejercicio de aplicación práctica. *Ibíd.* P. 229.

Derecho internacional y el caso específico de los tratados y convenciones de Derechos Humanos.

Una definición introductoria sobre Tratado de Derecho internacional la ofrece el profesor de Derecho Internacional, Santiago Benadava, quien señala que un tratado es:

“Un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regidos por el Derecho Internacional y destinados a producir efectos jurídicos”²¹.

Los tratados internacionales son un elemento central de las fuentes del Derecho internacional, y pueden versar sobre múltiples asuntos, desde acuerdos limítrofes y comerciales, hasta acuerdos programáticos, y de extradición, entre otros. Un caso sensible de tratados internacionales lo constituyen aquellos que son referidos a la protección y promoción de Derechos Fundamentales de las personas y/o ciertas colectividades.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha definido de la siguiente manera:

“Los tratados modernos sobre derechos humanos (...) no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”²²

Lo primero que se advierte en esta definición, es que un tratado internacional de Derechos Humanos no tiene los mismos objetivos o fines que un tratado cualquiera. Mientras que los tratados como instrumentos de acuerdos entre dos o más Estados pueden versar sobre

²¹BENADAVA, S. 1997, Derecho Internacional Público, Santiago, Chile. Editorial Universitaria S.A., p. 21.

²²Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de Septiembre de 1982, denominada El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana. (Artículo 74 y 75).

infinitos temas, un tratado internacional de Derechos Humanos tiene como finalidad la protección normativa de los Derechos Fundamentales de todas las personas y/o colectividades. Por ello, los Derechos Fundamentales a los que se refieren los tratados internacionales pueden estar ya protegidos con antelación en el ámbito interno de cada Estado, pero también pueden ampliar el universo de garantías, recogiendo Derechos que no necesariamente se encuentren consagrados a nivel interno.

Estos instrumentos internacionales de protección, pueden variar en cuanto a su temática, siendo generales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Económicos, sociales y Culturales, etc.) o particulares referidos a un tema específico (Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración sobre los Derechos del Niño, etc.)

Lo cierto, es que una vez incorporado al Derecho interno, estos tratados y convenios pasan a integrar el Ordenamiento Jurídico de cada Estado, formando parte del Derecho directo que puede ser aplicado y constituyendo parte de las obligaciones que asume el Estado en cuanto respeto, protección y promoción de los derechos ahí consagrados.

Ahora bien, estas obligaciones a las que hacemos mención, sobre respeto, protección y promoción de Derechos Fundamentales, el Estado no las asume para con otros Estados o la propia comunidad internacional, sino que respecto de los sujetos destinatarios de protección, es decir las personas y/o colectividades. Por tanto, las acciones de implementación y ejecución deben estar encaminadas en este aspecto, y no en acuerdos meramente programáticos.

Consecuente con lo mismo, en caso de que el Estado firmante de un tratado no cumpla satisfactoriamente con las obligaciones asumidas, puede generar responsabilidad internacional. Sobre este mismo punto, es necesario mencionar que los sujetos llamados a exigir esta

responsabilidad son los individuos y/o grupos protegidos por los mismos tratados, operando la comunidad internacional únicamente como garante del cumplimiento de estas obligaciones²³.

Para determinar la existencia de responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones asumidas en un tratado, es necesario dilucidar las siguientes cuestiones: (i) Cuál ha sido la infracción a una obligación internacional del Estado en materia de Derechos Humanos, y (ii) Que dicha infracción sea atribuible al Estado de acuerdo con las reglas de imputación de responsabilidad del Derecho Internacional Público.²⁴

En el caso de que la infracción internacional quede demostrada y fuera imputable al incumplimiento del Estado, subyace una obligación ulterior de reparar el daño producido. La forma de reparación admite modalidades (fuertemente influenciados por el Derecho Privado) desde el cese de la violación, las reparaciones materiales (daño emergente, lucro cesante) inmateriales y otras, tales como la restitución, satisfacción y garantías de no repetición²⁵.

Más allá de las obligaciones asumidas por los Estados al firmar y ratificar tratados internacionales, debemos señalar que existen de igual manera, otros instrumentos internacionales que aunque no siendo vinculantes, establecen principios rectores que los Estados generan como base normativa para la aplicación de otros instrumentos obligatorios, como las convenciones o tratados. Estos instrumentos no vinculantes, son las llamadas *Declaraciones*. Ejemplo de ello, es la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que el Estado de Chile ha firmado, pero que no constituye derecho vinculante para nuestro ordenamiento jurídico. (Sobre este punto, profundizaremos en el capítulo II).

²³NASH ROJAS, C. 2009. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). 2ª Edición, Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 15.

²⁴Ibid. Pp.18-32.

²⁵Ibid. Pp. 33 a 78.

1.4. Fuerza normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

1.4.1. Un concepto sobre el Bloque de Constitucionalidad.

La mención expresa que realiza el constituyente a los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes, tiene como consecuencia la ampliación del universo normativo de protección y promoción de Derechos Fundamentales, que hasta antes de la reforma constitucional al artículo 5° de 1989, no había sido lo suficientemente ponderada.

La aplicación normativa de estos tratados internacionales dio paso a lo que doctrinariamente se define como el *bloque de constitucionalidad*, que intenta dar explicación a la fuerza normativa con la que se incorporan los Derechos Fundamentales contenidos en ciertos tratados internacionales y el Derecho interno.

En palabras del jurista colombiano Rodrigo Uprimny, citado por el profesor Claudio Nash:

“Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita”²⁶.

Lo que señala Uprimny es importante puesto que con la adopción de instrumentos internacionales vinculantes, el ordenamiento jurídico interno ya no solo se encuentra conformado por la Constitución y las leyes, sino que se incorporan los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país y en conjunto con ello los principios del Derecho internacional contenidos en ellos.

En opinión de Nash, la aceptación del bloque de constitucionalidad es ventajosa, toda vez que:

²⁶NASH ROJAS, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 31.

“A través de este instrumento (bloque de constitucionalidad) los sistemas normativos constitucionales perfeccionan la protección constitucional de los derechos fundamentales al incorporar a la Constitución formal, normas y prácticas jurisprudenciales desarrolladas a nivel internacional, configurando la Constitución material en relación con estos derechos”²⁷

En la misma línea, el constitucionalista chileno, profesor Humberto Nogueira, señala lo siguiente:

“De acuerdo a tal perspectiva, los derechos de fuente directamente constitucional, como asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimenta recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio favor persona, *lo que posibilita que dimensiones o atributos de los derechos considerados inherentes a la persona o derivados de su dignidad humana que se encuentran asegurados por fuente internacional, sin derogar los derechos directamente constitucionales, pueden incorporarse como parte de ellos si aseguran o garantizan ámbitos de tales derechos que no estaban asegurados explícitamente por la norma constitucional.*”²⁸
[La cursiva es nuestra].

La retroalimentación a la que se refiere el profesor Nogueira dice relación con un elemento clave para entender la relación entre ambas fuentes de Derecho, toda vez que como ya lo hemos expresado, nuestra Constitución ofrece un catálogo no taxativo de Derechos Fundamentales, los que deben ser complementados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta relación de complementación emana a su vez de la propia Constitución, mediante el mandato recogido en el inciso 2° del artículo 5° que señala que es obligación de todos los órganos y poderes del Estado respetar y promover los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, aun cuando estos se encuentren en tratados internacionales y no en la Constitución, haciendo a su vez una interpretación armónica con lo prescrito en el artículo 6°

²⁷Ibid. P. 43.

²⁸NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Op. Cid., p. 408.

inciso 1° de la Carta Magna, el cual prescribe que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Las obligaciones de respeto y promoción a las que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, han sido interpretadas por Nash de la siguiente forma:

“La obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagra y, por último, el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho”²⁹.

En este sentido, con la finalidad de dar pleno cumplimiento a estas obligaciones, se reconoce un ámbito de acción y otro de omisión para el Estado. Acción en cuanto se deben adoptar todas las medidas correspondientes con la finalidad de cumplir con los estándares prescritos por tratados internacionales y derechos fundamentales consagrados en la constitución, tanto a nivel legislativo como institucional de ejecución.

La omisión se refiere a su a vez a que se debe fijar una esfera de abstención en cuanto a no interferencia de la acción estatal para el desarrollo de los derechos y libertades inherentes a dichas garantías fundamentales.

1.4.2. Aplicación de la Corte Suprema.

La Excelentísima Corte Suprema de Chile (CS), mantiene una doctrina unívoca sobre la incorporación de normas sustanciales contenidas en instrumentos internacionales y que se refieran a derechos esenciales de las personas y la forma en que estos deben ser aplicados en el ordenamiento jurídico interno, ya que como lo ha sostenido repetidamente, con la incorporación de normas internacionales se consolida un sistema de protección uniforme de las garantías fundamentales en conjunto con las ya protegidas por la Constitución.³⁰

²⁹NASH ROJAS, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno. Op. Cid. P. 33.

³⁰En este sentido, es interesante advertir el argumento utilizado por la Excelentísima Corte Suprema en Sentencia de causa Rol N° 559-2004 al señalar: “Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite

Sin duda que una sentencia importante que grafica esta tendencia jurisprudencial, se encuentra en el considerando Trigésimo de la sentencia rol n° 3125-2004, que señala lo siguiente:

“(…) En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”³¹.

Se reafirma esta postura en la sentencia rol n° 3452-2006 señalando en su considerando sexagésimo sexto, que:

“En definitiva, los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún otro órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”³².

En la misma línea, mediante sentencia de 28 de Abril de 2008 en causa rol n° 6053-2007, la CS señala en su considerando décimo cuarto que el artículo 5° de la Constitución se refiere a una norma de reenvío a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos los que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional. En este sentido:

“Que en armonía con la norma de reenvío ya citada, contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de

en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’.

³¹Sentencia Ilustrísima Corte Suprema, rol n° 3125-2004, considerando trigésimo.

³²sentencia Ilustrísima Corte Suprema, rol n° 3452-2006, considerando sexagésimo sexto

defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)”³³.

Recientemente en un dividido fallo, en sentencia rol n° 17.393-2015 de 18 de noviembre de 2015 referente a un recurso de apelación sobre acción de protección interpuesta en favor de ciudadanos venezolanos detenidos en su país de origen, adoptó una postura histórica sobre la aplicación de tratados internacionales y jurisdicción universal, al señalar en el considerando sexto que:

“Que, así, resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos (...) Del mismo modo, la jurisdicción y competencia que esta Corte se atribuye, proviene de una fuente reconocido del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el *jus cogens* sustrato de toda la normativa mundial; y, en tercer término, que la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional”³⁴.

En la misma sentencia se señala en el considerando octavo que:

“Que, en Chile, la referida jurisdicción universal se recoge en el inciso 2 del citado artículo 5° de nuestra Constitución (...) de este modo, es la propia carta magna nacional la que reconoce que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía del Estado, una de cuyas manifestaciones es la propia Constitución. En consecuencia, los derechos humanos se encontraría por sobre la Constitución adquiriendo un rango supraconstitucional, y ocuparía la cúspide de la pirámide normativa en el sistema chileno”³⁵.

Como lo hemos dicho, más allá de la discusión jurídica que se ha generado en torno a la referida Sentencia y en lo que respecta principalmente sobre la territorialidad de la competencia de los tribunales nacionales, lo cierto es que el máximo tribunal de nuestro país, reafirma su tendencia jurisprudencial, sobre la aplicación directa de los tratados internacionales, reconociéndoles como se ha visto, incluso un carácter por sobre la Constitución cuando se traten de instrumentos de Derechos Humanos.

³³Sentencia Ilustrísima Corte Suprema, rol n° 6053-2007.

³⁴Sentencia Ilustrísima Corte Suprema, rol n° 17.393-2015, considerando sexto.

³⁵Ibíd., considerando octavo.

1.4.3. Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional (TC) ha experimentado una evolución jurisprudencial respecto de esta materia, desde una posición más conservadora, hasta aplicar directamente ciertos tratados que protegen garantías fundamentales y que no se encuentran consagradas en nuestra Constitución.

En efecto en la sentencia n° 346 del año 2002 que se refirió a la incorporación del Estatuto de Roma que contiene a la Corte Penal Internacional, se utilizaron los siguientes argumentos para sustentar la negativa en reconocer este bloque de constitucionalidad:

Como bien lo resume el párrafo 51° de la Sentencia:

“Que, si bien el concepto de Soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el Siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite –los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana- *no es dable pretender que las funciones por las cuales se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizadas por el Constituyente*”³⁶ [La cursiva es nuestra].

Dicha sentencia deja en evidencia la tendencia conservadora del TC al momento de evaluar y analizar la incorporación y recepción de los tratados internacionales (y su correlato institucional, en este caso, la Corte Penal Internacional) a nuestro Derecho interno, basado principalmente en argumentos de coherencia interna del sistema jurídico desde una mirada constitucional³⁷.

³⁶Sentencia Rol 346-2002 Tribunal Constitucional. Párrafo 51.

³⁷Los principales argumentos se refirieron a los siguientes ejes: (i) Coherencia del sistema jurídico en cuanto a la prevalencia de las normas constitucionales sobre un tratado, ya que la interpretación contrario significaría una reforma a nuestra Constitución, distinta a los mecanismos consagrados en los artículos 116 a 118 de la misma Carta Magna, (ii) Interpretación literal del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, al señalar que la diferencia entre el titular de la Soberanía (el pueblo) y quien la ejerce, está delimitado por la misma norma al señalar “esta Constitución”, no admitiendo otro ejercicio de Soberanía más que las autoridades que la propia Constitución, (iii) Que dentro de las autoridades que la Constitución ha establecido para el ejercicio de la Soberanía, se encuentran el Presidente de la República, el Congreso Nacional y los Tribunales de la nación, y del cual se debe distinguir entre la Soberanía Interna y Soberanía Externa, el ejercicio de la Jurisdicción puede ser delegado solo a nivel interno, no siendo admisible la delegación a la jurisdicción internacional, (iv) Dicho tribunal internacional (Corte Penal Internacional) no cumpliría una función de complementación de la jurisdicción interna, sino que de revisión, generando un ámbito de supe vigilancia correctiva o sustitutiva de los tribunales nacionales.

En palabras del profesor de Derecho Constitucional, Francisco Zúñiga, al comentar dicha sentencia señala que:

“[Evidencia] una visión tradicional del Estado y del principio-dogma de la soberanía (supremacía, unidad, indivisibilidad, perpetuidad, etc.), pero con anclaje ius fundamental en el artículo 5° inciso primero de la Constitución; de suerte que no es admisible un transferencia o cesión de potestades soberanas en el marco de un tratado solemne multilateral (funciones investigativa y jurisdiccional unidas al poder punitivo del Estado)”³⁸

Ahora bien, el problema que se generó a partir de esta Sentencia, es que no se distinguió entre los Tratados Internacionales (como instrumentos normativos) y los derechos esenciales contenidos en ellos (que de acuerdo a la literalidad del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, también constituyen un límite a la soberanía nacional), generando una confusión referente a la fuente formal y fuente material del derecho internacional.

Como bien lo advierte Nogueira:

“Lo que limita la soberanía y al derecho interno, no son los tratados en cuanto fuente formal del derecho sino los derechos esenciales o fundamentales asegurados o garantizados por ellos como contenido sustancial, todo ello en la medida que los preámbulos de dichos tratados establecen claramente que éstos aseguran derechos que son atributos de la persona humana o son derivaciones de la dignidad humana, vale decir, son derechos esenciales de la persona humana en términos del artículo 5° de la Constitución (...)”³⁹

Posteriormente, se experimentó un leve cambio en lo que señala la argumentación de la sentencia rol n° 786-2007, que trató sobre un requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, señalando que incumplía las obligaciones asumidas por el Estado de Chile al firmar y ratificar

³⁸ZÚÑIGA URBINA, F. “Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución” En: Ponencia a XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 8 y 9 de noviembre de 2007, p9.

³⁹NOGUEIRA ALCALÁ, H. Los derechos esenciales o humanos contenidos en tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Op. Cid., p. 7.

la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en el artículo 37 que consagra el principio de interés superior del niño.

La decisión del TC se basa necesariamente en la preeminencia constitucional por sobre normas de carácter internacional, señalando para el efecto que la determinación de las penas, es “resorte exclusivo del legislador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso séptimo y octavo, de la Constitución”, sin embargo, resulta novedoso de que paradójicamente se hace cargo el Tribunal de las normas de reenvío internacional señaladas por los requirentes, cual son el artículo 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención de Derechos del Niño.

Sobre esta sentencia, es relevante el razonamiento del ministro Señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger el requerimiento sobre la base de los siguientes argumentos expresados en su considerando segundo y tercero:

“Segundo: Que el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por los derechos fundamentales, obligando al Estado a respetarlos y, a la vez, a promoverlos. (...) Tercero: Que cabe, entonces, concluir que la referencia a la limitación de la soberanía por medio de los derechos fundamentales, constituye una mención abierta y genérica. Prescindiendo de si determinado derecho está o no contenido dentro del capítulo III, para establecer una definición y un marco de esta limitación material al ejercicio de la soberanía, los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados en forma amplia como lo hace Luigi Ferrajoli, señalando que son “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas”⁴⁰.

Se reconoce un primer avance en la argumentación antes señalada, toda vez que se hace una referencia expresa a los tratados internacionales, como fuente directa de Derecho en caso de que la Constitución no establezca en su texto, remisión a alguna garantía específica.

⁴⁰ Sentencia rol N° 786-2007-INA, Tribunal Constitucional, voto de minoría ministro Sr. Hernán Vodanovic Schnake.

Sin duda la sentencia contenida en el requerimiento rol n° 1340⁴¹ termina por modificar la tendencia conservadora del Tribunal Constitucional, al acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en función de una garantía protegida únicamente por instrumentos internacionales y no por la Constitución Política de la República, haciendo eco sustantivo y material del bloque de constitucionalidad.

Si bien en dicho requerimiento se argumentó que la norma sobre la cual se pidió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad transgredía el Artículo 19 N° 2 de la Constitución, la petición principal se refirió a que la misma norma transgredía también el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, al infringir el Derecho a la Identidad, garantizado en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país⁴².

En efecto, como lo señala el considerando noveno de la sentencia:

“Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental (...) el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. *Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente*

⁴¹La Sentencia de 4 de Marzo de 2009 se refiere al requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad alegado por el Juez de Familia de Pudahuel en causa RIT N° 111-2009 caratulada “Muñoz con Muñoz”, sobre reclamación de paternidad del artículo 206 del Código Civil y por considerar a juicio del requirente que dicha norma transgrede los derechos de Igualdad ante la Ley (Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República) y derecho a la identidad (Artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República).

⁴²En específico el Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 7 N° 1 y 2 de la Convención de Derechos del Niño.

*en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22°)*⁴³. [La cursiva es nuestra].

En este sentido, el TC acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, señalando expresamente en el considerando vigesimooctavo que la norma aludida del Código Civil resulta inconstitucional por cuanto infringe el inciso 2° del Artículo 5 de la Constitución Política de la República. Lo que significó además un reconocimiento explícito al derecho de identidad como Derecho Fundamental, el cual solo se encuentra consagrada a nivel de tratados internacionales.

Esta sentencia genera un importante avance en el reconocimiento y aplicación del bloque de constitucionalidad, tal como lo señala Nash al comentar la sentencia:

“Esto abre una puerta relevante, ya que aun en caso de no considerarse a los tratados internacionales como una norma constitucionalizada por el artículo 5°, sí se puede recurrir a ellos para un control de constitucionalidad, lo que implica la plena operatividad de un Bloque Constitucional en Chile”.⁴⁴

2. Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sobre la reforma constitucional de 2005.

Una vez estudiado el fenómeno de la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos y el concepto de bloque de constitucionalidad, en este apartado analizaremos la evolución normativa que experimentó el texto constitucional, principalmente en el inciso 2° del artículo 5° mediante la reforma de 1989.

Así mismo, se analizará la reforma del año 2005, en particular sobre el artículo 54 de la Constitución y la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional. Ambas modificaciones relevantes dentro del debate doctrinario sobre la jerarquía de los tratados internacionales y sobre la posibilidad de que se ejerza en control represivo de constitucionalidad sobre los mismos, idéntico al que se realiza sobre la ley.

⁴³Sentencia rol N° 1340-INA, Tribunal Constitucional, considerando noveno.

⁴⁴NASH ROJAS, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno. Op. Cid., p. 47.

2.1. Importancia de definir el rango normativo de los tratados internacionales.

Como la protección de las garantías fundamentales no se realiza solo a nivel constitucional, es necesario señalar la forma en que los tratados internacionales se incorporan a nuestro derecho interno, y con qué fuerza normativa. La pregunta central es: ¿Se ubican por sobre la Constitución o a su mismo nivel? ¿Se ubican por debajo de la Constitución y por sobre la ley, o al mismo nivel de la ley?

La respuesta a estas preguntas es relevante por las importantes consecuencias normativas que implican, según se adopte una u otra posición. Lo cierto es que es una cuestión que no está definida en la propia Constitución ni tampoco en los tratados internacionales, por tanto la interpretación doctrinaria y jurisprudencial no ha sido pacífica.

El debate se centra al menos en los siguientes aspectos: (i) La posibilidad de que los tratados puedan ser aplicados directamente; (ii) El control preventivo y represivo de constitucionalidad que pueda ejercer el TC sobre ellos; y (iii) La relación que tienen los tratados con la propia Constitución y las demás normas de carácter interno.

2.2. Texto Constitucional y reforma de 1989.

El texto aprobado mediante Decreto Supremo N° 1.150, publicado el 24 de octubre del año 1980 y que estableció la Constitución Política de la República dejó un sensible vacío en cuanto al procedimiento de incorporación y recepción de tratados internacionales en el derecho interno.

En efecto, solo en el artículo 50 N° 1 indicaba que para el efecto de incorporación de un tratado internacional, el procedimiento ante el congreso se someterá a los trámites de una ley.

De igual manera, es pertinente señalar que anterior a la reforma del año 1989, no existía una remisión expresa a los derechos esenciales garantizados por tratados internacionales, por tanto en este primer momento predominó una tesis más conservadora,

indicando que los tratados internacionales tenían igual tratamiento que una ley y por tanto, mismo rango normativo⁴⁵.

Posterior a la reforma del año 1989, se instaló nuevamente el debate en torno al rango normativo de los tratados internacionales, sobre todo aquellos que se refirieran a materias de garantías fundamentales, pues se incorporó al inciso 2 del artículo 5° la remisión expresa a los tratados internacionales.

En efecto, la reforma constitucional del año 1989, promulgada mediante Decreto N° 18.825 se introdujo la siguiente frase al inciso 2° del artículo 5°:

“(…) así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Cabe mencionar que el texto original de la Constitución de 1980, no hacía mención a los tratados internacionales, incluso en su redacción original no hablaba de derechos esenciales, sino que únicamente se refería a los derechos que emanan de la naturaleza humana⁴⁶.

Por tanto, con la inclusión de los tratados internacionales que garanticen derechos esenciales, se reafirma el compromiso del Estado para respetar y promover los Derechos Fundamentales, con la formalidad de que dichos instrumentos internacionales debían estar ratificados por Chile y además que se encontraran vigentes, dejando de lado toda duda sobre la retroactividad en la aplicación de los tratados internacionales.

En este contexto, la tendencia predominante fue pues considerar a los tratados internacionales con un carácter infra constitucional. ¿Cómo se logró esto? Haciendo una interpretación armónica del artículo 1 inciso 4°, artículo 5 inciso 2°, artículo 6 y artículo 80 de la Constitución Política de la siguiente manera: El inciso 2° del artículo 5° contempló la

⁴⁵HENRÍQUEZ VIÑAS, M. 2008. “Jerarquía de los Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el análisis de casos”. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, 73-119p., <Versión On-line ISSN 0718-5200>. [Consulta: 20 de julio de 2016].

⁴⁶El texto original del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución decía lo siguiente: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*.

obligación para el Estado de la protección y promoción de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana. Dicha obligación se tornó sobreabundante a la luz de lo señalado en el inciso 4° del artículo 1 de la Constitución, el cual señala que el deber del Estado es velar por el bien común. La novedad por tanto, estaba constituida por la inclusión de los tratados internacionales.

Sin embargo, como fue mencionado, al no existir un procedimiento específico de incorporación, sumada la situación de que existía un control constitucional previo (realizado por el TC) y posterior (realizado por la CS) para los tratados intencionales, se evidenció su subordinación a la Constitución.

Incluso el TC se pronunció en este periodo, interpretando el artículo 50 de la Constitución a la luz del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, señalando que:

“25°: De esta manera, interpretando ambas normas constitucionales de forma razonable (Artículos 50 N° 1 y 63 de Constitución de 1980), fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza *se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas*; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo” [La cursiva es nuestra].

Por tanto, la evolución que experimentó el texto constitucional original, tiene relevancia toda vez que se incluyeron los tratados internacionales mediante una norma de reenvío, sin que necesariamente se señalara una forma clara de incorporación de los tratados al Derecho Interno.

2.3. Reforma de 2005, inclusión del nuevo artículo 54 y atribuciones del Tribunal Constitucional en artículo 93.

En este contexto, se introduce una modificación constitucional la cual agrega al artículo 54 de la Constitución (ex artículo 50) en su inciso 1°, lo siguiente:

“La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórums que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

De igual manera, la ley orgánica N°20.381 del año 2009 que modifica las atribuciones del TC, señala que según el artículo 93 de la Constitución (en los incisos pertinentes para los fines de este trabajo), tendría las siguientes atribuciones:

(1) N° 1: Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que verse sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación, (2) N° 3: Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, (3) N° 6: Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

La relevancia de estas modificaciones, adquiere sentido toda vez que los argumentos doctrinarios en torno a la jerarquía de los tratados internacionales fue interpretada a partir del nuevo Artículo 54 de la Constitución (específicamente en la parte señalada) y respecto de las nuevas atribuciones del TC, específicamente sobre el control de constitucionalidad de los tratados, igualándolos al control ejercido sobre las leyes.

2.4. Debate doctrinario en torno a la jerarquía de los tratados internacionales.

En estos términos, el debate doctrinario sobre el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales a la luz de la reforma constitucional y la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico interno evolucionó de la siguiente manera.

Cierto sector de la doctrina profundizó la tesis sobre el carácter infra constitucionales de los tratados internacionales, basado principalmente en la literalidad de la norma constitucional, y para ello se esgrimieron (resumidamente) los siguientes argumentos:

El artículo 93 N° 6 señala que será atribución del TC ejercer un control de constitucionalidad posterior (inaplicabilidad por inconstitucionalidad) de un “precepto legal” que resulte contrario a la Constitución, por tanto la pregunta que viene es: ¿Al hablar de precepto legal se incluyen los tratados internacionales?

Una Interpretación literal entendió que el término *precepto legal* era idéntico al de *norma legal*, ya que haciendo a su vez una interpretación armónica de la Constitución, ambos términos deberían ser igualados, pues es el mismo constituyente quien en otros pasajes de la Carta Magna se refiere en el mismo término para ambos conceptos. (Disposición transitoria decimoquinta, inciso tercero, de la Constitución y artículo 19 N° 26)⁴⁷. Precisamente dentro del concepto *norma legal*, están incluidos los tratados internacionales, por ello, el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sí procedería sobre los mismos, igualándolos en su fuerza normativa a la Ley.

Otro argumento estuvo basado en el Espíritu de la reforma de la reforma constitucional la cual sustrajo del conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al TC.

En este sentido lo expresa el profesor de Derecho Constitucional, Teodoro Ribera Newman:

“Por el contrario, el traslado de esta atribución de un órgano a otro *obedeció a la voluntad de que dicho control se ejerciera con mayor profundidad, en materias de forma y*

⁴⁷En este sentido, el profesor de Derecho Constitucional, Teodoro Ribera ha señalado que: “La Constitución ha utilizado en otros pasajes el concepto de “precepto legal” y dentro de ello queda contemplado los tratados que se refieran a materias de ley, por cuanto sería aplicable el control represivo del artículo 93 N° 6. Esto significa interpretar la Constitución de forma armónica. Además, en caso de aceptarse la postura contraria, se corre el riesgo de que De aceptarse la tesis que los tratados internacionales que recaen sobre materias del dominio legal no son “preceptos legales”, conllevaría ello entonces una prohibición constitucional de aprobar tratados internacionales que regularan, complementaran o limitaran las garantías que la Carta Fundamental establece, lo que escapa de la lógica constitucional chilena, pues haría que importantes tratados sobre derechos humanos quedarían sin sustento constitucional”. En “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. Estudios constitucionales, año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007.

fondo, para fortalecer la supremacía constitucional. Este último objetivo estuvo siempre presente durante las discusiones parlamentarias. En consecuencia, no sería coherente con ello debilitar la protección de que debe gozar la Constitución, eliminando el mecanismo de control *a posteriori* de los tratados mediante el recurso de inaplicabilidad, previamente radicado en la Corte Suprema o mediante la declaración de inconstitucionalidad”⁴⁸ (La cursiva es nuestra).

Un tercer argumento se esboza a partir del análisis comparado de otras constituciones. Y es que hay Estados que han reconocido explícitamente en sus propias Cartas Magnas que los tratados tendrían la misma fuerza que la Constitución, efectuando específicas transferencias de competencia. Sin embargo, como ello no fue adoptado por el constituyente chileno ni por la mayoría de los Estados, la conclusión es que la regla general es la infra constitucionalidad y la excepción la constitucionalidad.

En conclusión, no se puede establecer que los tratados internacionales tengan un carácter superior ni igual al de la Constitución, puesto que la vigencia de estos deriva precisamente de ella, siendo preceptos legales de igual naturaleza jurídica de la norma interna que los incorpora, adquiriendo de esta forma únicamente una especial protección constitucional⁴⁹.

Por el contrario, otro sector de la doctrina otorgó un valor más elevado a los tratados internacionales incorporados válidamente a nuestro Derecho Interno señalando que tenían la misma jerarquía que la Constitución Política de la República.

Los argumentos fueron los siguientes:

En primer lugar se señaló que la referencia a precepto legal que hace el Artículo 93 N° 6 y 7 de la Constitución Política de la República, no es sinónimo de ley, ya que en otros pasajes de la Carta Magna se ha diferenciado entre tratado internacional y ley, por tanto al no haber diferenciado ambos elementos normativos en este artículo el constituyente, en ningún caso ha querido igualarlos. En este sentido, si se analiza la taxonomía jurídica del artículo 93 de la Constitución, se advierte que el constituyente cada vez que quiso referirse a los tratados

⁴⁸RIBERA NEUMANN, T. 2007. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. Estudios constitucionales, año 5 N° 1, Universidad de Talca. P. 22.

⁴⁹Ibid. Pp103-104.

internacionales, los diferenció claramente de las otras normas. Así en el numeral primero identificó expresamente que las normas que estarían sujetas al control preventivo de constitucionalidad, serían las leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y *tratados internacionales*.

De igual manera, en el numeral tercero del mismo artículo 93, al regular las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un cuerpo normativo, separó entre los proyectos de ley o reforma constitucional y *los tratados internacionales sometidos a aprobación del Congreso*.

Contrariamente, en el numeral sexto y séptimo del artículo 93, y que se refiere a los requerimientos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad respectivamente, se utilizó el amplio de “precepto legal”, sin especificar a qué se refería este concepto, por tanto, al no seguir el estilo gramático utilizado en los numerales primero y tercero, para remitirse específicamente a los tratados internacionales, dichos instrumentos, no quedarían por tanto sometidos al control represivo de constitucionalidad⁵⁰.

En segundo lugar, aceptar la tesis de que el control represivo de constitucionalidad es válido respecto de tratados internacionales, sería invalidarlo de una forma diferente a lo que establece la misma Constitución en el artículo 54, que señala que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, lo que además infringiría la separación de funciones establecidas por el constituyente.

En palabras de Humberto Nogueira:

“En una interpretación armónica y sistémica de los artículos 32, 54 y 93 de la Carta Fundamental, la intervención prevista para el Tribunal Constitucional en estas materias no es otra que la cabe al ejercer el control preventivo de constitucionalidad (...) toda otra interpretación afectaría inconstitucionalmente la distribución de funciones que estableció el

⁵⁰NOGUEIRA ALCALÀ, H. 2007. “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales”, Op. Cid. Pp11-12.

constituyente de 2005 (...) Sostenemos así que el Tribunal Constitucional sólo tiene control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales”⁵¹

Por tanto, resulta que si el constituyente ha reconocido un carácter diferenciado para los tratados internacionales en cuanto a su derogación, modificación o suspensión, y no se remite a las normas comunes que establece para la ley, además implícitamente reconoce la situación disímil en la que se encuentran respecto de otras normas vigentes en nuestro derecho.

Un tercer argumento se construyó sobre la base de la reforma constitucional de 2005 y la introducción en el nuevo artículo 54, específicamente en la frase que dice: “*En lo pertinente*”, y que se refiere al procedimiento de incorporación de un Tratado Internacional, señalando que el proceso de incorporación de una Ley es diferente al de un Tratado, ya que para efectos de un instrumento internacional, solo servirían algunos de los trámites previstos para ley⁵².

2.5. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La opinión del TC sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales ha variado. Desde asumir que estos tienen carácter similar al de una ley, hasta señalar, por el contrario, que tienen un rango supra legal. Sin embargo, a lo largo de la jurisprudencia, se puede advertir que siempre se reconoce en ellos un carácter infra constitucional como tendencia uniforme.

En este sentido, con anterioridad a la reforma constitucional del año 1989 ya el TC se pronunció sobre la jerarquía de los tratados en sentencia rol n°46 de 1987 en su considerando vigésimo octavo en la que se esbozó la siguiente conclusión:

“Que la prevalencia en el orden interno de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significa permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto

⁵¹Ibid.

⁵²Ibid. P. 3.

en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario”⁵³.

Esta doctrina es reafirma en otra sentencia anterior a la reforma constitucional de 2005 en la que se sometió al análisis de constitucionalidad la incorporación del Estatuto de Roma y por consecuencia de la Corte Penal Internacional.

En sentencia rol n° 346 de 8 de Abril de 2002, se señaló en el considerando septuagésimo cuarto que:

“En suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional”⁵⁴.

Sin perjuicio que a la fecha de la dictación del fallo, el control represivo de constitucionalidad todavía estaba en competencia de la CS, y por lo tanto la interpretación respectiva cabía a este Excelentísima Corte y no al TC, se reconoce en el fallo recién citado que los tratados que se incorporen a nuestro ordenamiento jurídico, deben estar subordinados a la Constitución, incluso aquellos que versen sobre Derechos Humanos.

La pregunta por tanto es la siguiente, ¿Si los tratados tienen una jerarquía inferior a la Constitución, ¿cuál es su relación con las normas legales? El Tribunal resuelve esta problemática, remitiéndose a lo señalado por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en su obra “Tratado de Derechos Constitucional, Tomo IV, La Constitución de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 124, señalando en el considerando 75° de la misma sentencia, que:

“En la comisión Ortúzar sostuvimos que: Dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero

⁵³Sentencia Rol N°346-2002 INC. Tribunal Constitucional, considerando vigésimo octavo.

⁵⁴Ibíd. considerando septuagésimo cuarto.

antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado. (Sesión 47°, páginas 14 y 15) (...) Las afirmaciones anteriores conservan pleno valor incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales”⁵⁵.

Posterior a la reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia de caso rol n° 1.288-2008, señalando en su considerando cuadragésimo tercero que:

"Respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución ("...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley") que aquellos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental"⁵⁶.

Agregando el fallo en análisis, en su considerando cuadragésimo séptimo, que: "El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que estos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de precepto legal"⁵⁷.

Mediante esta sentencia, el TC estima una posición más conservadora, incluso a lo señalado en fallos anteriores a la reforma constitucional de 2005, reiterando que los tratados deben someterse a la Constitución, pero agregando además que éstos pueden ser asimilados a una ley, en función de lo que señala el nuevo artículo 54 de la Constitución, quedando ambos contenidos en la categoría de precepto legal.

Sin embargo, dicha posición es abandonada retomando la jurisprudencia señalada en la sentencia rol n° 346-2002, mediante la sentencia roles n° 2387-12 y 2388-12 acumulados, en sentencia de 23 de enero de 2013, señalando en su considerando duodécimo que:

“(…) Nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que

⁵⁵Ibíd. Considerando septuagésimo quinto.

⁵⁶Sentencia Rol N° 1.288-2008-INA. Tribunal Constitucional, considerando cuadragésimo tercero.

⁵⁷Ibíd. Considerando cuadragésimo séptimo.

emanen de la naturaleza humana. Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan de materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma”⁵⁸.

Posteriormente y en la misma sentencia, citando al profesor de Derecho Constitucional, Alejandro Silva Bascuñán quien sostuvo en la comisión de estudio de la nueva Constitución, que: “En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica (...) las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales”⁵⁹.

En este sentido, la tendencia jurisprudencial del TC es evidente, toda vez que reafirma que los tratados internacionales tienen un rango inferior al de la Constitución, principalmente por el control preventivo antes de la entrada en vigencia de los mismos, pero serían superiores a cualquiera otra norma jurídica interna, es decir supra legales.

2.6. Nuestra opinión.

La primera cuestión que advertimos, es que nuestra Constitución no resuelve por sí misma el problema de la jerarquía de los tratados internacionales. Por lo tanto, ante este vacío normativo, entendemos que la remisión que el constituyente hace en el artículo 5 inciso 2° a los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana y que se encuentran contenidos en tratados internacionales, señala la solución y que tiene implicancias normativas respecto de la aplicación y fuerza normativa de tratados e instrumentos internacionales y su relación con el Derecho interno.

Nos parece que existe una clara diferenciación respecto de ciertos tratados internacionales que se refieran a cuestiones meramente programáticas entre Estados y otros que se enfoquen en la promoción y protección de los Derechos Humanos, los que por su naturaleza y finalidad, gozarán de una mayor jerarquía normativa que los primeros.

⁵⁸Sentencia roles n° 2387-12 y 2388-12-INA. Tribunal Constitucional, acumulados, considerando duodécimo.

⁵⁹Ibid.

Nuestra Constitución señala que el ejercicio de la soberanía nacional reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, generando la obligación doble para el Estado de respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución y tratados internacionales, ratificados y vigentes.

Por tanto, la intención del constituyente como principal objetivo, ha sido el respeto y promoción de los derechos esenciales, sea que estos se encuentren garantizados en la Constitución o en los tratados internacionales correctamente incorporados a nuestro Derecho.

Por tanto, al menos en lo que respecta a las garantías fundamentales de las personas y su tutela efectiva, los tratados internacionales tendrán el mismo peso normativo que la Constitución, ya que considerarlos como inferiores a la Constitución, sería contradecir el objetivo de respeto y promoción de los derechos esenciales, los cuales no necesariamente se encuentran todos taxativamente enumerados y consagrados por el constituyente.

Las principales consecuencias de asumir que los tratados internacionales que se refieran a derechos humanos y la Constitución Política tienen un mismo rango normativo, es que las normas de rango legal deberán estar subordinadas también a los tratados internacionales, cediendo la aplicación preferente de éstos por sobre la ley.

Respecto a la Constitución, al tener la misma jerarquía normativa que los tratados internacionales de Derechos Humanos, y en caso de que exista una diferencia sustancial sobre algún asunto ahí contenido, estas contradicciones deben ser superadas al momento de incorporar un tratado a nuestro ordenamiento jurídico, tratando de conciliar ambas visiones de manera complementaria según lo explicamos en el apartado I.1 de este trabajo (Además, resultan relevantes las facultades preventivas que el artículo 93 le entrega al Tribunal Constitucional sobre tratados).

Finalmente, sobre el punto creemos que el único enfoque posible de armonización de la Constitución con el derecho internacional es aquel que posibilita solo control de constitucionalidad preventivo, ya que el control de inaplicabilidad e inconstitucional ejercido sobre tratados internacionales genera hipótesis de ilícito internacional por incumplimiento de obligaciones jurídicas convencionales dando lugar a la correspondiente responsabilidad del Estado.

En este sentido cuando el Tribunal Constitucional declaró admisible un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado internacional, no cumple con la obligación de hacer el máximo esfuerzo posible por complementar el Derecho internacional y la Constitución, cuestión que ha sido advertida por el propio Tribunal Constitucional, aunque a propósito de la correcta interpretación de un tratado internacional.⁶⁰

⁶⁰En efecto el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 804, considerandos 4° y 5°, ha determinado: "En este sentido, la regla de oro en la interpretación internacional está dada por el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena, la que ordena que: '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'. Esta regla, a su vez, da aplicación a la norma contenida en el artículo 27 de la misma Convención, según la cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplida por ellas de buena fe (...) Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno". Se reitera en el considerando 12°, que la autoridad nacional competente, debe dentro del marco constitucional y de sus atribuciones, materializar en debida forma y de buena fe las obligaciones convencionales: "(...) debe realizar todos los esfuerzos posibles, actuando en el marco de sus atribuciones y en la forma que establece la Constitución, para materializar en debida forma y de buena fe las obligaciones contenidas en ella".

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA.

Nos hemos propuesto como objetivo para este capítulo, el análisis detallado de la relación que existe entre el Estado chileno y los pueblos indígenas, y la influencia e importancia del Derecho Internacional sobre la materia. En este sentido, el derecho de propiedad indígena constituye el eje central de nuestro estudio. Por ello, creemos conveniente comenzar a partir de distintas perspectivas que nos permitan conformar una opinión fundada sobre el estado de protección normativa que existe en nuestro país, y la manera en que los estándares internacionales deben necesariamente ser aplicados por sobre el derecho nacional, en función de la importancia que merecen según lo hemos mencionado en el capítulo I.

Sobre esta premisa, hemos dividido este capítulo en dos grandes temas. En primer lugar, es necesario ofrecer un concepto abstracto sobre el fenómeno que importa para los pueblos originarios el territorio y, a su vez la relevancia que adquiere para los indígenas la relación con la tierra y el entorno. Estas dos cuestiones mediadas por la evolución histórica del tratamiento legal del tema en nuestro país.

En un segundo lugar, haremos un análisis detallado de la regulación normativa interna del derecho de propiedad en nuestro país, desde la Constitución, la ley indígena y los decretos relativos al tema, en especial respecto del derecho de consulta. De igual manera, nos referiremos a los principales tratados internacionales generales y particulares, en especial el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, en conjunto con la jurisprudencia que ha construido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principales sistemas comparados que estudiamos.

A partir del análisis de las normas internas e internacionales que se refieran al tema, realizaremos un contraste entre ambos sistemas jurídicos, comparando los estándares de reconocimiento y protección respecto del derecho de propiedad indígena, evidenciando la falta de adecuación interna a los estándares internacionales.

1. El concepto del derecho de propiedad para los pueblos indígenas y aproximación histórica.

En este primer apartado del capítulo II definiremos la importancia que representa para los pueblos indígenas la tierra, el territorio y los recursos naturales. Relación que sobrepasa ampliamente la concepción occidental que se tiene de la misma y que ha sido reducida a una significación de sujeto-objeto. Por el contrario, para los pueblos indígenas, esta relación recoge la cosmovisión del mundo que tienen, desde una herencia ancestral y colectiva.

De igual manera creemos conveniente esbozar un breve análisis histórico sobre la regulación legal que ha tenido la temática indígena en nuestro país y como esta reglamentación ha influido (en la mayor parte de las ocasiones) de forma negativa en la relación de los pueblos indígenas y sus tierras, territorio y recursos naturales.

1.1 Importancia de la tierra, el territorio y los recursos naturales.

La vinculación de los pueblos indígenas y tribales con su territorio no debe ser entendida únicamente desde una óptica legal. Su cosmovisión y vinculación con el entorno es mucho más estrecha que la que tiene hoy en día la sociedad liberal. De ahí que varias comunidades indígenas pertenecientes a pueblos originarios, como por ejemplo la Mapuche,

Rapa Nui o Aymará la nombren como “madre-tierra”, para referirse a su naturaleza.⁶¹ Así, el ideario liberal para entender la propiedad como un derecho que se ejerce de manera privada e individual no es posible concebirla desde la lógica de los pueblos indígenas.

Para sustentar lo anterior, es necesario remitirnos a la conceptualización abstracta de territorio desde la perspectiva indígena. Así, se entiende que territorio es “una construcción social, el resultado de diversas formas de apropiación del espacio del que participan diversos actores”⁶². En este sentido, es dable entender que el concepto de territorio tiene su raíz en la geografía y el ambiente físico en el cual se dispersa, se profundiza como ideal en base a los elementos culturales y sociales de quienes lo habitan.⁶³

Desde la visión antropológica, se ha levantado el escenario de que “en el territorio étnico; tiempo y espacio se conjugan, ya que allí ha transcurrido la experiencia vital que da sustento a la memoria histórica de la sociedad”. A mayor abundamiento, las propias comunidades así lo explican: “(...) nuestra vida transcurre en un espacio físico colectivo. La tierra- concebida como madre y creadora de vida- es elemento esencial (junto al agua, aire y

⁶¹ AYWIN, J. El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y el Territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales. P. 3.

⁶² BELLO, Álvaro. Territorio, cultura y acción colectiva indígena: Algunas reflexiones e interpretaciones. En: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de la Frontera, 2004. P. 98.

⁶³ Para profundizar la relación entre territorio y cultura, se debe entender la cultura como “las acciones, objetos y expresiones significativas (formas simbólicas), construidas y comprendidas dentro de un contexto socio-histórico, a través del cual los sujetos producen, transmiten y reciben tales formas simbólicas” En relación a lo anterior, aduciendo a su perspectiva antropológica Bartolomé destaca al territorio por sobre la tierra. Mientras que esta última debe entenderse como un medio de producción, la segunda es un referente de identidad, donde se inscribe la identidad colectiva, una articulación simbólica no sólo material y productiva. En: BELLO, Álvaro. Territorio, cultura y acción colectiva indígena: Algunas reflexiones e interpretaciones. En: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Op. Cit. p. 33.

fuego) para la pervivencia de nuestras comunidades. Por eso la compartimos y la tenemos en común”⁶⁴

En términos jurídicos, la visualización de la propiedad indígena colectiva no encuentra ninguna terminología común que le sea propia. Esta no puede ser homologada a la copropiedad, ya que “contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo supracolectivo (religioso y político); e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. La tierra se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado, del mismo modo en que el territorio de un Estado pertenece a él o a los pueblos que lo constituyen y no puede ser enajenado”⁶⁵.

En razón de esta cosmovisión propia de los pueblos originarios, y que se aleja de la doctrina jurídica y antropológica tradicional occidental, nace la imperiosa necesidad de dotar de un mecanismo de protección de la misma, sea por medio del Estado o los organismos correspondientes. De esta manera, la CIDH ha sido enfática al señalar que: “(...) la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra” y que “la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”⁶⁶.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha dispuesto que “La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

⁶⁴ REGINO, A. La Reconstitución de los pueblos indígenas, en BARTOLOMÉ, M. y BARABAS A. (coord.) Autonomías étnicas y Estados nacionales, México, CONACULTA, INAH, p.416 citado en BELLO, Álvaro, territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones.

⁶⁵ MEZA LOPE-HANDIA GLAESSER, M. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile, Una mirada desde el ordenamiento jurídico y chileno y la urgencia del Reconocimiento. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2009. p. 32.

⁶⁶ CIDH, Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1111, Doc. 59 rev., 2 de Junio de 2000, Capítulo X, párr.16.

debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”⁶⁷

En definitiva, para avanzar en formas efectivas de protección, es necesario realizar un reconocimiento en derecho al territorio desde la perspectiva que lo entienden los mismos pueblos indígenas, de cualquier otra manera, cualquier tipo de regulación, sería atentar contra la cultura de las etnias minoritarias y la imposición de una visión occidental del derecho de propiedad que podría tener consecuencias etnocidas, esto porque resulta muy difícil preservar los derechos de autogobierno y culturales que vienen arraigados en su relación con la tierra.⁶⁸

1.2. Fuentes históricas y legales al derecho territorial indígena.

La historia de los pueblos originarios presentes en el Estado de Chile ha sido diversa, en consideración de su particular contexto histórico y geográfico; desde tiempo inmemoriales ha sido habitado por diferentes pueblos, aportando cada uno con su cultura, forma de vida, organización sociopolítica y su vinculación con la tierra, territorios y recursos naturales. La

⁶⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de Junio de 2005. Serie C, N° 125, párr. 154.

⁶⁸ Como lo veremos más adelante, en la Ley 19253 se plantean mecanismos de protección y reconocimiento al derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas con las tierras que habitan, pero con una orientación netamente individual de la propiedad.

invasión⁶⁹ de los conquistadores españoles produjo una alteración radical en su forma de vida. Las guerras, las enfermedades traídas por los españoles que devastaron buena parte de la población, y la institución de la encomienda, que si bien en su inicio buscaba la protección de las comunidades terminó derivando en la apropiación de sus tierras por parte de los conquistadores hispanos. Durante este período, destacó el pueblo mapuche, quienes realizaron un exitoso proceso de resistencia y obligó al régimen Español reconocer su independencia política y territorial.⁷⁰

Con la instauración de la República, el Estado Chileno tuvo una lógica expansionista, anexando los territorios de aquellas comunidades ancestrales que no habían podido ser dominadas por los españoles. De dicha forma, el Estado anexó primeramente aquellos territorios ancestrales ubicados en los canales australes, Patagonia y Tierra del Fuego, luego los territorios de los pueblos atacameños, aymara, quechua, coya y diaguitas. Posteriormente anexaron al pueblo Rapa Nui anexando la Isla de Pascua en 1888. A fines del siglo XIX sometieron al pueblo mapuche y se adueñaron de sus territorios para considerarlos dentro de la Nación. Dicha política expansionista del Estado fue dando fisonomía definitiva al territorio de Chile, quedando las poblaciones indígenas diversas y numerosas que lo habitaban desde antiguo, bajo la jurisdicción de un Estado a cuya constitución no habían sido invitados sino para formar parte de sus mitos y relatos fundadores.⁷¹

⁶⁹ Concepto utilizado por las comunidades ancestrales y fue acogido por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato del año 2003.

⁷⁰ ALWYN, J. y YAÑEZ, N. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho. Lom Ediciones, 1º Edición, 2013. Pp. 41-42.

⁷¹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato para los Pueblos Indígenas. Año 2003. p. 532.

A partir de ahí, la historia de nuestro país renegó de la diversidad cultural de las comunidades indígenas⁷². Se impuso por las elites del país la idea de que nuestra sociedad fue concebida como una racialmente homogénea, de origen fundamentalmente europeo,⁷³ renegando así de los pueblos ancestrales que habitaban en el actual territorio nacional. Dicha renegación tuvo su homologación en el marco legal chileno; la entrada en vigencia del Código Civil en 1857 tuvo graves repercusiones en la situación territorial indígena, esto porque se estableció un sistema de inscripción de propiedad raíz en el registro del Conservador de Bienes Raíces, provocando que gran parte de las tierras ancestrales que poseían los indígenas fuesen ocupadas e inscritas por chilenos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las etnias sobre las nuevas normas chilenas, perdiendo por tanto el derecho sobre sus tierras.

Ya en 1866, el 4 de diciembre se dictó una ley⁷⁴ que si bien pretendió darle reconocimiento a los derechos territoriales indígenas, estatizando los terrenos sólo una vez delimitados los territorios indígenas, en la práctica no se respetó la posesión en su integridad, cometiéndose atropellos tanto por la Comisión Radicadora⁷⁵ que colonizó y concesionó tierras

⁷² La Comisión, en su informe final estableció que dicha renegación de la diversidad cultural no fue una evolución natural espontánea. El desarrollo del Estado nacional en Chile, en cambio, es resultado de un proceso guiado por un proyecto político que- en conformidad con los ideales republicanos- tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo de la ciudadanía. “La ceguera frente a la diferencia” que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la negación de la identidad y de la existencia de los pueblos originarios como entidades sociohistóricas” En: Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Op Cit. p.531.

⁷³ ALWYN, J. y YAÑEZ, N. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho. Op. Cit. p.43.

⁷⁴ Ley de la cual no se conoce número, luego de una exhaustiva revisión de múltiples fuentes bibliográficas.

⁷⁵ La Comisión Radicadora de Indígenas fue creada en el año 1883, la que estaba conformada por un abogado, que la presidía, y dos ingenieros. Su objetivo fundamental consistía en radicar a los indígenas en espacios delimitados, las reservaciones, de modo que el resto del territorio quedase libre y expedito para la colonización. Ciñéndose a las reglas establecidas en la Ley del 4 de diciembre de 1866 “... la Comisión Radicadora procedía al deslinde de los terrenos que eran ocupados por los indígenas, debiendo estos probar una posesión efectiva y continuada de al menos un año. Una vez resueltos y fijados estos deslindes, dicha comisión procedía a extender un acta de todo lo realizado en un libro, y expedía a favor del o de los indígenas poseedores un Título de Merced

haciendo caso omiso al mandato legal, y de parte de los mismos particulares que usurparon por medio de la violencia las tierras indígenas.

Después de la llamada “pacificación de la Araucanía”⁷⁶, las políticas indígenas del Estado se limitaron netamente a temas territoriales.⁷⁷

La profesora Mylene Valenzuela Reyes lo describe de la siguiente forma:

“(...) la legislación que se dictó [...] se dirigió a solucionar el problema de la propiedad indígena, a reglamentar su adquisición, la celebración de los contratos, la concesión de derechos reales, deslindamiento, fundación de poblaciones y colonias, radicaciones, etc. En síntesis, el objeto de la regularización legal se centró únicamente en la ocupación, distribución, transferencia y delimitación de la propiedad inmueble indígena”⁷⁸.

a nombre de la República, insertando copia de dicha acta y anotando el título en otro libro que servía de registro conservador de la propiedad indígena. En: BENGUA, José. Historia del pueblo Mapuche. Santiago, LOM Ediciones, 1996. p 343.

⁷⁶ Esta denominación ha sido criticada abiertamente por diversos historiadores de nuestro país. En una reciente entrevista el historiador Sergio Grez manifestó que *“ésta fue una ocupación militar e implicó el desalojo violento de mapuches de sus tierras ancestrales, la pérdida de miles de hectáreas que fueron entregadas a grandes propietarios agrícolas o a colonos chilenos y extranjeros, obligando al pueblo mapuche a vivir en pequeñas reducciones, generalmente con las tierras más malas y que no tenían mayor interés económico. Es un término muy incorrecto y que tiene una carga ideológica muy grande, puesto que es un eufemismo para designar un acto violento de despojo del territorio mapuche ancestral, quienes son sus legítimos propietarios”*. En <http://www.eldesconcierto.cl/pais-desconcertado/politica/2014/01/03/sergio-grez-pacificacion-de-la-araucania-es-un-eufemismo-para-designar-un-acto-violento-de-despojo> [Consulta: 25 de noviembre de 2016]

⁷⁷ Las políticas estatales sobre los territorios indígenas a su vez se orientaron principalmente a las tierras ocupadas por las comunidades mapuches, no solamente por ser la población indígena con mayor número habitantes en el país, sino por su resistencia a la ocupación de sus tierras. Por tanto, en adelante la revisión histórica se centrará en lo sucedido con las comunidades mapuches.

⁷⁸ VALENZUELA M. La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno. Santiago, Tesis, Universidad de Chile, 1992, p.47.

Bajo esa lógica, la ley del año 1.883 tuvo tres ejes centrales: (i) la radicación de indígenas⁷⁹, (ii) la enajenación de tierras fiscales en pública subasta, y (iii) el otorgamiento gratuito de terrenos a colonos extranjeros y nacionales por el Estado⁸⁰.

Si bien el proceso de radicación produjo que las comunidades, y especialmente los mapuches siguieran poseyendo y usando la tierra de forma comunitaria tal como lo habían realizado tradicionalmente, se generaron de todas formas múltiples problemas, ya que se calcula que un tercio de la comunidad indígena quedó sin títulos sobre sus tierras, las cuales fueron a su vez vendidas por el Estado a particulares y colonos extranjeros. Lo anterior produjo el fin de la riqueza territorial mapuche y la fragmentación social a pequeñas unidades⁸¹, dado que se agruparon, bajo un mismo título de merced, a distintos grupos familiares con jefes propios no reconocidos por los demás miembros de la comunidad, naciendo rencillas dentro de las comunidades debido a la disgregación de las costumbres familiares que produjo la legislación vigente.⁸²

A partir de la segunda década del siglo XX, se crearon diversos cuerpos normativos que, según la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (creada para el proyecto de la ley 19.253); “tenían por finalidad disolver las comunidades indígenas creadas por las legislaciones anteriores”⁸³. De esta manera, en 1927 se publica la ley N° 4169, que crea un tribunal especial,

⁷⁹ Así, durante el proceso de radicación entre los años 1814 a 1919, el Estado chileno otorgó a los mapuches, entre las provincias de Arauco y Osorno, 2.918 títulos de merced con un total de 510.386 hectáreas, radicando a un total de 82.629 personas. *En*: Historia de la Ley. p. 50.

⁸⁰ La Comisión Radicadora de Indígenas tiene una larga vida, ya que tiene vigencia hasta ser suprimida por el Artículo 45 de la ley N° 4. 802 de enero de 1930. Mayor información en <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/265/derecho-propiedad.pdf?sequence=1>> [Consulta: 25 de agosto de 2016].

⁸¹ FOERSTER, R. y MONTECINO, S. Organizaciones, líderes y contiendas mapuches (1900-1970). Ediciones CEM, Santiago, 1988. p.13

⁸² Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. p. 391

⁸³ *Ibid.* p. 51

con asentamiento en Temuco, cuya intención es disolver las comunidades indígenas que tengan título de merced. A contar de ahí, se promulgaron diversos cuerpos legales que tuvieron como intención disolver las comunidades indígenas y dar paso a un concepto de propiedad indígena individual y enajenable. En 1930, se dicta la ley N°4.802 que crea los Juzgados de Indios, cuya función esencial es la división de las comunidades indígenas creadas mediante el título de merced. Esta división podía proceder incluso de oficio y contra la voluntad de los comuneros.⁸⁴ El proceso divisorio devino en el empobrecimiento del pueblo mapuche, a fines de la década del 30 un quinto de las posesiones territoriales mapuches fue utilizada por gente ajena a la comunidad a costa de las políticas reduccionales del Estado. Lo anterior produjo una ola de movilizaciones por parte de las comunidades mapuches, quienes demandaron al Estado por el despojo de sus tierras. De dicha manera, en 1929 se habían presentado ante los tribunales 1.219 juicios por recuperación de tierras comunales, es decir, más de un tercio de las reducciones estuvieron afectadas a esta expoliación.⁸⁵

De ahí en más, hasta la década del setenta, se vivió un proceso divisorio de las comunidades constituidas previamente por la Comisión Radicadora, que produjo la adjudicación de 132.736,72 hectáreas anteriormente indígenas a manos de propietarios particulares, básicamente por las débiles protecciones legislativas existentes en la época para un efectivo resguardo de las tierras indígenas, afectando a 832 comunidades de las 2.918 que se habían constituido por la Comisión Radicadora.⁸⁶

⁸⁴ Historia de la ley 19.253. p. 51.

⁸⁵ FOERSTER, R. y MONTECINO, S. Organizaciones, líderes y contiendas mapuches (1900-1970). Op Cit. p.13.

⁸⁶ Historia de la ley 19.253. pp. 52-53.

Con la llegada del gobierno de la Unidad Popular, se reconoce la posición desmejorada en al que se encontraban las comunidades hasta ese momento, por lo que mediante la ley 17.729 se pone término al proceso de división de las comunidades mapuches, disponiendo al efecto que la división sólo puede ser solicitada por la mayoría de los comuneros o por razones técnicas. Además, mediante el proceso de expropiación impulsado por la reforma agraria se posibilitó la recuperación de las tierras indígenas perdidas por parte de estas comunidades étnicas.

El último antecedente legal previo a la puesta en vigencia de la ley 19.253 dice relación con la promulgación del Decreto Ley N° 2.568 en el año 1979, modificado por el Decreto Ley N° 2.570 del mismo año, que tendió hacia la división de las comunidades indígenas al establecer en su artículo 10 que cualquier ocupante de una comunidad, sea mapuche o no, tenía la facultad para solicitar la división de ésta o de la reserva⁸⁷, y entregó el carácter de persona indígena sólo a aquellos que tuvieran derechos sobre tierras indígenas, estableciendo el nexo obligatorio entre indígena y tierra.

A su vez, el Decreto Ley N° 2.568 eliminaba todo reconocimiento a la existencia de estos grupos étnicos, al disponer en su artículo primero que a contar de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, “las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios”⁸⁸.

⁸⁷ Para los efectos del DL 2568, se entiende como “reserva” las tierras amparadas por los títulos señalados en el artículo 1° del DL, mientras permanezcan indivisas.

⁸⁸ <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6957>> [Consulta: 6 de agosto de 2016].

Finalmente, la sustitución del Instituto de Desarrollo Indígena por el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) fue la expresión final del afán de acabar, de raíz, con el “problema indígena”. Mediante esta nueva legislación elaborada con nula participación de los pueblos y organizaciones originarias, entre 1979 y 1990 se procedió a la división de casi la totalidad de las comunidades indígenas, entregando 72.068 títulos de dominio individuales a indígenas, por una superficie total de 463.409,81 hectáreas⁸⁹, representando esta nueva forma de propiedad, una modalidad que difiere sustancialmente con las costumbres históricas mapuches, dificultando a la vez su subsistencia económica y cultural.

De esta manera lo entiende, por ejemplo, el antropólogo José Bengoa, que esgrime:

“(…) el dictado de la nueva normativa representó el intento de supresión de un pueblo, de “solución definitiva” del problema indígena en Chile. No solamente porque se decretó el fin del indígena como grupo específico o minoría étnica, sino porque al poner término a las discriminaciones legales positivas (igualdad formal) se consagraron y ampliaron las discriminaciones sociales, económicas y culturales existentes (desigualdad real)”⁹⁰.

En definitiva, en nuestra Constitución Política, hasta hoy, sólo ha reconocido la existencia de un solo pueblo, el chileno, negando por tanto el carácter plurinacional de nuestra nación. Nuestras leyes a su vez, no reconocieron sus derechos territoriales, su propiedad sobre sus tierras y los recursos naturales que en ellas hay. Tampoco hubo un reconocimiento legal a sus culturas, idiomas, sistemas de organización política, sus sistemas normativos o sus espacios de autonomía. Sólo algunas leyes promulgadas, orientadas principalmente al pueblo

⁸⁹ Historia de la Ley 19.253. p. 54.

⁹⁰ BENGOA J. La división de las tierras mapuches. Santiago, Grupo de Investigaciones Agrarias, 1982, pp. 20-25.

mapuche, intentaron estructurar y organizar normativamente la situación de sus tierras y territorios, fomentando su distribución hacia los colonos extranjeros, sus ventas en públicas subastas y los reasentamientos de las comunidades en reducidos espacios de terreno.⁹¹

2. Regulación normativa del Derecho de Propiedad.

Nuestro estudio sobre el derecho de propiedad comienza desde su ámbito general de protección como garantía Fundamental en el artículo 19 de la Constitución y su regulación como derecho real en el Código Civil, hasta la consagración sectorial de la Ley N° 19.253 y los decretos N° 124 y N° 66 sobre consulta indígena en referencia al derecho de propiedad indígena.

En el ámbito internacional, primero analizaremos lo señalado en tratados internacionales generales de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos), luego en tratados internacionales específicos sobre el tema (Convenio N° 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), jurisprudencia atinente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente el estudio Comparado de regímenes constitucionales que a juicio nuestro han entregado una correcta solución a la problemática indígena, como es el caso de Canadá, Nueva Zelanda y la evolución en el contexto constitucional latinoamericano, especialmente en el Estado Plurinacional de Bolivia⁹².

⁹¹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. p.44.

⁹²La pertinencia para analizar estos ordenamientos jurídicos comparados está determinada por la evolución común que han experimentado administrativamente, desde Estados coloniales con alta presencia de pueblos originarios, a sistemas proteccionistas con una alta recepción de los estándares internacionales en materia indígena. El caso particular que más nos llama la atención, por una proximidad geográfica e histórica, es la

2.1 .El derecho de propiedad en el derecho chileno.

2.1.1. Constitución Política de la República y Código Civil.

El derecho de propiedad se encuentra consagrado en nuestro país, tanto en un ámbito constitucional como legal. A nivel constitucional su regulación se ubica en el catálogo de los Derechos Fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas. A nivel legal, su regulación se realiza a partir del artículo 582 del Código Civil, correspondiente al título II, del libro segundo que trata sobre los bienes, y su dominio, posesión, uso y goce⁹³.

En primer lugar, es necesario señalar que el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política señala que se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, a todas las personas por su sola condición de tal, estableciendo en este sentido un marco general de protección.

La regulación normativa del derecho de propiedad y la forma en que este se configura es una cuestión no pacífica sea a nivel doctrinario o legislativo, ya que dicha garantía no solo constituye uno de los elementos centrales de nuestro Derecho Positivo, sino que de la vida en sociedad. De esta manera se explican las múltiples interpretaciones filosóficas e históricas del concepto de propiedad, generando igualmente una evolución en el ámbito jurídico.

Partiendo de un concepto primitivo de propiedad esbozado por el Derecho romano clásico, modificado posteriormente en la etapa feudal de la edad media, el Derecho de

evolución que se ha experimentado a nivel latinoamericano, desde un periodo anterior al reconocimiento del Convenio N° 169 de la OIT, hasta la consagración de las llamadas “Constituciones Indigenistas”, como ocurre en el caso del Estado de Ecuador y Bolivia.

⁹³Artículo 582 del Código Civil “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

propiedad adopta su nomenclatura actual durante el siglo XIX a partir del Código Civil Francés de 1804 que consagró una propiedad liberada, con una fisonomía individualista⁹⁴.

Precisamente la concepción que recoge nuestro Código Civil sobre propiedad, es la que se consagró en el Derecho Civil Francés, del cual don Andrés Bello se hizo parte, tomando como base la corriente del racionalismo jurídico imperante en Europa durante el Siglo XIX.

Bajo esta influencia filosófica-jurídica que adoptó nuestro Código Civil, el derecho de propiedad fue regulado desde la perspectiva de un sujeto abstracto e individual, con amplias facultades sobre el mismo⁹⁵. En este sentido, el artículo 582 expresa que estas facultades corresponden al goce y disposición de manera *arbitraria*, es decir, niega toda cabida posible a una consagración colectiva del mismo, como ocurre en el caso particular de los pueblos indígenas.

Sin embargo, a juicio de ciertos autores, esta sobreabundancia de arbitrariedad es morigerada mediante la *función social de la propiedad* que ha acuñado el constituyente en su artículo 19 N° 24 inciso 2°⁹⁶.

En este sentido, y por sobre el carácter individualista que le entrega el Código Civil al derecho de propiedad, el constituyente reconoce algunas restricciones, privaciones y reservas para este Derecho real absoluto. Por ello en algunos casos el Dominio debe ser ejercido con consideración a los intereses de la sociedad y no solo de los particulares del propietario⁹⁷.

⁹⁴PEÑAILILLO ARÉVALO, D. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009. p.80.

⁹⁵CORDERO QUINZACARA, E. 2006. “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”. Revista derecho (Valdivia) v.19 n.1 Valdivia, julio 2006. <versión On-line ISSN 0718-0950> [Consulta: 5 de julio de 2016].

⁹⁶PEÑAILILLO AREVALO, D. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales Op. Cit. p. 77.

⁹⁷Ibíd, p.89.

El espíritu del constituyente fue siempre poner en resguardo el derecho del afectado, en palabras del profesor de Derecho Civil, Daniel Peñailillo:

“La Constitución autoriza a la ley [y sólo a la ley] para imponer restricciones y deberes, por cierto sin indemnización [como que se imponen con base en la función social], y para privar del dominio, integral [expropiación en su sentido tradicional] o parcialmente [por privación de un atributo o facultad esencial], aquí mediante ley expropiatoria y, por tanto, con la consecuente indemnización (...) sin afectar el derecho en su esencia”⁹⁸.

Esta importancia constitucional que se ha dado a la protección del derecho de propiedad, se grafica por ejemplo en la nomenclatura utilizada por el constituyente en el artículo 19 N° 24, inciso 1°, señalando que la Constitución asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”.

Siguiendo la nomenclatura del derecho de propiedad; “*en sus diversas especies*”, advertimos que es la propia norma constitucional que establece una diversificación del derecho protegido. Así lo ha señalado el TC en Sentencia Rol N° 1298-2009, señalando que: “La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad ‘en sus diversas especies’. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure”⁹⁹. Entre las diversas especies de propiedad encontramos por ejemplo la propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas, propiedad rural, propiedad intelectual, propiedad industrial, propiedad indígena, etc.

⁹⁸Ibíd. p.96.

⁹⁹Sentencia Rol N° 1298-2009-INA, considerando cuadragésimo cuarto.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 309, en la que señaló que: “El artículo 19, N° 24, de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse 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 encuentran vigente la Ley N° 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable a los indígenas”¹⁰⁰.

Se abandona un concepto unitario de propiedad y se entrega su configuración al legislador según sea la naturaleza del objeto de protección del derecho mismo, pudiendo haber tantos estatutos de propiedad según sean las situaciones que merezcan regulación.

Ahora bien, y en función de lo que ha señalado el jurista español Fernando Rey¹⁰¹, por más que el derecho de propiedad admita una diversificación o diferenciación según la realidad social a la que se enfrente, esta regulación responde necesariamente a una idea central de propiedad privada constitucional, que la media y configura, y que en nuestra Constitución estaría definida por el artículo 19 N° 24¹⁰².

Por tanto, la sustancia de la regulación sectorial de la propiedad según sea la realidad social a la que se enfrenta estará siempre (y necesariamente) delimitada por la forma establecida en la Constitución.

En este sentido, en uso de las facultades legislativas que se reconocen a partir de la diversificación de la propiedad que establece el constituyente, podríamos llegar a concluir que

¹⁰⁰Sentencia Rol N° 309-2000-INC., Tribunal Constitucional, considerando septuagésimo séptimo.

¹⁰¹QUEZADA, F, “El derecho de propiedad privada en la constitución chilena: un intento de sistematización”, 2011. Repositorio Académico Universidad de Chile.p.104.

¹⁰²Ibíd. p.105.

el derecho de propiedad indígena (como especie de propiedad en los términos del artículo 19 N° 24 inciso 1°) se encuentra indirectamente reconocido y garantizado por la Constitución.

Sin embargo, y como lo hemos expresado, ambas concepciones de propiedad (la indígena y la que se encuentra recogida en la Constitución) no solo son disímiles sino que contradictorias. En ningún caso podemos determinar que el derecho de propiedad indígena pueda ser amparado bajo un concepto constitucional de propiedad privada, ya que la esencia del derecho de propiedad indígena es su caracterización como un fenómeno ancestral y colectivo.

2.1.2 Ley Indígena N° 19.253.

2.1.2.1 Antecedentes que fundaron la Ley 19.253

A comienzos del Gobierno de don Patricio Aylwin, diversas organizaciones mapuches, junto a organizaciones Aymara y Rapa Nui, levantaron un conjunto de reivindicaciones con el propósito de resguardar sus derechos denegados, en especial aquellos sobre sus derechos sociales, políticos, territoriales y de participación; y, a la vez, exigir un nuevo trato con el Estado y con la sociedad chilena en general. De esta forma, en 1990, el nuevo gobierno democrático creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI)¹⁰³ que tuvo como principal labor la elaboración de un proyecto de ley indígena.¹⁰⁴

¹⁰⁴ ALWYN, J. y YAÑEZ, N. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho. Op. Cit.p.161.

Los ejes principales tratados por esta Comisión guardaban relación con el efectivo reconocimiento de la diversidad étnica y cultural indígena¹⁰⁵, la participación de sus representantes en la conducción de la política indígena del Estado, la protección legal de sus tierras y aguas, la entrega de tierras fiscales o particulares a las comunidades indígenas con el fin de revertir las políticas divisorias del pasado y un apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades.

De esta manera, la Comisión presentó un anteproyecto desarrollando cada una de estas reivindicaciones, que fue enviado al Congreso Nacional en 1991, junto a un proyecto de reforma constitucional referente a los pueblos indígenas, y un proyecto para la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

Sin embargo, estas iniciativas del Ejecutivo no encontraron acogida en el Poder Legislativo, ya que, si bien se aprobó el proyecto de ley indígena, ésta se hizo con importantes modificaciones en el Congreso, que se mostró reticente en el uso del término de “pueblos indígenas”, considerando que dicho precepto era una amenaza para el carácter unitario del Estado, debilitando así las demandas reivindicatorias indígenas. Sobre este tema específico, profundizaremos en el Capítulo III.

¹⁰⁵ Este punto fue uno de los más controvertidos en el debate legislativo, toda vez que en general se rechazó que en la ley se utilizara el concepto de “pueblos”, reconociendo así la diversidad de pueblos étnicos en nuestro país, arguyéndose que el reconocimiento de distintos pueblos ponía en riesgo la soberanía nacional que radicaba en un solo “pueblo”, que era el pueblo chileno.

2.1.2.2 Contenidos Principales de la Ley 19.253

2.1.2.2.1 Principios Generales.

La ley a pesar de tener limitaciones importantes en cuanto al ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas, “intenta reconocer a los indígenas como sujetos colectivos (etnias) e individuales, y poner término a la situación de discriminación en que estos se han encontrado a través de la historia”¹⁰⁶

Siguiendo esa premisa, la Ley 19.253 en su artículo primero establece que “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”¹⁰⁷

En relación al reconocimiento de calidad indígena la ley en su artículo 2° indica que se consideran como indígenas “a los hijos de padre o madre indígena, identificando como tales a los que descienden de habitantes originarios de las que define como tierras indígenas. Considera a su vez con dicha calidad a quienes poseen al menos un apellido indígena y a quienes no lo tienen pero pueden acreditar su procedencia hasta por tres generaciones. Por último, dispone que son indígenas los que mantienen rasgos de una etnia indígena, entendiéndose por tal la práctica de sus formas de vida, costumbres o religiones de modo habitual, además de aquellas personas cuyo cónyuge es indígena”¹⁰⁸. Agrega dicho artículo,

¹⁰⁶ ALWYN, J. y YAÑEZ, N. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho. Op. Cit. p.162.

¹⁰⁷ Ley 19.253, Artículo 1°, Inciso 1°.

¹⁰⁸ ALWYN, J. y YAÑEZ, N. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho. Op. Cit. p.163.

siguiendo la línea de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, que es necesario que el individuo se autoidentifique como indígena.

Respecto a su organización, la ley reconoce dos formas de agrupación: las comunidades y las asociaciones, estableciendo los requisitos y el mecanismo para que puedan obtener la personería jurídica, y así poder gozar de los derechos que establece la Ley 19.253.

¹⁰⁹ En cuanto a las comunidades, la ley en su artículo 9 las reconoce como agrupaciones de personas pertenecientes a una misma etnia¹¹⁰ indígena, ya sea porque provienen de un mismo tronco familiar, reconocen una jefatura tradicional, poseen o han poseído tierras en común o provienen de un mismo poblado antiguo. A su vez, para la constitución de dichas comunidades, la ley exige un mínimo de diez personas que representen al menos un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse a ellas.¹¹¹ Finalmente, en cuanto a las asociaciones indígenas, la Ley les reconoce un fin meramente funcional, definiéndolas como las agrupaciones de a lo menos veinticinco indígenas que se constituyen con un fin común, ya sea este educacional, cultural o económico, no pudiendo estas arrogarse la representación de las comunidades indígenas.¹¹²

2.1.2.2.2. Tratamiento de la tierra, aguas y territorio indígenas

En la legislación anterior a la ley 19.253, el citado Decreto Ley 2568, se exponía en su artículo 1° que son tierras indígenas todas aquellas que fueron concedidas en virtud de (i) Un

¹⁰⁹ Íbidem.

¹¹⁰ Una de las principales críticas a la Ley 19.253 es la utilización del vocablo “etnia”, por sobre el de “pueblos”, concepto que fue rechazado en la discusión de la ley tanto en la sala de la Cámara de Diputados como de Senadores, al considerar que atentaba contra la concepción de un solo pueblo (el pueblo chileno) que garantiza nuestra Constitución.

¹¹¹ Ley 19.253, Artículo 10.

¹¹² Ley 19.253, Artículos 36 y 37.

título de merced¹¹³, (ii) Mediante título gratuito de dominio. A su vez, el Decreto Ley recalca que si las tierras eran inscritas en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejaban de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatarios.

Atendiendo la debilidad de la protección de las tierras indígenas en el Decreto en cuestión, el mensaje del Ejecutivo en el proyecto de la ley 19253, es apuntar a “una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos, regularizando la propiedad de las tierras y aguas (...) y protegiendo las tierras de las comunidades indígenas. La ley debe establecer normas para la plena protección de las tierras que pertenecen a ellos, y plantear mecanismos para ampliar las tierras comunitarias, ya que en muchas partes el minifundio prácticamente impide vivir de lo que la tierra produce”¹¹⁴

De esta forma, en el Proyecto de Ley presentado se incluye un título contemplado al Reconocimiento, Protección y Desarrollo de las Tierras Indígenas; donde ya en su artículo 9^o¹¹⁵ agrega a la calidad de tierras indígenas ya dispuestas en el Decreto Ley 2568 todos

¹¹³Títulos que fueron otorgados a los mapuches una vez que el Estado chileno concluyó el proceso de ocupación militar de la Araucanía. Estos títulos se entregaron en virtud de la Ley del 4 de Diciembre de 1866 por la Comisión Radicadora de Indígenas, en las provincias de Bio Bio, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia y Osorno, iniciándose la titulación en 1884 y terminando el proceso en el año 1929. En: Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Volumen 2- Anexo. “Resultados del Estudio Relativo a la Propiedad Actual de las Tierras comprendidas en 413 Títulos de Merced de las Provincias de Malleco y Cautín”. p.3.

¹¹⁴ Historia de la ley. p.10.

¹¹⁵ Ley 19.253, Artículo 9º.- Son tierras indígenas aquellas que los indígenas actualmente ocupan en propiedad y/o posesión, provenientes de Títulos de Merced, otorgados de conformidad a las leyes de 4 de Diciembre de 1866, de 4 Agosto de 1874, y de 20 de Enero de 1883; títulos de Comisario; cesiones gratuitas de dominio efectuadas de conformidad con la Ley N° 4169; la Ley N° 4802; al Decreto Supremo N° 4111, de 1931; a las leyes N°s 14.511; 16.436 con las disposiciones que la hayan modificado o complementado; 16.640; 17729; Decreto Ley 1939, de 1979; Decreto Ley número 2568 de 1979, que modificó la ley 17.729; el Decreto Ley número 2695 de 1980, y otras leyes y mecanismos que el Estado ha usado para ceder, regularizar y/o entregar tierras a los indígenas. Serán también tierras indígenas aquellas que proviniendo de estos títulos y cuerpos legales, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a indígenas por los Tribunales de Justicia. En aras del interés nacional estas tierras gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción. Sólo se permitirá su enajenación en favor de otro indígena. Igual

aquellos mecanismos que el Estado ha usado para ceder, regularizar, y/o entregar tierras a los indígenas. Serán también tierras indígenas aquellas que proviniendo de estos títulos y cuerpos legales, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad indígena por los Tribunales de Justicia. En el mismo artículo se establece la protección de las tierras indígenas, disponiendo que “estas tierras gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción. Sólo se permitirá su enajenación a favor de otro indígena”¹¹⁶.

A su vez, el proyecto de ley buscaba un aumento de las tierras consideradas indígenas, como a su vez una red de protección y desarrollo reconocido legalmente, evitando así irregularidades que conllevaran a abusos y despojos ocurridos en épocas anteriores. De esta manera lo entendió la Comisión Especial de los Pueblos Indígenas, que comprendió que uno de los objetivos principales de la ley es proteger y ampliar las tierras indígenas, entendiendo que para su desarrollo es necesario un medio ambiente adecuado y la ampliación del concepto de territorio “entendiéndolo como un espacio de creación, desarrollo y vida de los indígenas que excede muchas veces las propias tierras que ellos mantienen en propiedad”¹¹⁷. En definitiva, distintos actores destacan que la ley buscaba establecer una relación estrecha entre ecología, medio ambiente, cultura y desarrollo de los pueblos, por lo que se buscaba disminuir los agentes del pasado que llevaban a una continua depredación de los recursos naturales, contaminación y otros desequilibrios que afectaban su cultura y supervivencia.

protección tendrán las tierras que el Estado asigne a futuro a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas y aquellas otras que se inscriban en el Registro de Tierras y Aguas Indígenas que establece esta ley.

¹¹⁶ Historia de la ley 19.253. p.11.

¹¹⁷ Historia de la ley 19.253. p.68.

En relación a la discusión legislativa en este tópico, cabe destacar el debate producido respecto al artículo 13¹¹⁸ del proyecto de ley por las limitaciones que se impone a la enajenación de las tierras declaradas indígenas, dado que algunos diputados consideraron que esto provocaba una limitación en el mercado de tierras en el sector, las que finalmente fueron desestimadas, por considerarse que aun sin esa disposición el mercado de tierras de ese sector era restringido, y que el precepto apuntaba a la protección de las tierras declaradas indígenas.¹¹⁹ De esta forma, el artículo 13 dispone que las tierras indígenas no pueden ser, por regla general, enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción. Además, se estableció un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para así posibilitar la compra de predios vía subsidios o, en casos de conflicto, para la adquisición o regularización de derechos de aguas, y para posibilitar el traspaso de tierras fiscales a los indígenas y comunidades que carecen de ellas.¹²⁰

¹¹⁸ Ley 19.253, Artículo 13.- 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. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.

Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta.

¹¹⁹ Historia de la Ley 19.253. p. 143.

¹²⁰ Ley 19.253. Artículo 20.- Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación. A través de este Fondo la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos:

a-Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación. Para obtener este subsidio se distinguirá entre postulaciones individuales y de comunidades. Para las postulaciones individuales el puntaje estará dado por el ahorro previo, situación socio-económica y grupo familiar. Para las postulaciones de comunidades el puntaje estará determinado, además de los requisitos de la postulación individual, por su antigüedad y número de asociados. Un reglamento establecerá la forma, condiciones y requisito de su operatoria;

b-Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que

Finalmente, la ley se aprueba con un claro y marcado énfasis en el reconocimiento de las tierras indígenas, es decir, aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión y que provienen de los títulos reconocidos por el Estado al indígena, como así también aquellas que sean inscritas en el registro de tierras indígenas o declaradas como tales a futuro por los Tribunales de Justicia¹²¹.

En definitiva, si bien la normativa propende un resguardo a las tierras indígenas, los derechos reconocidos sobre esta materia en la ley son limitados, habiendo finalmente, una débil protección al territorio indígena en general. Un ejemplo de lo anterior, es que no se toma en cuenta el concepto de territorialidad indígena que se incorpora en el Convenio 169 de la

existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas.

c-Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso. El Presidente de la República, en un reglamento, establecerá el modo de operación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.

¹²¹ Ley 19.253. Artículo 12.- Son tierras indígenas:

1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos:

a. Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823.

b. Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883.

c. Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores.

d. Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961 y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores.

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar, y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definidas por esta ley.

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.

OIT¹²², y tampoco se reconocen derechos sobre los recursos naturales, ya que el Congreso Nacional en el proceso de tramitación de la ley eliminó el artículo 18¹²³ del proyecto, que establecía que los titulares de tierras indígenas, en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrían derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales y uso de riberas en tierras indígenas y aguas colindantes.

Profundizaremos en torno a la diferencia de estándares de protección y reconocimiento que se advierten entre el derecho nacional e internacional, en la parte final de este capítulo.

2.1.3 Decreto Supremo N° 66

El Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social regula actualmente el proceso de consulta indígena en nuestro país en virtud del artículo 6 del convenio 169 y de esta forma, derogando el decreto N° 124¹²⁴, que regulaba provisoriamente el proceso de consulta¹²⁵. Si bien, ha sido destacado como un avance en la normativa nacional en torno a las exigencias

¹²² El artículo 13 del Convenio 169 de la OIT dispone;

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, 2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberán 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 énfasis es nuestro)

¹²³ Artículo 18.- Los titulares de las tierras indígenas de que trata este párrafo, en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrán derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros, de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, de utilización y uso de riberas y cualquier otra concesión que el Estado esté facultado para otorgar en conformidad a las leyes vigentes, en tierras y áreas de desarrollo indígena y riberas y aguas colindantes con ellas.

¹²⁴ El Reglamento fue publicado el 25 de Septiembre del año 2009 y derogado el 04 de Marzo del año 2014. Dicho Reglamento fue criticado por distintos sectores en virtud de que el mismo no fue consultado de manera previa, no ajustándose además su contenido a las normativas internacionales. Para mayor profundización sobre las críticas realizadas al Decreto Supremo revisar: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/decreto-124-comentado.html> [Consultado el 12.12.2016]

¹²⁵ La Consulta Indígena es un mecanismo de participación que facilita el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

internacionales, ha sido fuertemente criticado por las comunidades indígenas, toda vez que la mesa de consenso levantada por la CONADI para la discusión de un nuevo reglamento de Consulta y así recoger las principales inquietudes de las comunidades indígenas, contó con escasa participación de los pueblos concernidos.¹²⁶

El relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, reconoció como un avance esta normativa, dado que el reglamento es un punto de inicio preponderante para el debido proceso de consulta y su regulación interna.¹²⁷ Sin embargo, el texto legal presentaba ciertas deficiencias que fueron observadas por el relator y finalmente incluidas en la versión final del reglamento¹²⁸.

Pese a ello, algunas materias reguladas por el reglamento siguen sin ajustarse a los estándares internacionales sobre el deber de consulta. Uno de los puntos de mayor controversia guarda relación con las medidas a ser consultadas, y en específico el concepto de *afectación directa*.

¹²⁶ El llamado proceso de “Consulta de la Consulta” derivó en un tremendo fracaso político, debido a la profunda desconfianza en el proceso que tuvieron las comunidades desde un principio y que se fueron acrecentando en medida que fue avanzando. De dicha forma, por ejemplo, las comunidades acusaron no ser tomadas sus opiniones en cuenta en la parte medular del Decreto; como también acusaron presiones indebidas de distintos sectores empresariales y mineros para restringir y limitar los efectos de la Consulta en los Proyectos de Inversión. Véase: CODDOU, Alberto, y GODOY, Nicolás. Fuerza estatal y conflicto mapuche. En: Informe Anual del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013. p. 26.

¹²⁷ ANAYA, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile Noviembre de 2012.

¹²⁸ Por ejemplo, en el artículo 2 del reglamento, en principio se conceptualizó a la consulta como “un deber de los Estados y un derecho de los pueblos indígenas, y no como un proceso transaccional”

Durante la discusión llevada en la mesa de consenso, las comunidades indígenas buscaron ampliar las causales de afectación directa y darle una visión más subjetiva.¹²⁹ El artículo 7 del reglamento, exige, como medida estándar, que la medida ya sea legislativa o administrativa, cause un impacto significativo y específico¹³⁰. El problema se genera a partir de la conceptualización en lo que se entenderá por *afectación directa*, toda vez que en materia ambiental, esta acepción tiene implicancias para exigir un estudio de impacto ambiental y con ello, el consentimiento de los pueblos indígenas a través de un proceso de consulta; por ello, el uso de este término podría llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de la consulta, y por ello se haría necesario una concepción más subjetiva de acuerdo a las comunidades indígenas.¹³¹

¹²⁹ Coordinación Nacional Indígena “Propuesta sobre Reglamento de consulta del artículo 6 y 7 del Convenio 169”

¹³⁰ D.S. 66. Artículo 7º.- Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. 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. Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y 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, y 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.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.

¹³¹ INDH “Informe de la misión de observación” p. 24.

Sin embargo, la posición de los pueblos concernidos ha encontrado un amplio rechazo desde un punto de vista jurídico, debido a que generaría una incertidumbre y se alejaría de los criterios clásicos del sistema jurídico chileno, ya que no habría claridad sobre cuáles medidas serán susceptibles de consultarse y cuáles no. En razón de lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema ha esgrimido que no deben consultarse aquellas normas que sean de carácter general y afecten a todos los habitantes del país en general y no a los pueblos indígenas en particular¹³².

Por tanto, es menester dotar de un cierto contenido al concepto de *afectación directa* toda vez que de ello depende la claridad que deba existir para iniciar un proceso de consulta y cuáles son las medidas susceptibles de ser consultadas. Por ejemplo, en virtud de la redacción actual del artículo 7 del reglamento, las medidas administrativas que otorgan concesiones eléctricas y derechos de aprovechamiento de aguas no son necesarios de ser consultados. A su vez, si bien el reglamento cubre las concepciones de tierra y territorio, sólo en la práctica se verá cuán amplio o restringido termina por entenderse estos conceptos.¹³³

Otro aspecto del decreto que ha generado cuestionamientos, es el artículo 4, el cual dispone que el proceso de consulta es facultativo para los organismos constitucionalmente autónomos.¹³⁴ Esto no se adecúa a lo dispuesto por los órganos internacionales; la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayaku¹³⁵,

¹³² Corte Suprema, Fallo Corporación de Desarrollo Integral con Superintendencia de Educación. Rol N° 9868-2013.

¹³³ ANINAT, I. Los Desafíos Pendientes del Convenio 169. En Revista Centro Estudios Públicos, Edición 369, Abril 2014. p. 3.

¹³⁴ De esta forma, por ejemplo, la aplicación de la consulta indígena en el otorgamiento de las consultas indígenas, es facultativa, dado que no constituyen una medida administrativa o legislativa ya que son otorgadas por el Poder Judicial.

¹³⁵ El caso en cuestión, el cual fue resuelto por la Corte Interamericana en el año 2012, guardó relación sobre la responsabilidad del Estado de Ecuador por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal

implica “el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos”¹³⁶

Pese a lo anterior, no se deja de reconocer que algunos de los elementos incorporados dentro de la normativa constituyen un verdadero avance, siempre que su aplicación práctica se condiga con los estándares internacionales. Así por ejemplo, la inclusión del principio de buena fe (artículo 9), la necesidad de realizar la consulta a través de procedimientos apropiados (artículo 10), incorporan principios desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que otorgan herramientas para interpretar el reglamento en conformidad al convenio”¹³⁷

Sin embargo, tal como lo esgrime James Anaya, la verdadera efectividad del reglamento devendrá de su debida aplicación, en la interpretación e implementación práctica en casos específicos; debiendo ser aplicables los principios desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia nacional.¹³⁸

Como lo menciona el profesor de Derechos Humanos, Claudio Nash:

indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haber realizado un proceso de consulta previo.

¹³⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 166.

¹³⁷ NASH, C. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Centro de Derechos Humanos, 2014. p.58.

¹³⁸ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile Noviembre de 2012.

“El deber de realizar la consulta previa conforme a los estándares que fija el Convenio 169 de la OIT es deber de toda autoridad pública, por tanto, la autoridad administrativa encargada de ejecutar la consulta está obligada a interpretar e implementar los decretos referidos en conformidad a los estándares fijados por el Convenio 169 y la jurisprudencia internacional. La omisión de esta aplicación conforme traerá consigo la judicialización de los casos y su eventual reenvío al sistema internacional”.¹³⁹

2.1.4. Decreto Supremo N° 40.

El Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente regula el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA). Este sistema tiene por finalidad evaluar y certificar que los proyectos de inversión, tanto públicos como privados, cumplan con los requisitos ambientales que le son aplicables. Anterior a la entrada en vigencia de este reglamento, la participación de los pueblos indígenas concernidos debía realizarse a través del proceso de participación ciudadana que se establece en la ley ambiental. Sin embargo, este procedimiento de participación fue rechazada constantemente por las comunidades indígenas, toda vez que dichas normativas no eran concordantes con lo dispuesto en el convenio 169.

En relación a esto, en el nuevo reglamento del SEIA se dispuso un procedimiento específico sobre la consulta indígena.¹⁴⁰ En este aspecto, es positiva la inclusión de estos

¹³⁹ NASH. C. Op Cit. p.59.

¹⁴⁰ 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 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

preceptos específicos en la normativa ambiental, estipulando la necesidad de realizar una consulta de buena fe y con los mecanismos apropiados para las características socioculturales de cada pueblo. Pese a ello, no se debe soslayar la desprolijidad y la deficiente técnica normativa con la que se estableció el proceso de consulta en el reglamento.¹⁴¹

En específico, no se deja claro si el Decreto Supremo n° 66 debe ser utilizado de manera subsidiaria en aquellos proyectos que requieran de consulta previa, ya sea porque surten alguno de los efectos dispuestos en el artículo 10 de la ley 19.300, como porque se trata de un EIA. Así las cosas, en aquellos casos que sólo se trate de una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA) la que ingrese al Sistema de Evaluación Ambiental, no deben ser sometidos a este proceso de consulta indígena, según indica la normativa; sino que a un proceso de participación ciudadana, que es una instancia de mera recopilación de las observaciones de los pueblos a los proyectos de injerencia, con plazos breves y mecanismos de participación que no se ajustan al Convenio 169 ni incluso al Decreto Supremo n°66; ya que ambos expresan que este proceso de consulta debe responder al objetivo de establecer un

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.

141 En exposición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Washington en el marco de la audiencia especial “Derecho a la consulta previa de pueblos indígenas en Chile”, la consejera de la CONADI, Claudia Pailalef, indicó que los vicios del reglamento de evaluación de impacto ambiental guardan relación a que su diseño y aprobación no fue antecedido por las observaciones de las organizaciones representativas indígenas, sosteniendo como únicas interacciones con el Gobierno respecto al contenido del reglamento fueron talleres de información, no pudiendo pronunciarse sobre el mecanismo propuesto. En la misma instancia, Nancy Yañez, docente de la Universidad de Chile y directora del Observatorio Ciudadano expuso que: “De acuerdo al modelo reglamentario chileno, sólo son objeto de consulta aquellos proyectos de inversión de gran magnitud, susceptibles de generar impactos de reasentamientos de comunidades humanas, alteraciones significativas de los modos de vida y costumbre, localización próxima a territorios indígenas declarados áreas protegidas y en el evento de que afecte a un patrimonio cultural” En: <https://liwenmapu.wordpress.com/2014/03/28/chile-2014-consulta-a-pueblos-origenarios-observadores-exponen-en-eeuu-por-escasa-aplicacion-de-convenio-169>.

verdadero diálogo entre las partes, anteponiendo la protección de los derechos de los pueblos indígenas con la finalidad de llegar a un acuerdo entre las partes.

En consecuencia, hay una serie de actividades o medidas que podrían ser llevadas a cabo por particulares en territorios indígenas, sin que estas impliquen necesariamente un proceso de consulta indígena ni que ésta respete reglas de un debido proceso. Por ejemplo, es posible realizar ciertos actos devenidos por concesiones de exploración¹⁴² y actos reglados¹⁴³ sin que tengan el requisito legal de someterse a un proceso de consulta a los pueblos afectados.

En el caso de las declaraciones de impacto ambiental, el Decreto Supremo n° 66 establece en su artículo 7 que sólo estará sujetas a consulta aquellas medidas que *“sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”*.

Se trata por tanto de una imposición de condiciones que no se encuentra dispuesta en el Convenio n° 169, lo que evidencia la diferencia de estándares entre el derecho nacional e internacional y el incumplimiento de ellos por parte del Estado.

En particular, respecto a la evaluación de los proyectos de inversión medioambiental, se sustrae del proceso de consulta a todos aquellos procesos que según la ley general de medio ambiente no es susceptible de ingresar al sistema de evaluación¹⁴⁴. Así por ejemplo, la ley

¹⁴² Esta problemática es abordada por James Anaya al esgrimir que “en muchos casos, se llevan a cabo actividades de exploración, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener el consentimiento, hasta que se otorgue una licencia para extraer los recursos” James Anaya, Industrias Extractivas, párr.68.

¹⁴³ En cuanto a los actos reglados, al interpretarse el D.S. 66 se extrapola que los actos que no guardan discrecionalidad del administrativo, no deben ser consultados. Así por ejemplo, se omite el proceso de consulta para la regulación de las concesiones eléctricas.

¹⁴⁴ El artículo 11 de la Ley 19.300 establece: Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno

establece que no es pertinente que ingresen al SEIA “las autorizaciones de actividades exploratorias bajo cierta cantidad de pozos o sondajes y los permisos o autorizaciones de la Dirección General de Aguas, Sernageomin o el Ministerio de Minería, en el caso de la industria geotérmica¹⁴⁵”.

Debido a todo lo anterior, creemos que constituye un error seguir aplicando dicha normativa respecto del derecho de consulta de los pueblos indígenas, ya que la finalidad del decreto supremo n° 66 no tuvo en ningún momento el propósito de regular este derecho, sino que su finalidad fue establecer un procedimiento de participación ciudadana en la elaboración e implementación de proyectos medio ambientales y no un instrumento de protección de derecho de los pueblos indígenas; con ello, se vulnera no sólo el Convenio 169 de la OIT, sino que se incumple el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (en sus artículos 1 y 27) y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1).

Debido a las críticas, el ejecutivo a través del ministro del medio ambiente, Pablo Badenier y la ministra de desarrollo social, María Fernanda Villegas, con fecha 05 de noviembre del año 2014, anunciaron la revisión de los decretos 66 y 40, ya que a juicio del Ministro Badenier, “los procesos de consulta indígena para proyectos de inversión pública y

de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización 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, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

¹⁴⁵ Para el año 2014, las DGA manifestaron no haberse ingresado consultas a comunidades indígenas por la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, relacionadas con los proyectos mineros de las Regiones de Tarapacá, Antofagasta y Atacama. Así mismo, en entrevista de 4 de Julio del mismo año, Rolando Humire, Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños del Salar Atacama, confirmó que nunca han sido consultados por otorgamientos de concesiones de exploración y explotación de aguas subterráneas.

privada deben ser previos al ingreso al SEIA, dado que los procesos de consulta deben estar debidamente garantizados”¹⁴⁶

Sin embargo, la declaración anterior aún no se ha visto materializada en una modificación de los cuerpos legislativos correspondientes, por lo que han sido los tribunales, los que han exigido a los proyectos excluidos de la normativa, a realizar procesos de consulta previa. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de Prospección Paguanta, en el cual la Excelentísima Corte Suprema, estableció en su fallo que no debió tramitarse su resolución de calificación ambiental mediante una simple declaración, y a su vez, que por las condiciones del proyecto, no debió autorizarse la concesión de exploración minera en dicha área de interés indígena (ADI). Sobre la judicialización del derecho a la consulta previa, lo analizaremos con mayor rigurosidad en el capítulo IV.

2.2.El derecho de propiedad indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho comparado.

2.2.1. Tratados Internacionales.

Como lo expresamos en el capítulo I, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como fuente formal [no única] los Tratados que han sido promovidos esencialmente por la Asamblea de Naciones Unidas. En este sentido encontramos Tratados de carácter general, cuya función es consagrar catálogos no taxativos de Derechos

¹⁴⁶ Noticia aparecida en el Diario La Tercera el 05 de Noviembre del año 2014. Con mayor profundidad, el Ministerio agregó que “ cuando se hacen procesos de consulta indígena previo al ingreso al SEIA, la capacidad y la posibilidad de incidir sobre el diseño y emplazamiento de esos proyectos es mayor” <<http://www.latercera.com/noticia/gobierno-anuncia-revision-de-decretos-que-regulan-la-consulta-indigena/>> [Consulta: 10 de octubre del 2016]

Fundamentales, y también se encuentran también aquellos Tratados de carácter particular en cuanto a la temática que abordan, enfocándose específicamente en asuntos más delimitados.

El primer gran hito sobre la protección normativa a los Derechos Fundamentales que se esbozó desde la comunidad internacional, lo constituyen la Carta y Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas del 10 de diciembre del año 1948.

Ambos instrumentos dan cuenta del contexto político heredado de la segunda guerra mundial, donde la obligación de generar un sistema institucionalizado de protección de las garantías fundamentales de las personas en tantos sujetos individuales o como colectividades, se transformó en un imperativo de primera línea. Sin embargo, tanto la Carta de Naciones Unidas, como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, se dictaron en función de garantías y libertades personales, no haciendo mención alguna a los Derechos Colectivos ni mucho menos a los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Con fecha 16 de Diciembre de 1966 y mediante resolución N° 2.200, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó el Pacto Internacional de Derechos y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos instrumentos promulgados por nuestro país mediante Decreto N° 778 y N° 326 los días 29 de Abril de 1989 y 27 de Mayo de 1989 respectivamente.

El artículo 1 que es común para ambos instrumentos, consagra el Derecho a la libre determinación, en virtud de la cual los pueblos tienen el derecho de establecer libremente su condición política, su desarrollo económico, social y cultural. Para la consecución de estos

fines, pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, no pudiendo ser privados de sus propios medios de subsistencia¹⁴⁷.

Ambos Tratados Internacionales no se refieren a los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ciertamente consagran y promueven otras garantías fundamentales, sin embargo este artículo común, que se refiere al derecho de libre determinación de los pueblos, es un importante punto de partida (en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) para la consagración de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

De igual manera el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce y protege el Derecho de las minorías étnicas (también incluye a las religiosas o lingüísticas) a participar de su vida cultural, profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma¹⁴⁸.

En este sentido, reconocemos en estos instrumentos un primer aporte normativo para el reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas, ya que aunque se refieran a garantías generales y no en particular a la temática indígena, se pueden hacer extensivos de igual manera, utilizando los principios particulares de interpretación jurídica que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁴⁷“Artículo 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social, y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

¹⁴⁸“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho, 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.”

Justamente a partir de la aplicación de este instrumento, se comenzaron a ventilar casos individuales sobre discriminación de los pueblos indígenas, que utilizando el Pacto introdujeron en la Comunidad Internacional la situación de minoría en que se encontraban socialmente.¹⁴⁹

Esta experiencia, permite entender la preponderancia del proteccionismo y progresividad en la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que supera los límites propios de la interpretación clásica de la codificación del Siglo XIX influenciada por los parámetros del Derecho Común. En este sentido, es posible considerar que determinados cuerpos normativos, los cuales no se refieran a los Derechos Indígenas en concreto, puedan ser interpretados de forma amplia y progresiva, para generar un nivel de protección mayor.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se pronunció respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. *Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y*

¹⁴⁹AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDÍA, M., YÁÑEZ, N. “Los pueblos indígenas y el derecho”. LOM Ediciones, p.449.

que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado” [La cursiva es nuestra].¹⁵⁰

Por ello, una interpretación culturalmente sensible, supone que cada Derecho o Libertad debe ser determinado y aplicado en función del contexto en que éste exige reconocimiento y con el énfasis puesto en el sujeto titular de dicha garantía.

En palabras del profesor Nash:

“El carácter dinámico o *evolutivo* de la interpretación se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...)”¹⁵¹

Según este mismo autor, el contexto de los pueblos indígenas estaría dado la especial condición vulnerabilidad y un factor cultural preponderante. Por tanto, la labor del intérprete estaría previamente delimitada en función de dicho contexto y con el deber de asegurar el ejercicio de los Derechos en condiciones de igualdad y no discriminación, lo que implicaría necesariamente desmarcarse de las formas tradicionales de interpretar un Derecho o Libertad.¹⁵²

¹⁵⁰NASH, C. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: BAZÁN, V. y NASH, C. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico. Op. Cit. p.63.

¹⁵¹Ibid. p.63.

¹⁵²Ibid. p.64.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado en algunas decisiones, esta forma de interpretación desde la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto en Sentencia de 31 agosto de 2001 en caso Comunidad Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua, declaró que:

“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, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”¹⁵³.

En efecto, el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala lo siguiente:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

¹⁵³ 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.

Es interesante por ello advertir la interpretación extensiva que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos haciendo uso de la regla establecida en el artículo 29 de la propia Convención, ya que generó un parámetro de aplicación de la norma transcrita para casos de igual connotación.

2.2.1.1. Convenio N° 169 OIT

2.2.1.1.1. Antecedentes del Convenio.

La Organización Internacional del Trabajo, creada en 1919, se ha interesado de forma especial en la situación de los pueblos indígenas desde 1921, año en que se propone el desarrollo de estudios respecto a las condiciones laborales de los trabajadores indígenas. En este sentido, se desarrollaron sucesivamente diversas instancias a nivel internacional y se incluyó la situación indígena en algunos de los Convenios adoptados por la OIT. El planteamiento de la Organización respecto a los pueblos originarios ha pasado desde su consideración solo como trabajadores requirentes de atención social y económica, hacia un criterio más amplio como grupo cultural vulnerable, con concepciones propias en todos los ámbitos de la vida social.

El criterio de integración monocultural tuvo influencia, en las posturas oficiales en torno a los asuntos indígenas, como en las mismas organizaciones que se reunían en torno a esta preocupación. En 1953 la OIT publicó el trabajo “Poblaciones indígenas, Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes”¹⁵⁴, que da cuenta de los acuerdos surgidos en la primera reunión de la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena, y en la reunión llevada a cabo al año siguiente se establecieron criterios de

¹⁵⁴ <http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/ILO-SR/ILO-SR_NS35_span.pdf> [Consulta: 5 de octubre de 2016]

integración indígena a la legislación: “A este respecto, la Comisión estimó que convendría admitir que, mientras los grupos indígenas vivan en condiciones de aislamiento y protección, sus derechos y deberes deberían definirse teniendo en cuenta sus normas consuetudinarias, pero a medida que se avance en el proceso de integración, los indígenas que hubiesen adquirido sus derechos de ciudadanía deberían asumir gradualmente los deberes que les correspondan, según la legislación nacional”.¹⁵⁵

Esta integración jurídica del derecho indígena al sistema del Estado se materializó mediante un instrumento jurídico de los propios Estados, que buscó integrar y proteger a ¹⁵⁶los indígenas a través de normas generales basadas en las diversas instancias de discusión a nivel nacional e internacional: el Convenio número 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957.¹⁵⁷ Los pueblos indígenas no se encontraron presentes en la negociación de los términos de dicho Tratado, por lo que el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas, realizado el año 1977, resolvió rechazar totalmente el Convenio 107 y la Recomendación 104.

El Convenio 107, reconoce en su articulado la existencia del derecho indígena, que coexiste con las normas estatales a través de sistemas de coordinación, como la consideración del derecho consuetudinario indígena al momento de establecerles derechos y obligaciones, la consideración de sus costumbres en materia penal, entre otros.

¹⁵⁵ Oficina Internacional del Trabajo. *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*. 39º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1955, informe VIII. Ginebra, 1957. p.17.

¹⁵⁶ TENNANT, C. “Indigenous People, International Institutions and the International Legal Literature from 1945-1993”. *Human Rights Quarterly*, Vol 16, 1994. p.48.

¹⁵⁷ El carácter integracionista de dicho Tratado se refleja en sus articulados que se refieren a las poblaciones que se hallan en “etapas menos avanzadas que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional” (artículo 1); de la “integración progresiva en la vida de sus respectivos países” (Artículo 2.1.) y de la “adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo” (artículo 4 c).

Sin embargo, ambos sistemas jurídicos (interno del Estado e indígena) no conviven: “Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas [...] que no se hallan integradas todavía a 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 (...)”¹⁵⁸

El Convenio establece que dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

Así, el reconocimiento que hacía el Convenio 107 de la OIT al derecho consuetudinario indígena era esencialmente condicionado, ya que su existencia era reconocida como válida solo en el caso que las leyes del Estado lo permitieran. Si, adicionalmente, se tiene en cuenta que el espíritu del Convenio consideró a los indígenas como grupos en proceso de integración, o dicho de otra forma, en transición a la modernidad cultural, este reconocimiento se inscribe por tanto como una estrategia que dista del respeto al desarrollo propio, y se acerca más a una integración de tipo colonialista de los pueblos. Como establece James Anaya, la intención de este Tratado es que los “los miembros de las poblaciones indígenas gocen de sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto, en tanto que los grupos indígenas son beneficiarios de una protección secundaria”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Convenio 107 de la OIT, Preámbulo.

¹⁵⁹ ANAYA, J. “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”. Edición Trota, Universidad de Andalucía, Madrid, 2005. p.45.

Estos elementos, sumado a la creciente participación, organización y concientización de los pueblos indígenas a niveles nacionales e internacional, condujeron a la revisión del Convenio 107 por la Comisión de Expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986, que concluyó lo siguiente: “El enfoque integracionista del Convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”. Así se llegó al actual Convenio 169, que buscó eliminar la orientación integracionista que inspiró a su antecesor, y tiende ahora al reconocimiento a los indígenas de “...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 los que viven”.¹⁶⁰

A partir de dicha declaración, comenzó un proceso de discusión que involucró a las partes de la OIT y los pueblos indígenas a través de sus organizaciones, que se tradujo en un arduo debate respecto a tres puntos centrales del actual Convenio 169. “En primer lugar el concepto de “pueblos indígenas”, el cual se consideró que era preferible al encontrarse en sintonía con la terminología del derecho internacional y la utilizada por los propios grupos indígenas. A su vez, por las objeciones de los Estados miembros y de los representantes de los empleadores, el Comité incorporó el precepto que excluye el derecho a la autodeterminación de los pueblos (artículo 1.3. del Convenio). De la misma forma, por el temor que el concepto de “territorios” empleado en la propuesta del Secretariado significara una afrenta contra la soberanía nacional de los Estados, se introdujo la expresión “tierras o territorios” (Art. 13 del Convenio). Finalmente, se rechazó la obligación de buscar el “consentimiento” de los pueblos

¹⁶⁰ < <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/>> [Consulta: 18 de octubre de 2016].

indígenas para la aprobación de las medidas que los pudieran afectar, reemplazándose por el concepto de “consultas” (artículo 6 del Convenio)”¹⁶¹

El Convenio N° 169 fue aprobado por el consenso en la Comisión de Redacción de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989 por una gran mayoría de los delegados, entrando en vigencia en 1991 luego de la ratificación de Noruega y México, cumpliéndose así el requisito de aprobación por dos Estados.¹⁶²

La nueva visión adoptada por la OIT se refleja en el preámbulo del Convenio, cuyos considerandos dan cuenta de los aspectos centrales para la interpretación del mismo, en el cual se “refiere directamente a los pueblos indígenas como titulares de los derechos que reconoce y entrega una definición de los mismos, la cual recoge los elementos histórico-objetivos y subjetivos (de autoidentificación)”¹⁶³

En nuestro país, el 15 de septiembre de 2008, tras casi veinte años de discusión, el Estado Chileno ratificó el Convenio N° 169 de la OIT¹⁶⁴. En consecuencia, nuestro país incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, un conjunto de principios de derechos y obligaciones en su relación con los pueblos indígenas que habitan desde tiempos ancestrales el territorio de Chile.

¹⁶¹ MEREMINSKAYA, E. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y experiencias comparadas. En Centro de Estudios Públicos, Edición 121, verano 2011.p.222.

¹⁶² Artículo 38.2. del Convenio N° 169.

¹⁶³ MEZA-LOPEHANDIA, M. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Los Pueblos Indígenas y el Derecho. LOM Ediciones, Primera Edición, Santiago, 2013. p.340.

¹⁶⁴ El Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados el 11 de abril del 2000 por 72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones, alcanzando un quórum de 3/5 de los diputados en ejercicio. El 4 de marzo de 2008, el Senado lo aprobó por 36 votos a favor, 1 en contra y una abstención, superando así el quórum de 2/3.

A continuación, trataremos los puntos rectores del Convenio N° 169 y que en definitiva fueron los que centraron la discusión en su conformación: la Persona Indígena, el Tratamiento de las tierras y territorios indígenas, la utilización de los recursos naturales y el proceso de consulta indígena.

2.2.1.1.2. Principales aspectos de interés contenidos en el Convenio

2.2.1.1.2.1 Persona indígena. Tratamiento en el Convenio¹⁶⁵.

Existe consenso a nivel internacional respecto a la dificultad de definir unívocamente a la persona indígena y a los pueblos indígenas. Cualquier definición implica una delimitación del concepto, que arriesga la exclusión de personas o pueblos que, a pesar de no ceñirse a las características utilizadas, corresponden de todas formas a lo que normalmente entenderíamos como personas o pueblos indígenas.

El primer intento de reunir en una definición integral a la persona y al pueblo indígena la ofrece el Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, encargado por la ONU a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y

¹⁶⁵ 1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen 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.
 - 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.
2. 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.
 3. 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.

Protección a las Minorías, al relator especial José Ricardo Martínez Cobos. Según el estudio, “son comunidades, pueblos y naciones indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en sus territorios o parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad, y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.¹⁶⁶

En cuanto a la definición de persona indígena, “desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo), y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo)”.¹⁶⁷

El Convenio recoge este avance, y en lugar de intentar dar una definición restrictiva, lo que hace es describir algunas características no taxativas que son propias de los pueblos indígenas, para indicar a quiénes resultan aplicables las disposiciones del mismo. El objetivo del Convenio fue entregar un concepto funcional de la persona indígena, cuyos alcances se enmarcan dentro de las nociones propias del Convenio mismo¹⁶⁸. Así, el Convenio N° 169 considera algunos elementos objetivos tales como (i) la continuidad histórica, es decir, que corresponden a sociedades anteriores a la conquista o colonización que formó el Estado actual;

¹⁶⁶ ONU, doc. núm. E/CN.4/Sub.2/1986. Párrafo 87.

¹⁶⁷ MARTÍNEZ, J. Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Vol V Conclusiones, propuestas y recomendaciones) Nueva York, Naciones Unidas.

¹⁶⁸ MEREMINSKAYA, Elina. Op Cit. p.233.

(ii) la conexión territorial, en el sentido que los ancestros hubieran habitado antiguamente el país o región en cuestión; y (iii) las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas, que aún permanezcan vigentes entre los descendientes de la actualidad.

Adicionalmente, se considera como criterio fundamental para determinar la característica de pueblos indígenas un concepto subjetivo de autoidentificación, que se refiere a si un pueblo determinado se considera indígena y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo. En esto innova el Convenio, puesto que es la primera vez que se reconoce en un instrumento vinculante la relevancia de este elemento subjetivo para determinar la característica de indígena de un pueblo o persona.¹⁶⁹

El criterio de autoidentificación se encontraba configurado en la Ley N° 19.253 antes que se ratificara el Convenio. Se establecían, como ya hemos visto, tres criterios (i) ser hijo de padre o madre indígena, (ii) la ascendencia indígena por tres generaciones, (iii) la pertenencia cultural a una etnia indígena. En este último caso, la Ley establecía que se autoidentifiquen como indígenas. La importancia de esta norma era que permitía incluir en la protección de la Ley a etnias aun cuando no estuviesen mencionadas en el listado del artículo 1 de la Ley 19.253.¹⁷⁰ Un ejemplo de lo anterior, es el caso de los diaguitas, quienes fueron reconocidos expresamente como comunidad indígena bajo la protección de la Ley 19.253 en el año 2006 a través de la dictación de la ley 20.117. La moción de dicha ley parte bajo la premisa de que “profundo sentido de identidad y pertenencia con esta etnia, que tienen hombres y mujeres de la Región de Atacama, que se definen a sí mismos como diaguitas, que se asocian para recuperar y actualizar las tradiciones perdidas, para aprender, de boca de sus mayores,

¹⁶⁹ Convenio Número 169. Artículo 1°, Númeral 2.

¹⁷⁰ MEZA-LOPEHANDIA, Matías. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Los Pueblos Indígenas y el Derecho. Op Cit. p. 364.

laporismos y apellidos de la lengua originaria que persiste y se niega a morir, pese a la transculturización y a la hegemonía de la cultura hispánica”¹⁷¹, recalando así la autoidentificación como base prioritaria para su reconocimiento como comunidad indígena.

Respecto a la materia, la Corte IDH ha establecido que no le corresponde ni al Estado ni a ella la pertenencia étnica ni el nombre de una comunidad indígena, sino que pertenece a la propia autonomía indígena: “La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”¹⁷²

2.2.1.1.2.2. Tratamiento de la tierra y territorio indígenas¹⁷³.

¹⁷¹ Historia de la Ley 20.1171 Disponible en <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5674/>> [Consulta: 15 de octubre de 2016]

¹⁷² MEZA-LOPEHANDIA, M. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Los Pueblos Indígenas y el Derecho. Op Cit. 365p. Cita el caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010. Párrafo 37.

¹⁷³ Convenio Número 169. 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.

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.

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.

Como ya lo hemos mencionado, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra. Es aquí donde se desarrolla su historia, conocimiento, prácticas de sustento y creencias. Por ello, la pérdida de sus tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos con autonomía de los Estados modernos.¹⁷⁴

Ahora bien, es necesario hacer una distinción conceptual entre los conceptos de tierra y territorio: tradicionalmente el territorio se asocia con el concepto de soberanía, de lo que se deriva que no es posible que un pueblo se lo atribuya para sí, porque es inherente al Estado. Por otra parte, el concepto de tierra, en general, se refiere a una porción de un espacio geográfico con determinados deslindes que pertenece a alguien, sea a un particular o a una colectividad, y que sirve para ser explotada conforme al interés de quien la habita. Bajo este

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. 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.
3. Deberá impedirse 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 18

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, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

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;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

¹⁷⁴ Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de trabajadores del Campo y la Ciudad (FtCC), Informe, 2005, pág. 44.

concepto, la tierra admitiría la exclusión de terceros, puesto que su fin es satisfacer las necesidades de quien sea su propietario.¹⁷⁵

Sin embargo, cuando el Convenio habla de tierra, el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo ha indicado que el concepto debe entenderse como comprensivo de la *totalidad del territorio empleado por los pueblos indígenas*, incluyendo bosques, ríos, montañas, mares costeros, y tanto la superficie como el subsuelo, por lo que las disposiciones que éste contiene deben ser entendidas conforme a un concepto amplio.

En este sentido, el Convenio entrega un concepto de tierras específico para los artículos 15 y 16, que corresponde a la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

El establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en *la ocupación y el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados*. La OIT, a través de comisiones de expertos, ha entendido conferido el derecho a la tierra en virtud del Convenio, independiente de que tal derecho hubiere sido o no reconocido por el Estado¹⁷⁶, es decir, como una norma autoejecutable.

De igual manera se refiere la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, al considerar que la identificación de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, y la determinación del alcance de los derechos inherentes a tales tierras, no

¹⁷⁵ LÓPEZ BÁRCENAS, F. Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México. En Constitución y derechos indígenas (2002). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.p.126.

¹⁷⁶ Comisión de expertos, 73ª sesión, observación a Perú, publicación 2003, párrafo 7.

pueden basarse únicamente en conceptos y tradiciones jurídicas a los que el Estado ha adherido, que con frecuencia entran en conflicto directo con aquellos de los pueblos indígenas¹⁷⁷.

La intención de la apertura del concepto de propiedad indígena que realiza el Convenio N° 169 sobre la tierra, abarcando así la protección del territorio y el hábitat indígena, en razón de garantizar la particular relación con la tierra que tienen los pueblos indígenas que puede adoptar distintos niveles. Así, algunos autores han determinado tres formas de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios, (a) la propiedad tradicional, sobre la cual tienen un derecho exclusivo y excluyente, (b) un derecho de servidumbre tradicional, es decir un derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, y (c) derecho al hábitat, el cual es un derecho difuso sobre el hábitat que habitan u ocupan de alguna u otra manera”¹⁷⁸

El derecho de propiedad y posesión de las tierras¹⁷⁹ comprende tanto un aspecto individual como uno colectivo. Sin embargo, la experiencia de la OIT con los pueblos indígenas demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan

¹⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009. P. 94.

¹⁷⁸ MONTT, S. y MATTA, M. “Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile”. En Estudios Públicos 121, 2011. P. 199.

¹⁷⁹ En cuanto a la posesión de las tierras, la CEACR ha sostenido que la ocupación tradicional confiere derechos sobre la tierra, independientemente que dicho derecho se hubiera reconocido o no (OIT 2003, 739), toda vez que si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derecho de propiedad, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de Contenido (OIT, 2009, 742 y ss). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la ampliación del concepto de propiedad protegido bajo el sistema interamericano en base a “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (Yakye Axa vs. Paraguay, 2005. Párr. 137) En: MEZA-LOPEHANDIA, M. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Los Pueblos Indígenas y el Derecho. Op Cit. P. 379.

a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, terminan perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas, reduciendo de forma general los recursos de los que disponen cuando las conservan en comunidad.¹⁸⁰

A fin de proteger de manera eficaz los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras, el Gobierno debe establecer procedimientos para la identificación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión.

Estos procedimientos pueden adoptar formas diversas, y en ciertos casos, incluir medidas como la demarcación¹⁸¹ y otorgamiento de títulos, y en otros, puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración, como ha sido el caso de otros países.

Es probable que a partir de los procedimientos de regularización se generen reclamos contrapuestos sobre las tierras, tanto entre comunidades o individuos indígenas y no indígenas, como entre comunidades o individuos indígenas diferentes. Por esto, se hacen también necesarios procedimientos adecuados para resolver las reivindicaciones sobre las tierras, considerando los principios generales de participación y consulta a los pueblos indígenas en la toma de decisiones respecto de estos procedimientos.

Por otra parte, el Convenio establece la protección contra terceros que intenten ingresar a los territorios indígenas para obtener un beneficio personal y sin autorización de la autoridad

¹⁸⁰ Consejo de Administración, 273ª reunión, noviembre de 1998, párrafo 26.

¹⁸¹ Tal como lo establece el artículo 14.2 del Convenio, debe haber una obligación estatal de determinar las tierras indígenas y garantizar su protección.

correspondiente, así como contra quienes intenten quitarles dichas tierras a través de fraudes u otros medios deshonestos.¹⁸²

Respecto a los desplazamientos, el Convenio exige que sean realizados solo como una medida excepcional, y una vez que los pueblos indígenas interesados hayan dado su consentimiento libre, previo e informado. Si ellos no estuvieren de acuerdo con la reubicación y ella fuera inevitable, solo podrá realizarse luego de terminado un procedimiento adecuado establecido en la legislación nacional, que puede incluir encuestas públicas en las que los pueblos indígenas podrán exponer su opinión de manera eficaz. Cuando esta reubicación inevitable tenga el carácter de permanente, los afectados tendrán derecho a recibir tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico, respecto de las tierras que ocupaban de forma previa, o podrán aceptar otras formas de pago por concepto de dichas tierras perdidas.

Finalmente, el Convenio reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a recibir plena indemnización por cualquier pérdida o daño que pueda haber causado la reubicación.

2.2.1.1.2.3. Tratamiento en el Convenio de los recursos naturales¹⁸³.

¹⁸² ANAYA, J. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/12/34. Julio 2009.

¹⁸³ Convenio 169. Artículo 15:

1. 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.
2. 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.

El Convenio reconoce a los pueblos indígenas derechos sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, que pertenezcan a sus territorios. Tienen, asimismo, derecho a participar en la utilización, administración, protección y conservación de dichos recursos.

Si bien el Convenio admite los casos en que las legislaciones nacionales establecen que los recursos minerales o de otro tipo pertenecen al Estado, no obstante ello, los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados, a participar en los beneficios resultantes de la explotación de los recursos y a percibir una indemnización por los daños que puedan surgir como consecuencia de dicha explotación.

La necesidad de resguardar los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales radica en la especial relación que tienen con su identidad cultural y formas de vida, al respecto se ha considerado que “[d]ada la relevancia que los recursos naturales tienen en la identidad y forma de vida de dichos pueblos, el Derecho los reconoce como una dimensión esencial de los intereses a los que le otorga protección”¹⁸⁴

En cuanto a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, el artículo 15.1 del Convenio establece el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, debiendo definirse la especificidad de dicho derecho de acuerdo al marco de cada ordenamiento jurídico nacional.¹⁸⁵

¹⁸⁴ MONTT, S. y MATTA, M. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit. p.200.

¹⁸⁵ Según lo dispuesto por la OIT, en la “Guía para la aplicación del Convenio número 169 de la OIT”, p. 24 “dicho artículo se encuentra redactado en términos poco precisos porque debe adaptarse a las diversas realidades nacionales, por lo que si bien se reconoce el derecho a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, su alcance será determinado por la normativa interna, los derechos sobre las tierras que los pueblos tienen y el marco de capacidad que tengan para ejercer dichos derechos”

En cuanto a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, la propiedad sobre la tierra no otorga derecho sobre los recursos del subsuelo, perteneciéndoles estos al Estado.¹⁸⁶

En razón de lo anterior, en cuanto a los recursos naturales no estatales, el nivel de participación, administración y utilización de dichos recursos “no distaría mucho su situación a los no-indígenas al menos en cuanto al contenido legal de sus derechos”¹⁸⁷ Así, la única diferencia entre el estatuto general conforme al Código Civil y lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, es el especial deber de protección que tienen los Estados en la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales, no siendo suficiente la simple garantía del acceso a los tribunales como lo es respecto de los propietarios no-indígenas”¹⁸⁸

En relación a los recursos naturales que son de dominio estatal, el artículo 15 N°2 del Convenio 169 otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de expresar sus preocupaciones por el desarrollo de labores de exploración y explotación de los recursos que se encuentren en sus territorios. Sobre dicho punto, la OIT ha señalado que “[t]eniendo en cuenta que las actividades de prospección y explotación por lo general son procesos a largo plazo en los que las empresas reciben concesiones por períodos de 30 a 50 años, es importante subrayar que la obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta a los pueblos indígenas. En este sentido, el Artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de

¹⁸⁶ Así está establecido en el artículo 19, N° 24, inciso sexto de la Constitución Política de la República Chilena.

¹⁸⁷ MONTT, S.y MATTA, M.” Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit. p. 201.

¹⁸⁸ Ibid. p.202.

los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten”¹⁸⁹

2.2.1.1.2.4. Derecho de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado.¹⁹⁰

El Departamento de Normas Internacionales del Trabajo ha considerado que el objetivo principal de las disposiciones relativas a la consulta y participación de los pueblos

¹⁸⁹ OIT, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT” En: LÓPEZ DE MATURANA, Carolina y ROGERS, Sebastián. El Convenio 169 de la OIT y la Consulta Indígena. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2013.p.79.

¹⁹⁰ Convenio 169. Artículo 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

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

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

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

Artículo 7

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

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.

indígenas consiste en otorgarles participación efectiva en los procesos de toma de decisiones políticas, legislativas y administrativas, así como en los procesos de cualquier naturaleza que puedan afectarles directamente¹⁹¹. La interrelación de los principios de consulta y participación, en este sentido, no implica solo el derecho de reaccionar, sino también el derecho de proponer. Se considera que ellos 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 y social.

2.2.1.1.2.4.1. Las distintas modalidades del derecho de participación contempladas en el Convenio 169.

El derecho a la participación ha sido determinado como un derecho colectivo genérico, cuyo objeto es asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afecten de manera directa¹⁹². De esta manera, se han identificado tres mecanismos de participación en una escala progresiva:

- (i) Derecho a la participación;
- (ii) Derecho a la consulta;
- (iii) Derecho al consentimiento previo, libre e informado.

¹⁹¹ La Comisión de Expertos en su “Informe de Aplicación de Convenio y Recomendaciones”, Observación General sobre el Convenio número 169, 98º reunión, 2008, p. 731, esgrimió que “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países.” < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_10>488.pdf ≥ [Consulta: el 3 de enero del 2017].

¹⁹² MONTT, S. y MATTA, M.” Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit. p.189.

El *derecho a la participación*, ha sido conceptualizada como “la libre concurrencia de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de planes, políticas y programas que los afecten directamente”¹⁹³ Este derecho ha sido nombrado como un derecho rector del Convenio N° 169, toda vez que en su artículo 2 N°1, se impone a los gobiernos el deber de desarrollar con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad. El derecho de participación es contemplado en el Convenio N° 169 en distintas disposiciones:

- Derecho a la participación en general, de acuerdo al artículo 2° N°1¹⁹⁴;
- Derecho a participar en la toma de decisiones, de acuerdo al artículo 6° N°1, letra b)¹⁹⁵;
- Derecho a participar en los planes y programas de desarrollo, de acuerdo al artículo 7° N°1¹⁹⁶;
- Derecho a participar en la utilización, conservación y administración de los recursos naturales, de acuerdo al artículo 15° N°1¹⁹⁷;

193 Idem.

¹⁹⁴ Convenio N° 169, Artículo 2, N°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.”

¹⁹⁵ Convenio N° 169, Artículo 6, N°1, letra b: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”

¹⁹⁶ Convenio N° 169, Artículo 7, N°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 éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”

¹⁹⁷ Convenio N° 169, Artículo 15, N°1: “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”

- Derecho a participar en los programas de formación especiales, de acuerdo al artículo 22° N°2¹⁹⁸;
- Derecho a participar respecto a las actividades económicas tradicionales, de acuerdo al artículo 23° N°1¹⁹⁹;
- Derecho a participar respecto a programas de educación, de acuerdo al artículo 27° N°2.²⁰⁰

Luego, el siguiente escalón dentro del derecho de participación se encuentra el derecho a la consulta, el cual se entiende como “la obligación de los Estados de solicitar la opinión de los pueblos indígenas en materia de planes, programas y políticas que los afecten directamente”²⁰¹. Así, el Convenio ha establecido la obligatoriedad de realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas en las siguientes situaciones:

- Derecho de consulta cuando se adopten medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 6° N°1 a)²⁰²;

¹⁹⁸ Convenio N°169, Artículo 22, N°2: “Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación”

¹⁹⁹ Convenio N°169, Artículo 23 N°1: “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.”

²⁰⁰ Convenio N° 169, Artículo 27 N°2: “La autoridad competente deberá asegurar 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, cuando haya lugar”

²⁰¹ MONTT, S. y MATTA, M. ” Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit. p.189.

²⁰² Convenio N°169, Artículo 6 N°1 letra a): Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

- Derecho de consulta cuando se realice una explotación del suelo y subsuelo, de acuerdo al artículo 15° N°2²⁰³;
- Derecho de consulta en el caso de enajenación de sus tierras, de acuerdo al artículo 17° N°2²⁰⁴;
- Derecho de consulta a los pueblos indígenas en materia de establecimiento de proyectos educativos, de acuerdo al artículo 28° N°1²⁰⁵.

Finalmente, el derecho al consentimiento previo, libre e informado “implica una expresión vinculante por parte de los pueblos indígenas”²⁰⁶ , entregándole un derecho a veto a los pueblos. Este derecho se encuentra recogido en el artículo 16 N°2²⁰⁷ del Convenio, referente al desplazamiento y reubicación de las comunidades indígenas respecto de sus tierras.

2.2.1.1.2.4.2. Características de la participación ciudadana en el Convenio 169

²⁰³ Convenio N° 169, Artículo 15 N°2: “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”

²⁰⁴ Convenio N°169, Artículo 17 N°2: “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”

²⁰⁵ Convenio N°169, Artículo 28 N°1: “Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados 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. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”

²⁰⁶ Ibid. P.190.

²⁰⁷ Convenio N°169, Artículo 16 N°2: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo 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.

El análisis de las características participación ciudadana, como un sentido general, dispuesto en el Convenio 169, será recogido principalmente por lo dispuesto en la doctrina²⁰⁸, por el Relator Especial de las Naciones Unidas y el tenor literal del Convenio.

En primer lugar, se trata de un **principio inspirador del Convenio 169**, que es primordial para su interpretación y aplicación.²⁰⁹ El artículo 2, número 1 del Convenio impone el 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.

En segundo lugar, se trata de **un derecho autoejecutable y plenamente justiciable**, característica que se encuentra reconocida por el artículo 5° de nuestra Constitución y que fue ratificado por nuestro Tribunal Constitucional, el cual al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Convenio, señaló que los artículos 6° y 7° del Convenio eran autoejecutables.²¹⁰

Por tanto, si bien la participación puede y debe ser regulada mediante ley o reglamento, la aplicación de dicho derecho no puede estar supeditado a la creación de la normativa o la implementación de políticas públicas por parte de los órganos de la administración del Estado.²¹¹ De dicha manera, nuestros Tribunales, como lo analizaremos más adelante, han acogido recursos de protección interpuestos por miembros de comunidades indígenas cuando se han adoptado medidas que los afecten sin un debido proceso de consulta de acuerdo a los

²⁰⁸ Se seguirá, principalmente, lo dispuesto por los autores Santiago Montt y Manuel Montt y Jorge Contesse.

²⁰⁹ Guía Corta N°50 de la OIT.p.14.

²¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1050-2008.

²¹¹ MONTT, S. y MATTA, M.” Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit. p.190.

estándares establecidos en el Convenio 169, haciendo referencia al carácter autoejecutables de los artículos 6° y 7° del Tratado Internacional.

En tercer lugar, **la Consulta debe aplicarse cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.** Respecto a este punto, se ha discutido latamente sobre qué se entiende por “afectación directa”, determinación que no sigue un criterio general, haciéndose necesario realizar un análisis casuístico sobre las medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas implicados.²¹² De todas formas, se han entregado ciertas directrices para determinar cuándo una medida afecta directamente a las comunidades indígenas, considerándose que “no puede ser una posibilidad remota de afectación y/o que afecte de igual manera a otros integrantes del Estado”.²¹³ Por su parte, el Relator Especial de la Naciones Unidas, James Anaya, ha recalcado que “[E]l deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”²¹⁴

²¹² Ibid. p.191.

²¹³ CONTESSE, J. “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012. p.194.

²¹⁴ ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo” 15 de julio de 2009. Párr .63.

A su vez, cuando se habla de pueblos o comunidades afectadas directamente, se hace alusión a las comunidades particulares que se encuentran dentro del área de influencia del plan, programa, proyecto o política.²¹⁵

Finalmente, las medidas que el Estado tiene el deber de consultar son aquellas que emanan tanto de la Administración como del Poder Legislativo. Dichas medidas no deben ser interpretadas en forma restrictiva, “toda vez que el sentido y el fin del Tratado Internacional es aumentar y no restringir la participación de los indígenas en los asuntos que los afecten (...) no debiendo pasar el filtro por el tipo de medidas, sino por la afectación directa”²¹⁶. En ese sentido, la expresión “medidas administrativas como legislativas” se aplica tanto a las medidas de los entes colegisladores (y no sólo a las leyes en sentido estricto, sino que también en lo referido a reformas constitucionales) y a todas las actividades de los órganos de la administración del Estado, sean éstos centralizados o descentralizados, concentrados o autónomos, incluyendo las municipalidades y empresas del Estado”.²¹⁷

En cuarto lugar, **la obligación de garantizar la participación y los procesos de consulta adecuados recae en los Gobiernos y no en los privados**, ya que en concordancia con el punto anterior el Convenio impone la obligación de realizar el proceso de consulta cuando haya medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a las comunidades indígenas. Por tanto, el deber de realizar los procesos de consulta deviene en los

²¹⁵ MONTT, S. y MATTA, M.” Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” Op. Cit.p.191.

²¹⁶ CONTESSE, J. “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob Cit. p.196.

²¹⁷ LÓPEZ DE MATURANA, C. y ROGERS, S. El Convenio 169 de la OIT y la Consulta Indígena. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ob Cit p.99.

entes legisladores y los órganos de la administración del Estado. De esta forma también lo ha recalcado James Anaya estableciendo que “[I]ncluso cuando, en la práctica, son las empresas privadas las que promueven o llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, como la extracción de los recursos naturales, siguen incumbiendo a los Estados la responsabilidad de celebrar las consultas adecuadas o de garantizar su realización”²¹⁸

Ahora bien, a pesar de lo señalado anteriormente, los privados si se pueden ver afectados de manera indirecta cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que le sean aplicables a sus proyectos. El caso más usual en nuestro país, son aquellos proyectos de inversión efectuado por un privado que deben pasar por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para obtener la Resolución de Calificación Ambiental. Si bien el proceso de consulta debe realizarlo el Servicio de Evaluación Ambiental, éste le podrá exigir al privado realizar consulta y negociaciones con las comunidades afectadas para lograr así la aprobación del proyecto.

En quinto lugar, el proceso de participación en su sentido genérico, **debe tener un carácter previo**. Al tratarse de grupos socioeconómicamente vulnerables²¹⁹, el tratado exige que antes de la implementación de las medidas, los pueblos indígenas y tribales tengan la potestad de hacer valer sus opiniones. Así, “entre más temprana sea la consulta, mayores serán las posibilidades de los indígenas de participar activa y genuinamente en la toma de

²¹⁸ ANAYA, J. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo” Ob Cit. Párr .72.

²¹⁹ De dicha manera fueron catalogados por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N°1050-2008, en su considerando 15°.

decisiones, y en consecuencia, menor la posibilidad de falta de legitimidad de la medida administrativa o legislativa de que se trate”²²⁰

En sexto lugar, el derecho a la participación **debe realizarse de buena fe**. Este es uno de los principios más importantes del Convenio y sobre el cual han recaído variadas interpretaciones y discusiones. De acuerdo al artículo 6° N°2 del Convenio 169, la consulta debe hacerse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. De dicha manera, explica el profesor Jorge Contesse, “el propósito del Convenio es que los pueblos indígenas puedan manifestar su opinión y que esta sea debidamente sopesada por la autoridad, de manera que es preciso que los procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un formulario, sino para atender razones, ponderarlas y, de ser necesario, cambiar de opinión”.²²¹ Lo anterior implica que la consulta no se debe reducir a un mero trámite formal, sino que a un verdadero instrumento de participación, dotando a los pueblos indígenas involucrados de un real poder negociador para llegar a acuerdos.²²²

²²⁰ CONTESSE, J. “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob Cit. p.195.

²²¹ Ibid. p.196.

²²² Si bien en el Capítulo IV analizaremos la jurisprudencia nacional y sus implicancias en el derecho a la consulta, cabe resaltar, a modo ejemplar, los siguientes fallos: *Caso Aeropuerto Quepe, Corte Suprema*, Rol N°1608-2011, voto de minoría del Ministro Brito: “[...] informar no constituye un acto de consulta, por cuando sólo 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, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras que resulten consensuadas”. *Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama*. Corte Suprema, Rol N° 258-2011, Considerando 8°: “[...] desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir [...]”. *Caso Parque Eólico Chiloé*. Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, considerando 8°: “[...] Que las instancias de participación que se aducen en el ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad [...]”

Para aquello, es necesario que las comunidades indígenas implicadas sean escuchadas y tomadas en cuenta, “dándoles razones para rechazarlos o modificando las posturas estatales iniciales en caso de que aquellos planteamientos sean más razonables que los esgrimidos por el Estado”²²³ De igual forma, al tratarse de un proceso de negociación, los pueblos indígenas también tienen que estar dispuestos a cambiar sus posiciones originales, siendo el intercambio mutuo de opiniones y concesiones las que permiten un proceso de negociación en torno a un clima de confianza y respeto mutuo. Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas, James Anaya, considerando el tenor del artículo 6 N°2 del Convenio, ha esgrimido que las consultas deben ser “[N]egociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”²²⁴

Para tal objetivo, es menester que desde un inicio se le provea a las comunidades indígenas involucradas toda la información por parte del Estado (o un privado interesado) a través de un procedimiento adecuado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que sólo de esa manera los pueblos consultados “tendrán conocimiento de los posibles riesgos, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesta con

²²³ CONTESSE, J. “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob Cit. p.196.

²²⁴ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. Ob Cit, párr. 46.

conocimiento y de forma voluntaria”²²⁵. Dicha información debe ser entregada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen, e ir acompañada de toda la documentación relevante, especialmente los instrumentos internacionales relevantes”²²⁶ En definitiva, se considerará que el proceso de consulta se realiza a través de un procedimiento adecuado cuando implique la entrega de información oportuna, completa y que pueda ser comprendida por las comunidades.

Dentro de las características que el Convenio exige en los procesos de consulta, debe entenderse que los propios pueblos o comunidades interesadas son los llamados a determinar qué instituciones reúnen los requisitos de representatividad, a través de un proceso propio interno de los mismos pueblos o comunidades. La omisión de esta instancia implica que la consulta efectuada no cumpliría con los requisitos básicos del Convenio.

La institución representativa que convengan los interesados bajos sus propios mecanismos, debe ser reconocida por el Gobierno y con ella deberá procurar alcanzar los acuerdos y llevar a cabo negociaciones genuinas y constructivas. Asimismo, el Gobierno deberá evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados, e implementarlos de buena fe.

Finalmente, la consulta debe realizarse a través de las **instituciones representativas de los pueblos indígenas**. Éste es un requisito clave en el proceso de consulta, y de esa manera lo ha entendido la OIT a través de sus comités de trabajo al señalar que “el principio de

225 Corte IDH, caso Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133.

226 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”24 de abril de 2009 [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/393-ppios-consulta.html> [consulta 23 de diciembre de 2016]

representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.²²⁷

Tal como lo establece la OIT, hay un nivel de dificultad importante para identificar las instituciones representativas de los pueblos indígenas, dependiendo muchas veces del tipo de medida a consultar y su alcance.²²⁸ Debido a lo anterior, el Relator Especial de las Naciones Unidas ha entregado ciertos lineamientos para establecer la representatividad de una comunidad:

- (i) Dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas;
- (ii) Deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos;
- (iii) Debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y
- (iv) Conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.²²⁹

227 Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). www.ilo.org/ilolex. En: OIT (Organización Internacional del Trabajo) “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”. Op Cit. p.22.

228 A modo de ejemplo, una reforma constitucional sobre el reconocimiento del Estado como Plurinacional implica realizar un proceso de consulta a todos los pueblos indígenas del país. Distinto es el caso si se trata de un proyecto de inversión en una localidad determinada.

229 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales

2.2.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento de Derecho Internacional específico sobre la protección y promoción de los Derechos Indígenas. Es producto de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y fue adoptada el día 13 de septiembre del año 2007.

Este instrumento establece un marco normativo claro y definido sobre los estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas de todo el mundo, con un marcado acento en la concepción colectiva de los derechos de los propios pueblos. Si bien es cierto no tiene fuerza vinculante para ser aplicada directamente por los Órganos del Estado, genera un principio informador e inspirativo en cuanto a la política que deben adoptar los Estados para con los pueblos indígenas.

En este sentido, se ha señalado que: “aunque la declaración no es necesariamente dispositiva, al interpretar un tratado cuyas disposiciones coinciden con las de la Declaración, proporciona orientación importante de peso significativo”²³⁰

Este proceso orientativo puede incluso generar una consecuencia jurídica mayor, mediados por la práctica y el Derecho Consuetudinario, este tipo de declaraciones puede decantar en instrumentos jurídicos vinculantes²³¹, toda vez que la propia Declaración se ha configurado como un cuerpo normativo de recurrencia habitual para los diferentes actores del caso.

aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Op. Cit. p. 8.

²³⁰ Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Asamblea General de Naciones Unidas. UN Doc. A/68/317, 14 de agosto de 2013, párr. 65.

²³¹ ZALAQUETT DAHER, J. “La declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas”, Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008. p.142.

En este sentido, es relevante tener en consideración que la Declaración de los Pueblos Indígenas es un instrumento específico y entrega un criterio orientador de los Derechos Humanos generales ya consagrados en los Tratados Internacionales, esta vez aplicados específicamente en torno a la problemática de los Pueblos Indígenas, por tanto complementa el Sistema Internacional de los Derechos Humanos ya concebido²³².

Dentro de los Derechos importantes que se mencionan y consagran en la Declaración, se encuentra el Derecho a la autodeterminación de los pueblos (artículo 3), el derecho a participar en la adopción de decisiones (artículo 18), derechos culturales (artículo 8), la obligación para los Estados de obtener un consentimiento libre, previo e informado (artículos 10, 11, 19, 28, 29 (2), 32 (2)).

Un caso especial (para efectos de este trabajo) lo constituyen los artículos 25 a 32 de la Declaración los cuales consagran los derechos a las tierras, territorios y recursos.

El artículo 25 entrega dos elementos importantes para entender la relación de los pueblos indígenas con la tierra y el territorio. En primer lugar su relación espiritual con tierras, territorios y recursos y en segundo lugar la responsabilidad con las futuras generaciones. Esto genera un distanciamiento drástico de la concepción privada del Derecho de propiedad, el cual entrega las facultades al titular del Derecho de usar, gozar y disponer a su completo arbitrio²³³.

Por su parte, el artículo 26 de la Declaración consagra el Derecho de los pueblos indígenas a conservar su derecho de propiedad sobre sus tierras y recursos, estableciendo la

²³²HERVÉ, D. y PÉREZ, S. 2012. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Dirección de Extensión y publicaciones, p.32

²³³Ibíd, p.34.

obligación positiva para el Estado de protección de dichas tierras y recursos y generar una institucionalidad y legalidad para respetar las leyes y tradiciones de los pueblos indígenas.

A su vez el artículo 27 consagra la obligación negativa de abstención para los Estados para respetar y reconocer las leyes y tradiciones de los pueblos indígenas sobre la tierra y recursos. De igual manera, genera una obligación adicional para emprender acciones para que estos derechos sobre sus tierras sean respetados en los sistemas legales no indígenas.

El artículo 28 establece el derecho histórico de los pueblos indígenas para recuperar o ser compensados cuando sus tierras y recursos hayan sido de manera injusta sustraídos, ocupados, usados o dañados sin su consentimiento.

Por último, el artículo 32 consagra el Derecho de los propios pueblos indígenas para decidir la manera en la que quieran trabajar y desarrollar sus tierras y recursos. En este sentido, cuando el Estado genere decisiones que puedan afectar los Derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, siempre deberá obtenerse el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

En este sentido, con el efecto de dar plena aplicación a las obligaciones que la Declaración establece, se hace imperativo que el Estado adopte decisiones desde la óptica de los propios pueblos indígenas, familiarizados con su cosmovisión sobre la tierra el territorio y los recursos.²³⁴

²³⁴ Aplicación de la Declaración de la OUN sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Manual para parlamentarios N° 23. “UIP/ONU-DAES/ACNUDH/PNUD/FIDA”. p.22.

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.1. Sentencias y pronunciamientos relevantes.

Como fue expuesto anteriormente, previo a la Declaración Universal de Derechos de Pueblos Indígenas e incluso antes del Convenio 169 de la OIT; el único instrumento internacional que hacía alusión a la materia indígena era el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que haciendo una interpretación progresiva del artículo 27 ha permitido proteger el territorio ancestral indígena, como también su vinculación con la religión y las tradiciones culturales de los pueblos ancestrales.

Así, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, se ha pronunciado respecto a la trasgresión de dicho artículo como en el caso denominado “Ominayak y el Grupo del Lago Lubicon contra Canadá”²³⁵ de 1990 en que se estableció que: *“Los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen los derechos de las personas, en comunidad con otros, para comprometerse en actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen”*²³⁶ [La cursiva es nuestra].

En este sentido, el Comité reconoció que la subsistencia y actividades económicas tradicionales de los pueblos indígenas son parte de su cultura, por lo que la interferencia con tales actividades provocaría un detrimento en su integridad cultural y supervivencia.

Esta primera aproximación constituye un importante punto de partida, ya que como hemos dicho la decisión del Comité se basa únicamente en la interpretación progresiva de un

²³⁵ Comité de Derechos Humanos. *Bernard Ominayak y otros v. Canada*. Comunicación No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

²³⁶ Ver en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/167-1984.html> [consultado 06.10.2016]

instrumento como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no tienen precisamente como objetivo establecer un estándar de protección a los pueblos indígenas.

Desde la perspectiva interamericana el proceso de recepción de los derechos de los pueblos indígenas ha pasado por diversas etapas. Durante la década de 1970, la Comisión Interamericana intervino en casos de esclavitud y genocidio en Paraguay, basándose en “razones históricas y principios morales”²³⁷, pero omitió considerar los derechos colectivos y sólo se limitó a exigir el respeto a los derechos individuales de los involucrados.

Paralelamente la Comisión Interamericana exigió la obligación de proteger por parte de los Estados a las tierras indígenas, en consecuencia, al derecho de propiedad de los pueblos tribales.

Ya terminando la década de 1980, la Comisión interpretó que el derecho a la vida de los indígenas de la Amazonia ecuatoriana se encontraba amenazado por la actividad petrolera en el sector, en virtud de la relación de aquellos con la tierra.

Con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, la defensa de los derechos de los pueblos indígenas tomó fuerza en el sistema interamericano, entrando a una etapa que se caracterizó por el reconocimiento de sus derechos como pueblos.

En este sentido, el fallo de la Corte IDH en el año 2001 del caso “Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua”²³⁸ marcará un hito esencial en la jurisprudencia de la Corte en

²³⁷ CIDH. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1972, OEA/Serv.L/V/II/27 Doc. 11 rev., 6 de marzo de 1972, Parte III,V.

²³⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Los hechos del caso están referidos a la Comunidad indígena Awas Tingni, conformada por más de 600 personas. En marzo de 1992, con ocasión de un proyecto de extracción forestal, la Comunidad celebró un contrato con la empresa MADENSA con la finalidad de determinar el manejo integral del bosque, reconociéndose así ciertos derechos de participación sobre el territorio ocupado por la Comunidad en

relación a los derechos de los Pueblos Indígenas, particularmente en lo que dice relación con su derecho al territorio y la vinculación del mismo con su supervivencia cultural.

La trascendencia de este caso es la interpretación que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el concepto de propiedad comunitaria, la que ha permitido garantizar los derechos de los Pueblos Indígenas. En el caso en cuestión, recurre a la Corte la Comunidad Indígena Mayagna Awas Tingni denunciando la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente a afectaciones de una empresa privada sobre su territorio por medio de una concesión de explotación maderera.

La Corte (como ya expusimos de manera breve anteriormente), para la resolución del caso, por primera vez interpretó el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual consagra la propiedad privada, desde una visión amplia y progresiva, interpretando evolutivamente dicha norma, para así proteger el derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas. Por tanto, los miembros de las comunidades indígena o tribales que estén en posesión de sus tierras tradicionales tienen el derecho a solicitar al Estado el reconocimiento legal de la propiedad, con consideración de las restricciones, el artículo 21 establece que “la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad”.

virtud a su “posesión histórica”. Dos años después, la Comunidad, MADENSA y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua (MARENA) celebraron un convenio mediante el cual el Ministerio se comprometió a facilitar la definición de las tierras comunales de la Comunidad. En marzo de 1996 el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa SOLCARSA, sin que la Comunidad hubiese sido consultada al respecto. La Comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones fueron atendidas. Asimismo, presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco produjeron resultados positivos. [Resumen en: CIDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°11. p.8]

Ahora bien, la Corte ha sostenido que la restricción precedente sólo podrá ser efectiva cuando: “a) hayan sido previamente establecidas por la ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr el objetivo legítimo en una sociedad democrática”²³⁹.

En definitiva, este fallo, si bien no prohibió a priori la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, estableció una serie de limitaciones en pos del resguardo del territorio indígena y el respeto a su desarrollo y subsistencia como pueblo, estableciendo un estándar de protección adecuado desde la cosmovisión propia de los pueblos indígenas.

En sentencias sucesivas la Corte ha esgrimido que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.²⁴⁰ Uno de los casos emblemáticos fue el de la comunidad indígena Yakye Axa con el Estado de Paraguay²⁴¹, en el cual

²³⁹ Corte IDH, “Caso del Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127.

²⁴⁰ Corte IDH Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005., párr. 135.

²⁴¹ Los hechos del presente caso se relacionan con la Comunidad indígena Yakye Axa, conformada por más de 300 personas. A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas de la zona. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias. A principios del año 1986 los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas. No obstante, ello no trajo consigo una mejoría en las condiciones de vida de los miembros de la Comunidad. Es así como en 1993 los miembros de la Comunidad decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional. Se interpusieron una serie de recursos, lo cuales no generaron resultados positivos. Desde el año 1996 parte de la Comunidad Yakye Axa está asentada al costado de una carretera. En este lugar se encuentran asentadas un número que oscila entre 28 a 57 familia. El grupo restante de miembros de la Comunidad Yakye Axa permanecen en algunas aldeas de la zona. [Resumen en: CIDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°11. Op.Cit. p.5]

la Corte estableció que “los derechos territoriales indígenas debían diferenciarse del derecho de propiedad común en base a que el de los primeros abarca un concepto más amplio y diferente relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con un control y cuidado de su hábitat como *condictio sine qua non* para la debida reproducción de su cultura, su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.”²⁴²

En definitiva, la Corte Interamericana ha insistido que es menester un debido resguardo de la propiedad comunal del territorio indígena, “*como manera de proteger los derechos básicos que emanan de tal propiedad, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros*”²⁴³. [La cursiva es nuestra].

Otro caso emblemático fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el de la Comunidad Saramaka vs Suriname.²⁴⁴ En dicho caso, la Corte analizó con profundidad el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege los recursos naturales de las comunidades indígenas, indicando que en el caso en cuestión había una afectación directa respecto “del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o los bosques y sus frutos como hogar para distintos animales de caza para su sobrevivencia”²⁴⁵ ; como también una afectación indirecta a través de la extracción del oro, que afectará otros recursos naturales esenciales para la subsistencia de la comunidad.

²⁴² Ibid. párr. 146.

²⁴³ Corte IDH, “Caso del Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”. Op. Cit. párr. 118.

²⁴⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. párrs. 92 y 93. En el caso en cuestión, referente a la concesión a una empresa privada para llevar a cabo trabajos de explotación maderera y minera en el territorio de la Comunidad, la Corte analiza el uso de los recursos naturales y la necesidad de éstos para la supervivencia, desarrollo y continuidad de los pueblos ancestrales

²⁴⁵ Ibid. párr. 155.

En razón de lo anterior, si bien la Corte estableció que el artículo 21 de la CADH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales, para su ejercicio deben cumplir con los siguientes presupuestos;

- Debe realizar una *consulta* que garantice la participación efectiva de la Comunidad, debiendo ser de buena fe y conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad²⁴⁶, además de tener que realizarse en las primeras etapas del proyecto y con previa entrega de toda la información relevante y posibles riesgos, aclarando que debe ser la Comunidad y no el Estado quien determine los representantes de la Comunidad en el proceso de consulta.
- El Estado deberá “compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH y que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos”²⁴⁷.
- Las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros.

Respecto el caso Saramaka, la Corte concluyó que al pueblo se le dejó un “legado de destrucción ambiental, privación de los recurso de subsistencia y problemas espirituales y

²⁴⁶ Ibid. párr.137.

²⁴⁷ 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, párrs. 25 a 27.

sociales”²⁴⁸ además de “no haber recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio”²⁴⁹. Finalmente describe que el Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios ambientales ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades, ni permitió la participación efectiva del pueblo. Todo lo anterior, concluye la Corte, violó el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 en relación con el artículo 1.1. de la CADH.²⁵⁰

La Corte ha sostenido en el curso de sus fallos la especial conexión que tienen los pueblos tribales con sus territorios, ya que se extiende por lo demás a los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio, porque de otra forma el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido.

Al hacer esta interpretación evolutiva del derecho de propiedad en materia indígena, se cuestionan todas las disposiciones normativas civiles en cuanto a materias de posesión y propiedad. Así, respecto al derecho de recuperación de sus tierras, la Corte señala que mientras los pueblos indígenas sigan sustentando su identidad espiritual y material en relación con la tierra, mantendrán el derecho a la reivindicación de sus tierras.

La Corte lo expresa de la siguiente manera “ Mientras la relación con su territorio exista, el derecho a la reivindicación se mantendrá vigente (...) Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de

²⁴⁸ Ibid. párr.153.

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Ibid. párr. 110.

lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.²⁵¹

De igual manera se mantiene el derecho de propiedad en su territorio, si han perdido su posesión sin su consentimiento. La Corte señala al respecto que “[L]os miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”²⁵².

En este sentido, podemos concluir que la CIDH ha establecido los siguientes criterios de interpretación al derecho de la propiedad que incluye:

- El derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, incluyendo los elementos incorporales y los recursos naturales que se encuentren en ellos.
- El derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan en ella una conexión particular
- La ausencia de posesión material (en sentido de Derecho Privado) no obsta al derecho de propiedad sobre el territorio.

²⁵¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Op.Cit. párr. 131. Ver en el mismo sentido: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 112.

²⁵² Ibid. párr.109.

- Las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones.

3.2. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana y el control de convencionalidad.

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene valor general y vinculante para los países que la integran, sin embargo no existen las mismas condiciones presentes en el sistema interno para hacer ejecutar lo fallado. En este sentido, se hace necesaria la coherencia y unidad del sistema interamericano y nacional se funde por soluciones jurídicas que entregue el propio Derecho Interno.

Nuestra Constitución Política de la República, establece en el artículo 6° inciso 2° la obligación general para toda persona, institución y grupo consagrado de respetar y ejecutar fielmente los mandatos y las normas creadas o incorporadas conforme a ella.

Así, las reglas del derecho internacional válidamente incorporadas, pasan a integrar de forma plena el sistema jurídico nacional, sin violar por ello el principio de supremacía de la Constitución, ya que es esta misma la que se ha remitido a las normas internacionales que le son indisponibles. Es lo que en el primer capítulo definimos como bloque de constitucionalidad.

Conforme a lo anterior, los tratados suscritos por nuestro país actúan también a nivel interno, fundamentándose en el interés común de los Estados en el respeto a los derechos emanados de tales tratados en honor al orden público internacional.

Así, cuando un Tribunal Nacional va a resolver un asunto que guarde relación con un precepto internacional que se encuentre en un tratado vigente en nuestro país, es menester, por mandato constitucional, aplicarlo e interpretarlo conforme a las reglas del derecho internacional.

La Corte Interamericana así lo ha expresado:

“La Corte es consciente que los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *“control de convencionalidad”* entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino que también la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²⁵³

En definitiva, es necesario sostener que las sentencias que emanan de la Corte Interamericana obligan a todos los países, generando así principios y estándares de interpretación normativa, no solamente a los Estados involucrados en el caso particular, sino que a todos los países sometidos bajo su jurisdicción (validez inter pares).

²⁵³ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.123.

En este sentido, debemos recordar lo que fue expuesto en el Capítulo I respecto al bloque de constitucionalidad y a la fuerza normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; cuestión que tiene inmediata relación con la obligación de garantía que el Estado tiene respecto de los Derechos Humanos, es decir, asegurar la posibilidad real y efectiva de que estos derechos puedan ser ejercidos por todas las personas.

Una de las formas de asegurar el cumplimiento de este deber de garantía, es lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado “control de convencionalidad”, el cual ha sido definido por el profesor Claudio Nash de la siguiente forma:

“(…) la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia de las normas y prácticas nacionales (...) El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH”²⁵⁴.

Por ello, la fuerza normativa con que los parámetros normativos y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se incorporan al derecho interno, no solo dice relación con la fuerza normativa de los tratados, en específico de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sino que dicha cuestión dice relación con la obligación de garantía que el Estado de Chile ha asumido respecto de la comunidad internacional y aun en el propio texto constitucional, haciendo una interpretación amplia del artículo artículo 1, artículo 5 inciso 2º y artículo 6.

²⁵⁴ NASH, C. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, Recepción y aplicación en el ámbito interno”. Op. Cid. P. 55.

El artículo 6 de la carta magna nacional consagra el principio de supremacía constitucional, el cual indica que todos los los órganos del Estado deben adecuar su comportamiento a los preceptos establecidos por la Constitución. Precisamente, uno de esas obligaciones, es la que se establece en el inciso 2° del artículo 5°, que se encuentra en el capítulo de las “Bases de la Institucionalidad”.

Como lo hemos señalado en el Capítulo I, dicho artículo genera una norma de reenvío que establece la igualdad en jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución, cuando se refieran a la promoción y garantía de los mismos.

Por ello, el llamado control de convencionalidad al que hace alusión la Corte Interamericana, es una obligación para todos los órganos del Estado que tengan relación directa con el reconocimiento, protección, garantía y promoción de los Derechos Esenciales de todas las personas y/o grupos que hayan sido reconocidos por la comunidad internacional. Ciertamente entre ellos, los pueblos originarios.

Como lo señala el profesor Nash:

“A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, se puede sostener que el control de convencionalidad que deben realizar los jueces es un **imperativo que deriva de normas constitucionales, al mandar a los jueces a aplicar las normas en conformidad a las obligaciones internacionales del Estado**, ya sea a través de un ejercicio hermenéutico o mediante la inaplicación de normas que se encuentren en contradicción con los preceptos internacionales (lo que dependerá de las competencias de cada autoridad pública).”²⁵⁵ [La negrita es nuestra].

Esta posición está en abierta consonancia además con lo prescrito por la propia Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2 y 29, que consagran la obligación para los Estados para respetar y promover los derechos que en la propia carta se señalan. Además, el artículo 2 consagra explícitamente la incorporación de derechos y libertades que no se encuentren señaladas en el derecho interno, las cuales se entenderán incorporadas según dicha norma.

²⁵⁵ Ibid. P. 54.

Finalmente el artículo 29 de la Convención señala una norma de interpretación clave en el ámbito americano de protección de los Derechos Humanos, al señalar que:

En efecto, señalan dichas normas que:

“Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Por ello, la obligación para el Estado de aplicar las decisiones señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en todo tratado que se refiera a dichas garantías, como el Convenio N° 169 de la OIT, es una obligación que no solo emana de los propios tratados internacionales, sino que de la misma Constitución Política de la República.

Un aspecto de suma importancia es que dicho control de convencionalidad, entendido como la obligación de aplicar las normas y decisiones internacionales de Derechos Humanos, no solo corresponde a los tribunales de justicia, sino que a **toda autoridad pública**, incluido los órganos administrativos. Esto porque es una obligación que el Estado en su totalidad ha asumido. Dicha cuestión ha sido señalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al precisar que:

“[...] [L]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como

sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]”.²⁵⁶

4. Derecho Comparado.

Comentaremos brevemente sistemas e instituciones que han implementado otros países en torno a la situación de los pueblos indígenas, con la finalidad de contar con una experiencia comparada que oriente la concreción de los fines que los propios tratados internacionales han prescrito sobre la materia.

Como ya lo explicamos en la introducción del capítulo, la elección de estos países no es casual, ya que se trata de Estados que han tenido un proceso histórico similar al nuestro en cuanto a la temática indígena, principalmente en lo que refiere a sus procesos históricos, como naciones colonizadas y luego con la constitución de Estados Modernos independientes.

El caso paradigmático lo constituyen los procesos vividos en Latino América, ya que por su proximidad geográfica e histórica a nuestro país, ofrecen algunas lecciones en la adecuación de sus sistemas jurídicos internos a los estándares internacionales de Derechos

²⁵⁶ Corte IDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225

Humanos sobre los pueblos indígenas, y un efectivo reconocimiento y protección constitucional.

4.1.Estado de Canadá.

Canadá es un Estado de América del Norte, con un sistema de Gobierno Monárquico Parlamentario Federal, cuya organización administrativa se realiza a nivel provincial, rigiéndose cada una ellas por normas federativas.

Si bien Canadá es un Estado Federal, la Constitución del Estado del año 1982 rige para todo el territorio. La misma que reconoce en su texto la existencia de tres grupos de pueblos aborígenes: los indios, los inuit y los metis²⁵⁷, estableciendo un sistema de protección normativa e institucional coherente y consistente.

De esta forma, la Corte Suprema Canadiense se ha referido a la protección constitucional de los derechos de los pueblos aborígenes como “*un importante valor fundacional*”, y un “*compromiso nacional*”.²⁵⁸

En este sentido, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*²⁵⁹ reconoce y establece ciertas garantías a nivel nacional, específicamente su artículo 25 prescribe lo siguiente:

“*La garantía en esta Carta de ciertos derechos y libertades no deben interpretarse de tal forma que se coarten o deroguen tratados u otros derechos aborígenes que pertenezcan a*

²⁵⁷Para el año 2011 existían en Canadá un total de 1.400.685 personas con identidad aborigen, lo que representa el 4.3% de la población, mientras que 851.560 personas se identificaron como pertenecientes a las Primeras Naciones, lo que representa un 2.6% de la población de Canadá. Fuente: <http://www.iwgia.org/images/stories/sections-esp/regiones/americadelnorte/docs/MI2015/Canada_MI2015web.pdf> [Consulta: 10 de octubre de 2016].

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ La *Canadian Charter of Rights and Freedom* o también *Charter*, forma parte del primer capítulo de la Constitución Canadiense de 1982, estableciéndose en ella los derechos civiles y políticos para los ciudadanos canadienses, en lo que se refiere a raza, origen étnico y religión.

los pueblos originarios de Canadá, incluyendo: a.- Ningún derecho o libertad que haya sido reconocido por la Proclamación Real del 7 de octubre de 1763, y b.- Ningún derecho o libertad que ahora existan a partir de acuerdos de reivindicaciones territoriales o que puedan adquirirse por esta vía”. (La cursiva es nuestra)

De esta manera, el Estado de Canadá reconoce que aun su propia legislación, en tanto reconocimiento de garantías y libertades, asume el límite de los derechos ya asumidos por los pueblos indígenas, según su propia autodeterminación, a través de sus mecanismos propios o de derechos adquiridos, como muestra del compromiso adquirido como Estado para el reconocimiento a la autonomía indígena.

Finalmente, se establece una regla de clausura en el artículo 27, al señalar que:

“Esta Carta debe ser interpretada de forma consistente con la preservación y fortalecimiento de la herencia multicultural de Canadá.”

Reforzando el reconocimiento constitucional de los pueblos aborígenes, el Estado de Canadá cuenta también con una Ley de Multiculturalismo (Act for the Preservation and Enhancement of Multiculturalism)²⁶⁰, cuyo preámbulo reza:

“El gobierno del Canadá *reconoce la diversidad de los canadienses en cuestiones de raza, origen nacional o étnico, color y religión como una característica de la sociedad canadiense y se ha comprometido a desarrollar una política multicultural, designada para conservar e intensificar la herencia multicultural de los canadienses*, y trabajar, al mismo tiempo, para conseguir la igualdad de todos ellos, tanto en la vida económica, como social, cultural y política de Canadá” (La cursiva es nuestra).

²⁶⁰ Ley promulgada en 1988 que reconoció oficialmente el carácter multicultural del Estado Canadiense.

Específicamente el artículo 3° de la ley, señala las medidas que serán utilizadas para el desarrollo de la política multicultural del país, entre las cuales destacan el reconocimiento y promoción del multiculturalismo, su reconocimiento como una característica fundamental de la identidad canadiense.

De igual manera, asume la promoción de la participación de los individuos y comunidades en el proceso de configuración de la sociedad canadiense, fomentando el desarrollo de los pueblos aborígenes a través de la igualdad ante la ley, institucionalidad social, cultural, económica y política en función del multiculturalismo. Algunos esfuerzos en este aspecto se realizan a través de la conservación e incremento de los idiomas autóctonos, poniéndolos al mismo nivel de las lenguas oficiales de Canadá.

Así, a nivel gubernamental nacional, se ha impulsado una *Política General sobre demandas de tierras*, la que tiene como objetivo proporcionar un modo de reparación por la desposesión territorial para los pueblos indígenas que no tienen un tratado u otro tipo de acuerdo²⁶¹.

Ahora bien, el avance registrado a nivel constitucional y gubernamental, también ha sido replicado recientemente por los tribunales superiores del país, consolidando un sistema uniforme de protección. En este sentido, es relevante referirnos a dos sentencias que cobraron especial relevancia. La primera de ellas en 1997, en el denominado caso *Delgamuukw*²⁶², en que la Corte Suprema reconoció que el título de propiedad que tienen los pueblos originarios no solo están dispuestos sobre el territorio sino que también sobre los recursos naturales que

²⁶¹ <http://www.iwgia.org/images/stories/sections-esp/regiones/america-del-norte/docs/MI2015/Canada_MI2015web.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2016]

²⁶² Corte Suprema de Canadá, Caso *Delgamuukw v. British Columbia*. 11 de diciembre de 1997.

en ellos se encuentren. La segunda sentencia relevante fue la dictada durante el año 2014 en el caso *Nación Tsilhqot'in contra la Columbia británica*²⁶³, y en la cual se reconoce el derecho aborígen sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser propietarios de las mismas, a beneficiarse de ellas y determinar su futuro.

Sobre la última sentencia, la propia comunidad aborígen se pronunció valorando su sentido, señalando que: “La sentencia de la Corte Suprema de Canadá termina con una larga historia de negación y abre las puertas al reconocimiento pleno de los derechos aborígenes”.²⁶⁴

La sentencia de la Corte Suprema de Canadá reconoce entre sus puntos más importantes que la doctrina de *terra nullius* nunca fue de aplicación en el Estado de Canadá, ya que se afirmó que los pueblos indígenas ejercieron derechos de control, uso y usufructo de sus tierras *antes de la llegada de los europeos* y que la afirmación de la soberanía europea en la Columbia Británica no extinguió este interés legal independiente, reconociendo por tanto el derecho de propiedad ancestral de los pueblos aborígenes, es decir, su derecho de propiedad deriva de un título originario²⁶⁵.

En este sentido, podemos señalar que el cambio de paradigma en el tratamiento de los derechos de los pueblos aborígenes durante el último tiempo ha sido contundente, pues se ha avanzado cualitativamente desde la política asimilacionista, sobre la cual los indígenas eran

²⁶³ Corte Suprema de Canadá, Caso *Nación Tshilhqot'in contra Columbia Británica*. 26 de junio de 2014. El fallo tuvo una relevancia significativa, ya que tras un proceso judicial que databa del año 1983, cuando el Gobierno de la Provincia Columbia Británica otorgó permisos a privados para tala de madera en territorios ancestrales, la Corte Suprema falló en favor de las comunidades indígenas de Tsilhqot'in, garantizando su derecho colectivo de propiedad sobre un territorio de 1.750 kms cuadrados.

²⁶⁴ <http://www.iwgia.org/images/stories/sections-esp/regiones/americadelnorte/docs/MI2015/Canada_MI2015web.pdf> [Consulta: 17 de noviembre de 2016].

²⁶⁵ AYLWIN, J. “Pueblos indígenas en el Derecho Internacional y comparado”. 9p. Ver en: <http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf> [Consulta: 18 de noviembre de 2016.]

tratados como inferiores, fundada en la idea europea de progreso y desarrollo, cuya expresión máxima fue la Ley de Indios del año 1876.

A nivel federal, es relevante destacar la Charter of Human Rights and Freedoms²⁶⁶ del Estado de Quebec, alude en algunos de sus artículos el reconocimiento a la situación de los pueblos indígenas presentes en el país. Ya en su artículo 10 se consagra de manera general el igual reconocimiento y ejercicio de los derechos de todos los humanos, sin distinción o exclusión de raza, color, sexo, etc. Este principio general es concretizado para el caso de los pueblos aborígenes en el artículo 43 de la misma carta normativa, que consagra lo siguiente:

“Las personas pertenecientes a minorías étnicas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propios intereses culturales en conjunto con los demás miembros de su grupo”.

Podemos concluir por tanto que el reconocimiento y protección generada a nivel nacional, ha sido replicado en un ámbito federal y local²⁶⁷, lo que determina un sistema garantista sólido, en plena concordancia con los estándares establecidos en los tratados internacionales.

4.2.Nueva Zelanda.

Nueva Zelanda es un país de Oceanía que se ubica en el suroeste del Océano Pacífico que consta de dos grandes islas, isla Norte e isla Sur. La ley Indígena neozelandesa hace

²⁶⁶ La *Charter of Human Rights and Freedoms* del Estado de Québec, es un estatuto de declaración de Derechos Humanos aprobado por la Asamblea Nacional de Québec 27 de Junio de 1975, y que comenzó a operar con plenos efectos el 28 de Junio de 1976.

²⁶⁷ Desde la década del setenta se han suscrito en distintas partes de Canadá, más de diez nuevos tratados en áreas que no se suscribieron en el pasado, reconociendo el derecho de propiedad indígena de acuerdo a los estándares internacionales y el título originario que les vale en su condición de pueblos ancestrales. En: AYLWIN, J. “Pueblos indígenas en el Derecho Internacional y comparado”. Op Cit. p.9.

descansar su eficacia en el *Tratado de Waitangi* de 1840, acordado entre la Corona Británica y los jefes de las tribus más importantes que se encontraban en la isla en la época.

Dicho tratado reguló gran parte de la compra de tierras a los Maorí, y tuvo por no válidas todas las negociaciones previas donde los indígenas hubieren resultado desfavorecidos por pérdidas económicas o de territorios. Lo que el tratado ofrecía a los maoríes eran condiciones de trato igualitario respecto a los súbditos de la Corona no indígenas, a cambio de soberanía en sus tierras.

Sin embargo, a lo largo de su aplicación, dicho tratado no generó los efectos prometidos, y los neozelandeses vieron menguadas sus condiciones de vida y sus tierras en manos de los británicos, pero esta situación se revirtió en 1975, cuando el Estado reconoció formalmente el tratado firmado 135 años antes y se creó el denominado Tribunal de Waitangi para revisar los acuerdos comerciales adoptados con los pueblos Maoríes durante ese período.

De ahí en más, los indígenas que aún habitan Nueva Zelanda han visto mejorar su posición en relación con el resto de los ciudadanos del país, a través de devoluciones de tierras que ha realizado el mismo Estado cuando ellas le pertenecen, reconociéndoles derechos políticos, culturales e institucionales, y a través de un gran desarrollo comercial de las tribus, incluyendo transacciones bursátiles y empresas inmobiliarias. Existen programas de desarrollo impulsados por el gobierno en diversos rubros, entre los que se cuenta el turismo, la explotación de los recursos naturales²⁶⁸ y pesqueros.²⁶⁹

²⁶⁸ Dentro de la experiencia Maorí, se destaca su participación en proyectos de inversión energéticos, más precisamente en la generación de energía geotérmica, aprovechando sus derechos de explotar los recursos que se encuentran en sus territorios, teniendo por ejemplo la central Kawerau al norte de Nueva Zelanda, que tiene un poder de generación de 50MW. En: <<http://www.iepe.org/2014/10/las-energias-renovables-y-la-autonomia-de-los-pueblos-indigenas/>> [Consulta: 16 de octubre de 2016].

El *Tratado de Ngai Tahu*, de 1997, en el cual se vieron involucrados los territorios de la parte sur de Nueva Zelanda, tuvo como efecto la protección de sus tierras, las cuales tienen gran valor en áreas de conservación. Por lo anterior, se convino con los Maorí la representación en las áreas de conservación, el derecho a ser consultados cuando se prevean intervenciones por el Ministerio de Conservación neozelandés, y la declaración de ciertos elementos naturales como valores culturales de los Maorí.²⁷⁰

En el caso de Nueva Zelanda, el fortalecimiento de la sustentabilidad económica autónoma de los pueblos indígenas ha permitido solucionar muchos de los conflictos territoriales y de relaciones políticas con los Maorí. Las condiciones igualdad respecto a la forma de vida y los derechos reconocidos a los pueblos indígenas que constituyen el escenario actual de los Maorí en Nueva Zelanda es un modelo ampliamente reconocido en países cuyos pueblos indígenas se ven aún en situaciones desfavorables, en comparación con el resto de la población.²⁷¹

4.3. América Latina.

4.3.1. Avance Constitucional.

La evolución del tratamiento indígena en el continente latinoamericano es un proceso similar para todos los países, desde la emancipación de las colonias extranjeras hasta el

²⁶⁹ <http://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/ley-indigena-nz> [Consulta: 16 de octubre de 2016].

²⁷⁰ Ídem.

²⁷¹ Para profundizar sobre el proceso histórico y cultural que implicó el reconocimiento de los derechos de los pueblos maoríes en Nueva Zelanda, recomendamos leer a la académica Maorí Kaapua Smith, quien visitó nuestro país el año 2014, concediendo una entrevista en la cual manifestó que en la actualidad el pueblo maorí busca con el Estado Neozelandés “*un modelo de asociación, de ser tratado con respeto, para alcanzar acuerdos mutuamente beneficiosos*”. En: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/11/03/experta-maori-movilizacion-indigena-y-reconocimiento-de-errores-por-parte-del-estado-las-claves-en-nueva-zelanda/>. [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. Durante las últimas tres décadas se experimentó un importante avance en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la profesora Yrigoyen, citada por el autor chileno José Aylwin, reconoce tres ciclos de reformas jurídico-políticas introducidas en la región respecto a los pueblos originarios.²⁷² Un primer momento antes de la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT (1989) donde ya había países que tenían un reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, Guatemala (1985), en Nicaragua (1987) y en Brasil (1988), donde se reconocía el carácter multicultural del Estado y en el caso de Guatemala derechos sobre la tierra en los artículos 67 y 68 de la Constitución Política²⁷³.

Un segundo periodo que es posterior a la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT, donde muchos países consagraron formalmente el multiculturalismo y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, precisamente influenciados por el Derecho Internacional. Entre estos países se encuentran, Colombia (1991), México (1992 y 2001), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). De esta forma se estableció al menos un reconocimiento formal a la existencia de los pueblos indígenas, pretendiendo reconocer su realidad ancestral.

²⁷² Aylwin, J. “Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación”. En *Derecho Humanos de los Grupos Vulnerables*, página 276. Ver en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

²⁷³ Artículo 67.- Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema. Artículo 68.- Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Un tercer periodo según Yrigoyen, corresponde aquel que se ha definido como “*constitucionalismo plurinacional*”, caracterizado por la dictación de nuevas constituciones, altamente influenciadas por la activa participación política de los pueblos indígenas, como lo fue en el caso del Ecuador y la República Plurinacional de Bolivia. El caso particular de estos países es que ambas constituciones tienen en común la crítica al concepto tradicional de Estado-nación, consagrando la plurinacionalidad y multiculturalidad como elementos constitutivos del Estado.

4.3.2. Derechos colectivos de propiedad.

Junto con el avance en el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos en general, el derecho de propiedad ancestral y colectivo de las etnias originarias ha tenido un significativo reconocimiento en las constituciones latinoamericanas. En este sentido, las constituciones de Paraguay (artículo 64), Perú (Artículos 88 y 89²⁷⁴), y Bolivia (artículos 30.6 y 394) consagran el derecho a la propiedad colectiva de las tierras que los pueblos indígenas tradicionalmente han ocupado.

De igual manera, otras cartas constitucionales le entregan una protección especial a las tierras indígenas y a los derechos que los pueblos tengan sobre ellas, caracterizándolos como imprescriptibles, inalienables, indisponibles, inembargables e indivisibles, generando además obligaciones al Estado de demarcación, como lo señala el artículo 234 de la Constitución de Brasil y el artículo 119 de la Constitución de Venezuela.

²⁷⁴ El capítulo VI sobre el régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas, consagra en su artículo 88 el el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa de las comunidades. Así mismo, el artículo 89 prescribe que dichas comunidades, son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

En conjunto con este reconocimiento y protección al derecho de propiedad indígena, se reconoce de igual forma una protección constitucional de los *recursos naturales*, aunque en menor medida. En este sentido, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia consagra el derecho de uso y disfrute de los recursos naturales en sus artículos 30.17 y 17.1 y la Constitución de Brasil sobre el suelo, ríos y lagos en su artículo 231.2. También se consagra un importante derecho de explotación de los recursos naturales de los pueblos indígenas, en la Constitución de Bolivia (artículo 30.16 y 402), de Argentina (artículo 75.17), Colombia (artículo 330) y de Ecuador respecto de recursos naturales renovables (artículo 57.6)²⁷⁵.

4.3.3. El Estado Plurinacional de Bolivia.

Una especial atención nos genera el fenómeno ocurrido en el Estado Plurinacional de Bolivia y en el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas y la influencia que estos han ejercido en la conformación del Estado.

En palabras del Vicepresidente del Estado, don Álvaro García Linera, quien se refiere a la influencia de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

“[Existe] una identidad nacional permanentemente revitalizada como persistencia autónoma, unos idiomas, unos sistemas propios de gobierno locales, de saberes culturales territorializados, de narrativas históricas indígenas-originarias (aymara, quechua, guaraní, moxeño, chimán, uru, yuracaré, chiquitano, etc.), que no sólo han resistido la dominación colonial-republicana, y ahora son reconocidas por el Estado como naciones oficiales, sino que

²⁷⁵AGUILAR, G. LA FOSSE, S. ROJAS, H. STEWARD, R. “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina”, «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», publicado en Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2, septiembre de 2010, página 7. Consultar en <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPIL.pdf>. [Última vez visto 01.12.2016.]

además se han convertido en poder y estructura estatal. Eso significa que sus idiomas son oficiales, que los sistemas políticos de autoridad originarios son reconocidos como sistemas legales, que se legaliza constitucionalmente la justicia indígena-originaria, la titulación comunitaria de tierras, la transferencia y control de recursos públicos, que se incorpora como patrimonio común de todos los bolivianos, a los saberes y tecnologías indígenas están vigentes como un componente constitucional del Estado y sus instituciones. En este sentido, *esas identidades nacionales indígenas son las identidades nacionales-culturales*²⁷⁶

Es el propio texto constitucional en el artículo 1º aprobado el año 2009, define al Estado de Bolivia como plurinacional, con un amplio reconocimiento y protección a los pueblos indígenas de manera directa por su propia Constitución.

Por su parte, el artículo 2º señala lo siguiente:

“Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su *derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley*”. [La cursiva es nuestra].

El propio texto constitucional señala que el pueblo boliviano está conformado por los bolivianos y bolivianas y además por las naciones y pueblos originarios campesinos (artículo 3). Junto con ello, reconoce los idiomas de los pueblos indígenas como oficiales del Estado plurinacional de Bolivia, generando no solo un ámbito de inclusión, sino que de composición del Estado en sí.

²⁷⁶GARCIA LINERA. A. 2015. Identidad Boliviana, Nación, mestizaje y plurinacionalidad. La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional. Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, p.46.

De igual manera el Capítulo IV de la Constitución está completamente referido a los Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

En este sentido podemos distinguir que este reconocimiento de los derechos indígenas a nivel constitucional se articula sobre los siguientes ejes:

4.3.3.1 Derechos políticos.

El artículo 26 II N° 4 señala que el derecho de participación política comprende la elección, designación y nominación directa de representantes de las naciones y pueblos indígenas, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Así mismo el artículo 30 II N° 5 señala que los pueblos indígenas tienen derecho a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

Por tanto, reconoce la Constitución una participación formal de los representantes de los pueblos indígenas en la institucionalidad estatal, los que serán electos en conformidad de sus propias reglas. En este sentido, se supera la visión paternalista del Estado como máxima institución, reconociendo y amparando otras formas de representación y participación política.

4.3.3.2. Derecho a la libre determinación.

Dentro del marco general de la unidad estatal, el Estado de Bolivia se reconoce como plurinacional, reconociendo como tal la existencia y preponderancia de los pueblos indígenas como naciones importantes, lo que se traduce en la importancia que adquieren los pueblos originarios en la conformación de la sociedad boliviana como tal.

En este sentido, garantiza el derecho a la libre determinación desde la perspectiva de la autonomía, el autogobierno, su cultura y reconocimiento a instituciones, tal como lo señala el artículo 2, expresando además que *dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado.*

En este aspecto, el capítulo VII del texto constitucional regula la autonomía indígena originaria campesina, que consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos. Señalando en el artículo 290 que dicha autonomía se basa en los territorios ancestrales y en la voluntad de las naciones, expresadas a través del derecho de consulta. Autonomía que se ejercerá a través de sus propias normas, instituciones, autoridades y procedimientos.

4.3.3.3. Derecho a la tierra, territorio y recursos naturales.

Sobre el tratamiento del derecho de propiedad, el territorio y los recursos naturales, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia ha sido precursora de un reconocimiento y protección sostenida, por las características en que se dio el propio proceso constituyente. Como lo dijimos, el capítulo IV del texto constitucional, está destinado íntegramente a la temática indígena, prescribiendo en su artículo 30.II.Nº 6 que los pueblos indígenas tienen derecho *“a la titulación colectiva de tierras y territorios”*.

Este principio general se profundiza a partir de la regulación del Capítulo IX del texto constitucional, el cual se refiere específicamente a la tierra y el territorio. Señalando en su artículo 395 que las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos,

entendiendo que el límite de la propiedad indígena está extendido al derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; como lo señala el artículo 403.I

De igual manera, reconoce el constituyente el derecho a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza.

4.4. Algunos aspectos comunes.

Podemos concluir algunos aspectos comunes entre los sistemas comparados que hemos analizado. En primer lugar se advierte la similitud que existe en los procesos históricos de los países en estudio, ya que sin perjuicio de su diferencia geográfica, se trata de países que con una alta presencia de pueblos originarios actualmente, y que vivieron un proceso de colonización extranjera, en el que las etnias indígenas se vieron relegadas a un proceso de subyugación y dominación cultural, social y económica.

En segundo lugar debemos decir que se trata de países que han avanzado desde un reconocimiento de tipo paternalista a un reconocimiento de autodeterminación, donde incluso estos se han definido constitucionalmente como indigenistas y plurinacionales, como lo son el caso de Bolivia y Ecuador.

En tercer lugar, el reconocimiento a la tierra [que incluye el territorio y los recursos naturales] de los pueblos indígenas y los derechos ancestrales sobre ésta, se realiza a partir de los estándares que el Derecho Internacional ha señalado, encontrando en estos países un

sistema de protección uniforme con lo señalado por el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos normativos internacionales.

Estos elementos sin duda aportan al debate que se dará a continuación, ya que si bien hemos analizado detalladamente la normativa nacional, internacional y experiencias comparadas, nos resta señalar la diferencia entre los estándares de protección y promoción que existen en nuestro Derecho y la situación internacional.

5. Hacia una disociación entre ambos estándares; ¿Satisface el Estado de Chile los parámetros internacionales sobre la normativa indígena?

Una vez que ya ha sido analizado el régimen normativo a nivel nacional e internacional respecto de la relación de los pueblos originarios con la tierra y el territorio, es necesario observar la diferencia en los estándares normativos que se reconocen en ambos ordenamientos jurídico en cuanto protección y promoción de sus derechos.

En el capítulo I analizamos las consecuencias jurídicas que se producen en torno a la jerarquía de los tratados internacionales respecto de las normas de Derecho interno de cada país. Cuando reconocemos que existen tratados internacionales que regulen materias y garantías fundamentales como lo es la situación de los pueblos originarios, las normas de derecho interno en caso de estar en un estándar inferior de protección al señalado en tratados y convenios, deberán necesariamente adaptarse a estos últimos estándares por una cuestión de jerarquía y armonía del sistema de protección y promoción en general1.- Reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos.

5.1.Reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos.

Creemos que un buen punto de partida para analizar y contrastar la protección que tiene el derecho de propiedad en el sistema interno e internacional, es el reconocimiento del derecho de la auto determinación de los pueblos, ya que precisamente desde acá se establece un sistema de protección sólido, concordante con la propia cosmovisión de los pueblos indígenas basado en su perspectiva ancestral y colectiva²⁷⁷.

A nivel internacional, el artículo 3 de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye el reconocimiento normativo más significativo de dicha garantía, al señalar que *los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación, y que, en virtud del mismo, pueden determinar libremente su condición política, su desarrollo económico, social y cultural.*

A su vez, el artículo 4 de dicha declaración, explica esta garantía desde una óptica política, señalando que los pueblos tienen derecho a la autonomía o al autogobierno con cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Como lo esbozamos en el capítulo I, por la naturaleza jurídica que le es propia, la declaración de la ONU no es vinculante para los Estados firmantes, entre ellos Chile, sin embargo, no es menos cierto que establece un marco normativo que sirve como base para otros instrumentos que sí son vinculantes para el Estado, que, aunque no consagrando

²⁷⁷ Por la naturaleza intrínseca del derecho a la auto determinación, se genera una cierta tensión entre el Estado como máxima institución vigente de un grupo social y de los pueblos indígenas como nación autónoma de un Estado. Sin embargo, esta tensión no debe operar como impedimento para su correcta regulación y efectivo reconocimiento.

explícitamente la nomenclatura “Libre determinación”, generan una posición necesaria para que este derecho sea ejercido²⁷⁸.

Precisamente, estos principios rectores, lo encontramos recogido en el Convenio N° 169 de la OIT, que, si bien no consagra explícitamente el derecho a la autodeterminación, establece en su artículo 7 que:

“N° 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 éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y 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 (...)” [La cursiva es nuestra].

El artículo recién citado establece un principio rector transcendental para la actuación de los órganos del Estado señalando que *todas las normas respecto del proceso de desarrollo económico, a la utilización de tierras, y a las instituciones referidas para estos efectos, deben estar esencialmente guiadas por las creencias y prioridades de los propios pueblos indígenas*, según lo establece el propio artículo 7.

En este sentido, cabe preguntarse; ¿de qué manera nuestro derecho interno concretiza estos principios y directrices jurídicas entregadas por el Convenio? Para ello, distinguiremos someramente entre la libre determinación propiamente tal y la corresponsabilidad como variante menor de la misma garantía.

²⁷⁸ SEELEAU, L. Y SEELEAU, R. “Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile”. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p 245.

En lo que se refiere a la libre determinación propiamente tal, lo primero que advertimos al responder la pregunta antecedente, es que existe un vacío normativo general respecto de esta garantía, focalizado solo a niveles temáticos, como por ejemplo en la ley N° 20.249 que crea los espacios costeros marinos de pueblos originarios, más conocida como ley Lafkenche (sobre la que se profundizará en el siguiente capítulo). En este sentido, el artículo 3 de dicha ley prescribe que el objetivo será resguardar el uso consuetudinario de los espacios costeros marinos de los pueblos originarios, con la finalidad de mantener las tradiciones y los recursos naturales por parte de los propios pueblos originarios, como reconocimiento a su autodeterminación.

A su vez, el artículo 6 reconoce específicamente el uso consuetudinario que los pueblos originarios deben darle a los espacios costeros marinos, caracterizándolo como *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.*

En este sentido, reconocemos un importante avance en la dictación e implementación de la Ley N° 20.249, ya que el énfasis con el que se aborda el reconocimiento a los derechos y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas sobre los espacios costeros, se realiza a partir del reconocimiento a la auto determinación de los pueblos, respetando su propia voluntad, generando una legitimación normativa a lo que los propios pueblos indígenas reconocen como correcto y parte de su propia identidad. Sin embargo, la limitación a este importante avance, es que se trate de una norma con aplicación sectorial y no de carácter general, en específico respecto de espacios costeros marítimos.

Respecto de la corresponsabilidad²⁷⁹ como variante del derecho de libre determinación, de igual manera se reconoce un vacío normativo en nuestra legislación interna, que permita concretar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como medida de participación en la toma de decisiones con agentes Estatales.

En este sentido, las autoras de política indígena de las Universidades de Arizona e Iowa respectivamente, Laura M. Seelau y Ryan Seelau intentan explicar el artículo 35 de la Ley Indígena N° 19.253, como un ejemplo de “participación plus o de corresponsabilidad”, en lo referido a las políticas de áreas silvestres protegidos y principalmente en lo que respecta a la posibilidad de que las comunidades y asociaciones indígenas participen su administración.

Sin embargo, tomando la literalidad de la norma citada, esta se refiere a un caso de participación y no de corresponsabilidad propiamente tal, ya que solo podrá materializarse cuando los límites de un área protegida coincidan con los de un área de desarrollo indígena, que dificulta en gran medida su realización, puesto que supeditan su presencia respecto de la interpretación que los agentes administrativos (CONAF y CONADI) hagan del significado participación.²⁸⁰

²⁷⁹ Las autoras Laura M. Seelau y Ryan Seelau en el texto “Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile”, publicado en el libro “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno”, plantean que la corresponsabilidad es un espacio intermedio de la libre determinación, entre dos opuestos; una política asimilacionista en la cual todas las decisiones respecto de los pueblos indígenas son tomadas por el Estado, y el otro extremo en el cual se plantea que los pueblos indígenas deben controlar sus decisiones aun por encima de las prescripciones estatales e internacionales, generando un espacio autónomo y absolutamente independiente. Sin embargo, esta categorización no responde a todas las variantes que se encuentran dentro del Derecho a la libre determinación, como el derecho a Consulta previa e informada, el cual admite diversas formas de participación según sea el mecanismo que cada Estado establezca en función de los estándares fijados por el Convenio N° 169 de la OIT. Pp. 252 - 257.

²⁸⁰ SEELEAU, L. Y SEELEAU, R. “Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile”. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Op Cid. p.261.

Por ello, los nimios avances que se registran a nivel interno sobre el derecho a la libre determinación, se expresan únicamente en regulaciones sectoriales o marcos normativos que hablan de *participación* y no de *autodeterminación* o *corresponsabilidad*, y no se advierte en este sentido, una recepción real del estándar establecido en el artículo 7 del Convenio N° 169, ya que en ningún caso se establece el margen de decisión adecuado para los pueblos indígenas, sino que es la propia ley quien lo supedita a las decisiones y procedimientos gubernamentales, no pudiendo en ningún caso superar la política paternalista del reconocimiento estatal.

5.2.Derecho a ser consultados.

Junto con el derecho a la auto determinación, creemos que es importante poder contrastar la regulación normativa del derecho a la consulta, el cual se constituye como un pilar fundamental en el desarrollo y aplicación del derecho de propiedad y territorio de los pueblos originarios.

La norma general está establecida en el artículo 6 N° 1 del convenio N° 169 de la OIT, el cual prescribe que al momento de aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. De igual manera, deberán [los gobiernos] implementar las medidas adecuadas para asegurar una debida participación de los pueblos indígenas y desarrollar sus propias instituciones e iniciativas. Estableciendo en el numeral 2 del citado artículo 6 las reglas generales que deberán ser observadas al momento de ejercer la consulta, es decir que esta deba ser ejecutada de buena fe y de una manera apropiada con el fin de llegar a un acuerdo y consentimiento,

Estos estándares mínimos han sido elaborados a partir de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, tomando como base el texto normativo recién citado. En este sentido, se reconoce que todo proceso de consulta deberá observar a lo menos los siguientes puntos: (i) Procedimientos apropiados e instituciones representativas; (ii) De realizarse de buena fe; (iii) Se establece el carácter previo de la consulta; y (iv) Debe ser lo suficientemente informada²⁸¹.

De igual manera, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra a partir del artículo 32, el derecho de consulta, señalando que esta garantía consistirá en la facultad de determinar y elaborar las prioridades y estrategias de los propios pueblos sobre la utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales. Junto con reafirmar las características que ya hemos señalado, señala que los Estados tendrán la obligación de establecer mecanismos eficaces para una reparación justa y equitativa respecto de proyectos que afecten sus derechos de propiedad y recursos naturales.

En este sentido el mecanismo jurídico interno a través del cual el Estado chileno estableció un procedimiento para el derecho de consulta se hizo en un primer momento a través de la dictación del Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación del 25 de septiembre del 2009. Dicho decreto entendió por consulta el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados pudieran expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en

²⁸¹SANHUEZA, Cristian. “La consulta previa en Chile: Del dicho al hecho”, en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Editora Olea Rodríguez, Helena. En: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Op. Cit. Pp.229-232.

el artículo 4º del reglamento, respetando las formas adecuadas a través de las organizaciones representativas de los propios pueblos²⁸².

Sin perjuicio de que se hiciera una crítica formal, esta norma, al regular vía decreto supremo, una materia que es propia de Ley según lo prescribe el artículo 63 N° 18 de la Constitución Política de la República (toda vez que el objeto propio del Decreto es establecer las garantías de un procedimiento) las mayores críticas vinieron de parte de los propios pueblos indígenas, reclamando que la dictación de dicho decreto supremo fue negociada precisamente sin la participación de los mismos, estableciendo una construcción normativa desde el Estado hacia los pueblos indígenas, perpetrando una política paternalista y centralizada respecto de los pueblos originarios²⁸³.

Por ello, creemos que en un primer momento, el problema fue de estrategia en la implementación, ya que según se advierte en el artículo 5 del decreto supremo 124, para los casos en que se ejecutaran proyectos de inversión en tierras indígenas, se debía estar a lo establecido por la *normativa sectorial*, ajustándose a los procedimientos de participación específicos.

Ahora bien, como el propio Decreto Supremo N° 124 señaló que se trataba de un cuerpo normativo transitorio, sobrevino la dictación del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Sin embargo, como ya lo señalamos anteriormente, con la dictación de esta nueva norma, no se cumplieron tampoco los estándares exigidos por la

²⁸²Artículo 2º.- Consulta. Para los efectos de este reglamento, la consulta es el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas.

²⁸³ SANHUEZA CUBILLOS, C. Op. Cit. p. 223.

comunidad internacional para la realización de un adecuado procedimiento de consulta indígena. . El resultado en la dictación de esta nueva norma resultó un fracaso doble, ya que por una parte se limitó indirectamente la aplicación del Convenio N° 169 pues en lo que respecta al derecho de consulta se siguió con la postura anterior de redirigirlo a la regulación sectorial, y, además, por otra parte, en la práctica la cuestión se judicializó a partir de la normativa administrativa, mediante la aplicación de la Ley N° 19.300 sobre Medio Ambiente y el Reglamento del SEIA²⁸⁴.

Por ello, las principales falencias que significa implementar el derecho de consulta mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dice relación con que este solo da cabida a la participación de los pueblos cuando el respectivo proyecto ingrese por vía de Estudio de Impacto Ambiental [que circunscribe los casos posibles únicamente a lo establecido por el artículo 11 de la Ley N° 19.300²⁸⁵] ya que en ningún caso hace presente la particular relación de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos.

De igual manera, aquellos proyectos que ingresen vía Declaración de Impacto Ambiental, no consideran una etapa de participación ciudadana.

²⁸⁴CORDERO VEGA, L. “Derecho administrativo y convenio 169: La procedimentalización de los conflictos como consecuencia de soluciones incompletas”, en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Editora Olea Rodríguez, Helena. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013. p.74

²⁸⁵ Artículo 11 Ley N° 19.300 Ley sobre bases generales del Medio Ambiente: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización 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, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento”.

Teniendo como base estos antecedentes, creemos que constituye un error ejecutar el derecho de consulta a través de este mecanismo, toda vez que el Convenio establece una forma imperativa para realizar la consulta (deberá), y la normativa interna circunscribe los casos de aplicación a los establecidos por el artículo 7, 8 y 10 del reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, solo en la medida que se *afecte directamente* a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. En este sentido, más allá del sentido gramatical de la norma interna, esta situación evidencia el problema estructural en el diseño de la aplicación en Chile, ya que esta no debe ser entendida como un procedimiento de mera información y participación formal, sino que como una forma real de participación e influencia en las decisiones que se adopten.²⁸⁶

Otro aspecto problemático se refiere a quien debe realizar la consulta, ya que el Convenio es claro al señalar que esta obligación de realizar recae en el Estado y los gobiernos. Sin embargo la ley ambiental chilena entrega dicho procedimiento a privados, lo cual ha sido entendido como una delegación de facultades provocada por la ausencia del Estado, ya que al Servicio de Impacto Ambiental solo le cabe diseñar y desarrollar el proceso de consulta, sin que necesariamente lo ejecute.²⁸⁷

De igual manera, creemos que la solución administrativa que entregó el Poder Judicial a partir de la aplicación de los criterios establecidos en el Decreto N° 40 que reglamenta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300, de igual manera constituyen un error de aplicación del Convenio N° 169, toda vez que, al tratarse sobre un

²⁸⁶SANHUEZA, C; SABER, D; CAVALLERO, J; CONTESSE J; RODRÍGUEZ, CÉSAR. “No nos toman en cuenta. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”. En: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013. p. 52.

²⁸⁷Ibíd. p 52.

cuerpo normativo específico sobre Medio Ambiente, en caso alguno logra generar una correcta aplicación del derecho de consulta indígena. [El caso específico de jurisprudencia será tratado en el capítulo IV].

Entendemos, por tanto, que el problema es de voluntad política, ya que la falta de participación de los propios pueblos indígenas en el diseño de una normativa acorde a los principios establecidos en el Convenio N° 169, y la superación de criterio paternalista respecto de la regulación que debe existir sobre el derecho de consulta indígena, es una conducta que se repite tanto en la dictación del Decreto Supremo N° 124 como del Decreto Supremo N° 66, ambas normas como forma de regulación de dicho derecho.

Creemos a su vez que el derecho de consulta constituye un pilar fundamental para avanzar hacia la autodeterminación de los pueblos indígenas para tutelar de manera efectiva el derecho de propiedad que tengan los pueblos sobre su tierra, territorio y recursos naturales, ya que los hace partícipes y responsables de las decisiones que se tomen en conjunto con privados y agentes estatales sobre espacios que se encuentran bajo su dirección.

5.3. Concepción de la tierra, el territorio y los recursos naturales.

La consagración normativa del Derecho de propiedad indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos abarca la totalidad del concepto desde la propia cosmovisión que los pueblos originarios tienen sobre la misma. Así, al hablar de propiedad indígena, se entiende incorporado el concepto de territorio, recursos naturales y entorno. Cuestión que no necesariamente se condice con la regulación interna.

En efecto, la ley indígena en Chile (Ley N° 19.253) consagra en su artículo 1 el reconocimiento de las tierras indígenas, sosteniendo que la propiedad para los indígenas, es

fundamento de su existencia y cultura. Ahora bien, este reconocimiento se hace a partir de aquellas tierras que las personas o comunidades ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el Estado a indígenas y también por aquellas tierras inscritas en el Registro de Tierras Indígenas, o declaradas como tales por los tribunales de justicia.

Con el objetivo de proteger el derecho de propiedad y posesión de tierras y recursos naturales, el artículo 13 establece restricciones y limitaciones a los actos jurídicos que se puedan realizar respecto de las tierras indígenas.

Este sistema normativo interno contrasta con el marco general establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, ya que el artículo 13 genera un principio general de actuación para los Estados, al cual deberán ceñirse en la aplicación del Convenio.

En este sentido, el artículo dice que: *[Se deberá] respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados revista 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 esta relación.*

Partiendo del significado espiritual que la tierra significa para los pueblos indígenas y con todas las implicancias que se deberá además el concepto de territorio, que cubre la totalidad del hábitat de las regiones en que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, situación no prescrita en la ley indígena chilena.

En este sentido, el artículo 14 del Convenio señala que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que *tradicionalmente ocupan*, es decir, parte de la base que dicho derecho existía con anterioridad al Convenio, ya que este solo lo reconoce.

Prescribe además la obligación para los Estados de generar mecanismos para determinar cuáles son estas tierras y garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión, a lo que como ha expuesto la Ley N° 19.253 intenta aplicar en su artículo 12, pero que sin embargo lo realiza a través del sistema de titulación general del derecho de propiedad, no existiendo margen para un reconocimiento expreso del derecho indígena.

Un mecanismo de protección que establece la ley indígena y las relaciones de familia, es aquel que se refiere a la prohibición de constituir derechos reales sobre las tierras que han sido declaradas como tal. En este sentido, señala el artículo 14 de la ley que respecto de las enajenaciones y gravámenes entre indígenas, deberá el titular contar con la autorización prescrita en el artículo 1749 del código civil, es decir, aquella que entrega la mujer al marido como jefe de la sociedad conyugal.

Sobre el citado artículo 14, se ha pronunciado la Oficina Internacional del Trabajo, señalando que:

“[Los Estados] pueden adoptar diversas formas, y en algunos casos incluir medidas como la demarcación y el otorgamiento de títulos, y en otros puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración. *Lo importante es que el proceso de identificación y protección de las tierras forma parte de las medidas coordinadas y sistemáticas del gobierno para garantizar el respeto por la integridad de los pueblos*

indígenas y asegurar las consultas adecuadas con respecto a las medidas propuestas”²⁸⁸ [La cursiva es nuestra].

Creemos que en el caso particular del artículo 14 no solo se perpetra un régimen de administración de bienes de la familia cuestionable, como lo es la sociedad conyugal, sino que resulta ilusorio extrapolar conceptos propios del derecho privado interno a la regulación indígena, es decir, con la finalidad de uniformar situaciones. Yerra el legislador nacional al no advertir las particularidades propias de los pueblos indígenas respecto de su derecho de propiedad, derecho colectivo y ancestral.

Así mismo, en conjunto con la protección a las tierras y el territorio, el artículo 15 del Convenio se encarga de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Establece además el derecho a consulta a los pueblos interesados por parte del Estado antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos en caso de que se cumplan las siguientes condiciones: (i) La propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado, y (ii) Los intereses de los pueblos indígenas puedan ser perjudicados en alguna medida. Cabe mencionar que además esta disposición está directamente relacionada con el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone como lo hemos dicho, que los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

²⁸⁸Organización Internacional del Trabajo, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009, pp. 95-96. <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Derechos%20de%20los%20PI%20en%20la%20Practica%20-%20una%20Guia.pdf> [Consulta: 1 de diciembre de 2016.]

En este sentido, la mención que hace de los recursos naturales la ley indígena se realiza únicamente a partir de las áreas de desarrollo indígena (que serán abordadas en el capítulo IV), en el artículo 26, el que señala en su letra d que los recursos naturales operan como un equilibrio de los territorios protegidos, generando un sensible vacío respecto de otras cuestiones de importancia, como las que señalan los instrumentos internacionales y la importancia de los recursos naturales como parte integrante del territorio.

Ambas concepciones no son fáciles de conjugar, y en un intento por hacerlo, la Ley N° 19.253 opta por *liberalizar el concepto de propiedad indígena*, generando únicamente un reconocimiento de tierras indígenas a partir de títulos entregados y aceptados por el Estado, y aquellas tierras que estén inscritas en el Registro de Tierras Indígenas²⁸⁹.

Otro aspecto problemático de la Ley N° 19.253 dice relación con el enfrentamiento de derechos concurrentes sobre terrenos que son reclamados como propiedad indígena, ya que en caso de ser demostrado que éste se refiere a una propiedad ancestral de un determinado pueblo indígena, no establece la Ley un mecanismo para que éste sea devuelto a la comunidad, ya que como en función de la Constitución Política, solo se puede privar del dominio a un particular, mediante una Ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, con derecho a indemnización, lo que difícilmente puede ser aplicado a un proceso de devolución de tierras indígenas²⁹⁰.

²⁸⁹HERVÉ, D. y PÉREZ, S. 2012. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. Op. Cit. p.59.

²⁹⁰Ibíd. P. 61.

Así mismo, es necesario señalar que tampoco se refiere nuestra legislación interna a la protección del territorio, esbozada únicamente en el artículo 13 de la Ley N° 19.253²⁹¹, no haciendo alusión alguna a un importante y necesario concepto que explica la concepción del derecho de propiedad indígena, la territorialidad. En contraposición a ello, cuando el Convenio N° 169 de la OIT destaca la importante relación cultural y espiritual que para los pueblos indígenas reviste el territorio, se hace alusión a este concepto, toda vez que mediante él se avanza a una concepción espacial que supera la propiedad codificada, que diferencia el concepto de tener, mediante el del ser²⁹².

Como lo señala el Informe de la Organización Internacional del Trabajo:

“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”²⁹³.

Así mismo y como lo hemos expresado, respecto del derecho a la consulta como forma de participación en el destino de la propiedad indígena, no solo no se registran avances, sino que el nivel de participación mínimo no se expresa en ningún aspecto, ya que éste

²⁹¹ Aunque se registra un avance en este aspecto en el reconocimiento desde las áreas de Desarrollo indígena y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios, que serán abordados en capítulo III.

²⁹² MÍGUEZ NÚÑEZ, R. “Estado chileno y tierras mapuches: entre propiedades y territorialidad”. En Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Centro de Derechos de Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013. p 43.

²⁹³ Organización Internacional del Trabajo, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009. Op. Cit. p.92.

procedimiento, ha derivado en el de participación ciudadana que se reconoce en la Ley N° 19.300 que en ningún caso implementa lo establecido por el Convenio N° 169.

Creemos que este nulo avance en cuanto al reconocimiento del Derecho de propiedad indígena y el concepto de territorialidad, se explica toda vez que la concepción que abarca el Estado de Chile respecto de la propiedad es el que precisamente consagra la Constitución y el Código Civil, en función del derecho individual y absoluto, propio de un Estado liberal de Derecho, sea en el marco normativo general, como en modelo de desarrollo económico, altamente excluyente de otras concepciones.

Podemos concluir por tanto que las diferencias que existen en el reconocimiento y la regulación del derecho de propiedad indígena en ambos sistemas normativos, ya que por una parte el derecho internacional consagra el derecho de *propiedad colectivo y ancestral*, y el sistema nacional parte de la base entregada por el Código Civil el cual consagra la supremacía de la propiedad individual desde un ámbito despótico y exclusivo²⁹⁴.

²⁹⁴NÚÑEZ MIGUEZ, R. Op. Cit. p.35.

CAPÍTULO III: PODER EJECUTIVO E INSTITUCIONALIDAD.

Una vez que ya hemos analizado el marco jurídico de regulación de los pueblos indígenas en un plano nacional e internacional, corresponde hacer un estudio sobre la relación del Estado de Chile y los pueblos indígenas, a través del poder ejecutivo y la institucionalidad vigente en la materia.

En primer lugar se hará un análisis histórico de la relación gubernamental con los pueblos indígenas, principalmente desde los gobiernos de la década del noventa en adelante y los compromisos asumidos por los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, principalmente en lo que respecta al reconocimiento constitucional y protección de sus derechos colectivos a través de los Acuerdos de Nueva Imperial y la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.

Luego analizaremos las principales instituciones vigentes en materia indígena como forma de ejecución de los principios jurídicos estudiados en el capítulo II. En este sentido será analizada la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), las Agencias de Desarrollo Indígena (ADI) y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO) y la forma en que se aplica actualmente en Chile el mandato de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente realizaremos un estudio de los proyectos de ley que se encuentran actualmente tramitándose en el congreso, y que se refieren a la creación de nuevas instituciones tales como el Consejo Nacional, los Consejos de Pueblos Indígenas, la Subsecretaría de Asuntos Indígenas y el Ministerio de Asuntos Indígenas y así mismo a los proyectos de reforma constitucional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas que se han impulsado desde el gobierno (diferentes Presidentes de la República).

1.El Poder Ejecutivo y la relación con los Pueblos Indígenas. Estrategias de acercamiento y reconocimiento.

1.1. Acuerdos de Nueva Imperial, la Democracia y el “Nuevo Trato”.

Con el advenimiento de los gobiernos democráticos se generó un clima de apertura para la regulación estatal sobre la situación indígena. En este sentido, el entonces candidato a la presidencia de la República por la coalición política de concertación de partidos por la democracia, Señor Patricio Aylwin Azocar, firmó el día 1 de diciembre de 1989 en la ciudad de Nueva Imperial, un protocolo de acuerdo con distintos líderes indígenas, que representaban a comunidades Mapuches, Huilliches, Aymaras y Rapa Nui.

Dicho protocolo, establecidos como “*Acuerdos de Nueva Imperial*”, generó a su vez un acuerdo programático de gobierno en caso de que el citado candidato resultare electo presidente de la República, cuestión que finalmente sucedió ganando las elecciones presidenciales del año 1989 y asumiendo como Presidente de la República el día 11 de marzo de 1990.

Las principales obligaciones que contrajo el gobierno del Señor Aylwin fueron las siguientes:

- El reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.
- La creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un Fondo Nacional de Etno Desarrollo con participación de los Pueblos Indígenas, como de entidades públicas.
- La creación de una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas, como instancia encargada de estudiar las propuestas formuladas por organizaciones, para evaluar una posible incorporación al Programa de Gobierno de la Concertación de partidos por la Democracia.

Se reconoce que durante los primeros años de la década de los noventa se esbozó un cierto avance en cuanto al trato del Estado de Chile para con los pueblos indígenas, que se tradujo en la ya mencionada creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) en el año 1990, la que tuvo entre sus objetivos la preparación de un anteproyecto de Ley Indígena, un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, una propuesta de ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y una propuesta de

ratificación del convenio que crea el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, siendo aprobado solamente ésta última y el anteproyecto de Ley Indígena.

Así mismo, la promulgación de la Ley N° 19.253 el día 28 de septiembre de 1993 que establece las normas sobre protección, fomento, desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), constituye un primer gran hito en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los Acuerdos de Nueva Imperial.

Sin embargo, hay compromisos que no se cumplieron, principalmente el referente sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En este sentido, podemos advertir que se han sucedido variados proyectos de reforma constitucional, sin que ninguno haya prosperado.²⁹⁵

El más significativo de estos proyectos es el contenido en el mensaje presidencial boletín N° 513, del 8 de octubre de 1991, y se trata del proyecto de reforma más significativo, pues fue el primer intento de reconocimiento sobre la base del texto constitucional de 1980, el cual propuso una serie de modificaciones a la Constitución Política de la República. En específico los siguientes:

“Artículo 1° Agrégase como inciso final del artículo 1°, el siguiente: "El Estado velará por la adecuada *protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena*".

²⁹⁵(I) Reforma Constitucional relativa a los pueblos indígenas. Boletín 513. Mensaje Presidencial de 1991. (II) Proyecto de “Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado”. Boletín 2360. Moción de los diputados Huenchumilla, Elgueta, René García, Tuma, Hernández, Ojeda, Luksic, Juan Bustos, Ceroni y Juan Pablo Letelier, de 1999. (III) Boletín 2534. Moción senatorial de los Senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera- Gallo, incluida en una amplia propuesta de reformas constitucionales, de 2000. (IV) Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas. Boletín 4069. Moción de los Diputados Ascencio, Díaz, Ojeda, Tuma, Meza, Navarro, Saffirio y de la Diputada señora Soto, de 2006. (V) Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena. N° Boletín 5324-07. Moción de los Senadores Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Sergio Romero Pizarro. Ingresado el jueves 6 de septiembre de 2007. Refundido con N° Boletín 5522. (VI) Reforma Constitucional que asegura representación popular a los pueblos indígenas”. Boletín N° 5402-07. "Se asegurará a los Pueblos Indígenas que habitan el territorio chileno representación en el Congreso Nacional de acuerdo a los requisitos y condiciones que la ley orgánica respectiva establezca". (VII) Proyecto de “Reforma Constitucional reconoce a los pueblos indígenas de Chile”. N° Boletín 5522-07 Fecha de Ingreso: 23 de noviembre de 2007

“Artículo 2° Agrégase como inciso final del número 22 del artículo 19, el siguiente: "La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados a favor de las comunidades indígenas."

“Artículo 3° Agrégase al artículo 62, como número 7°, nuevo el siguiente: "7° Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas." “El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena.”

Luego de una modificación que tuviera el proyecto original en la Cámara de Diputados, el artículo 1°, quedó de la siguiente manera: “*El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la Nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica*”. Este texto fue aprobado en sesión de 9 de Julio de 1992, por la votación de 90 diputados a favor, una abstención y un voto en contra.

La tramitación había sido auspiciosa, sin embargo, el proyecto se archiva por primera vez en el año 1993 a solicitud del Presidente de la República, Señor Aylwin Azocar, siendo desarchivado el día 18 de mayo de 1999, a petición del Presidente de la República, Señor Eduardo Frei Ruiz-Tagle, fecha importante, toda vez que tres días después en mensaje pronunciado ante el Congreso Pleno de la República en sesión de Legislatura N° 340, dio cuenta sobre lo siguiente:

“(…) Siempre hemos sostenido que el país está en deuda con sus minorías indígenas. Hay una larga historia de ocupación y de apropiación de territorios autóctonos, que culminó con el desconocimiento total del estilo de vida de sus habitantes originarios y de su particular vinculación a la tierra (...) *Tenemos que revisar el funcionamiento de la institucionalidad y la efectividad de las leyes dictadas, y buscar la forma en que ellas puedan resolver los problemas de fondo (...)*” [La cursiva es nuestra].²⁹⁶

En este contexto es que el proyecto original pasa a la Comisión de Derechos Humanos Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, generando una nueva modificación al proyecto original, esbozando la siguiente nomenclatura:

²⁹⁶Discurso Presidencial, 21 de Mayo de 1999. <http://historiapolitica.bcn.cl/mensajes_presidenciales> [Consulta: 15 de noviembre de 2016].

“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, leguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde.”

Luego de la discusión en sala, el proyecto es remitido nuevamente a la Comisión de Derechos Humanos para que se emitiera un informe complementario y se pronunciara sobre una indicación presentada en sala por los diputados Lily Pérez, Acuña, José Antonio Galilea, Cardemil, René Manuel García, Espina, Huenchumilla, Alessandri, José García, Bartolucci, Errázuriz, Ojeda, Díaz, Hernández y Salas, que tenía por finalidad reemplazar el inciso propuesto en el segundo informe, por el siguiente:

“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde, en iguales términos que a todos los demás chilenos” (La cursiva es nuestra)²⁹⁷.

Finalmente, en sesión 7° de 17 de octubre de 2000 en la cámara de Diputados, se emitió un tercer y último informe ante la sala, procediendo a la votación de la reforma constitucional precedido del debate correspondiente.

Destaca en las actas de tramitación, la opinión emitida por el Diputado Señor Ojeda quien señaló que: *“Con la reforma se rompe esa tendencia del constitucionalismo chileno clásico, tendencia que se reconoce en otros países, especialmente en los más modernos y desarrollados. Esta reforma supone un paso positivo en el desarrollo hacia una idea de un constitucionalismo multicultural”* [La cursiva es nuestra].²⁹⁸

El debate en dicha sesión estuvo marcado por una abierta diferencia entre los diputados de oposición y gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, ya que los primeros sostenían que la aprobación de la reforma constitucional podía generar una violación al principio constitucional de la igualdad ante la ley, toda vez que se estaba realizando una discriminación en favor de los pueblos indígenas, en perjuicio del resto de los chilenos. Así mismo, se sostuvo por esta coalición política, que no era posible sostener que todos los

²⁹⁷ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07> [Consulta: 15 de noviembre de 2016]

²⁹⁸ *Ibíd.*

pueblos indígenas tenían las mismas demandas, sino que había que sopesar de buena forma las intenciones individuales de cada persona de someterse o no al concepto de autonomía que propuso la reforma²⁹⁹.

En este sentido el Diputado de oposición Señor Alessandri, señaló lo siguiente:

“Lo distintivo de los grupos llamados indígenas no es su raza, sino su pobreza. La solución no son leyes privativas, fueros o autonomías que los aíslen más, sino la instrumentalización de políticas que eleven sus niveles de educación, capacitación y tecnología. Al igual que el nazismo y el marxismo, las concepciones indigenistas han servido de excusa a políticos y a activistas para que, en nombre de preservar las características de una raza o defender los derechos de una clase social, busquen escalar el poder político, controlar las actividades económicas de un grupo o mantener una posición protagónica en la sociedad (...) *Por último, estoy cierto de que ni con esta reforma ni con la repartija de tierras, como lo he señalado en múltiples oportunidades, se está solucionando el problema indígena. Éste requiere más educación, mejor instrucción, mayor capacitación y mucho menos demagogia*”³⁰⁰ [La cursiva es nuestra].

Al contrario, los argumentos para aprobar el proyecto de reforma constitucional se apoyaron en el efectivo reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos y en que esta consagración en la Carta Magna, permitía elevar la protección y promoción de los

²⁹⁹ Como lo señala en su intervención el Diputado Ibáñez: “Constituiría , pues, una grave traición a lo que ha sido nuestra historia y a aquellos hombres y mujeres que sin complejos ni discriminaciones construyeron nuestra patria y la raza común que la habita el hecho de constituir ahora, artificialmente, grupos étnicos diferentes y eventualmente antagónicos entre sí. En todo grupo social siempre habrá conflictos. Para resolverlos, los países se dotan de un sistema legal y judicial al cual corresponde recurrir cuando ellos se presentan; pero en los conflictos que hoy tienen lugar, es evidente la huella de la vieja táctica marxista que trata de hacer antagónicas, hasta la lucha armada, los intereses de un grupo y los de otro (...) En este contexto, considero inapropiado vernos abocados a discutir una reforma como la que ahora se nos presenta. No necesitamos para nada que se nos recuerde cómo tratar en justicia y derecho a quienes componen nuestra patria, y menos a los grupos indígenas que habitan entre nosotros como parte de este único cuerpo social, cultural y político que es Chile. Lo único que puede resultar de la aplicación de esta reforma entre nosotros, es dar pie para que nuestro país sea objeto de una nueva intervención proveniente de esta legión de personas y organismos que, por dentro de nuestras fronteras y fuera de ellas, sólo busca desestabilizar y crear condiciones de caos y anarquía, porque es en esas condiciones en que ellos se solazan”. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07>. [Consulta: 15 de agosto de 2016].

³⁰⁰ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07> [Consulta: 17 de agosto de 2016].

derechos de los pueblos indígenas, al más alto estándar normativo del Derecho Nacional. Como lo señaló en su intervención el Diputado Señor Francisco Huenchumilla:

“Respecto del contenido, personalmente encuentro insuficiente el texto. No me satisface. Soy partidario de una reforma a la Constitución mucho más profunda, que se refleja en el proyecto que presenté el año pasado en conjunto con otros señores diputados (...) sin embargo, *si establecemos el reconocimiento constitucional, estamos diciendo que los pueblos indígenas existen, y si existen, tienen derecho a la vida. ¿Y qué es la vida para un pueblo? Es el derecho a ser reconocido como sujeto colectivo, no individualmente*”.³⁰¹

Esta posición fue reafirmada por la intervención final de la Ministra de Planificación y Cooperación, Alejandra Krauss, quien cerró el debate de la siguiente forma:

“Es posible asegurar que este proyecto simboliza el impulso de una nueva política pública destinada a nuestros pueblos indígenas, compuesta de aspiraciones, sentimientos, deseos y también de medidas concretas. Específicamente, dicha política considera la adopción de medidas destinadas al reconocimiento y a la preservación, por parte del Estado, de los pueblos originarios”.³⁰²

Finalmente, la votación se separó por una parte en la indicación anotada por los Diputados mencionados y aprobada por la Comisión de Derechos Humanos, la que fue rechazada por 49 votos contra 28 y 3 abstenciones, y en segundo lugar se llevó a cabo la votación del proyecto de reforma, que fue aprobado por 69 votos contra 3 y 9 abstenciones, no alcanzado sin embargo el quórum constitucional, quedando definitivamente rechazado una tramitación que llevó casi 10 años.³⁰³

Si bien es cierto, el debate sobre la procedencia del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, excede largamente las pretensiones de este trabajo, es del todo pertinente señalar que los puntos de mayor problemática para su aprobación, se refieren a los

³⁰¹ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07> [Consulta: 17 de noviembre de 2016].

³⁰² <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07> [Consulta: 17 de noviembre de 2016].

³⁰³ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07> [Consulta: 17 de noviembre de 2016].

conceptos de pueblo, diversidad cultural, libre determinación, participación política y territorio, en relación a la forma en que puedan ser adoptados en el texto constitucional.³⁰⁴

En este sentido, podemos concluir que los avances que se produjeron durante la década de los noventa y la apertura del Estado democrático se tradujeron en la dictación de una normativa especial referente los pueblos indígenas (Ley N° 19.253), la creación de una nueva institucionalidad que dotara de ejecución a los acuerdos político-programáticos y legislativos (CONADI), y el fallido intento con incluir en la Constitución el reconocimiento a los pueblos originarios, todos intentos que no pudieron superar la política asistencialista.

A modo de contexto, es importante señalar que durante este periodo las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas se tornaron cada vez más distante debido a la falta de concretización de los objetivos antes expuestos que para el caso del pueblo mapuche, se contextualizó como “conflicto Mapuche”³⁰⁵. Junto con ello, comenzó a aplicarse de forma sistemática la Ley N° 12.927 sobre seguridad del Estado y la Ley N° 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, comenzando una etapa que ha sido llamada por diversos autores, como de “criminalización del conflicto mapuche”.³⁰⁶

1.2. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.

En el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, se arrastraba ya una década desde la puesta en marcha de la política del nuevo trato con los pueblos indígenas, en que los principales avances habían sido la dictación de una Ley Indígena y la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Sin embargo, los puntos en deuda seguían siendo el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y la aprobación del

³⁰⁴ <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/11.125-162.Roman.pdf>> [Consulta: 20 de noviembre de 2016].

³⁰⁵ Tal vez, el hecho que marca el inicio de esta nueva relación hostil, lo constituye la aprobación y construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco en la comuna de Alto Bio Bio de propiedad de la empresa ENDESA, aprobada el año 1997 durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, y puesta en servicio durante el 2004, que contó con la oposición de Comunidades Pehuenches y con la reubicación de cerca de 500 integrantes de su comunidad, elevando peticiones incluso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

³⁰⁶ El hecho que marca el inicio de esta nueva relación hostil, lo constituye la aprobación y construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco en la comuna de Alto Bio Bio de propiedad de la empresa ENDESA, aprobada el año 1997 durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, y puesta en servicio durante el 2004, que contó con la oposición de Comunidades Pehuenches y con la reubicación de cerca de 500 integrantes de su comunidad, elevando peticiones incluso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convenio N° 169 de la OIT, que fijaba las normas y obligaciones internacional en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos referente al tema indígena.

En este contexto, se creó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, a la que se solicitó informara sobre la historia de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado y que a la vez, sugiriera propuestas y recomendaciones para una política de nuevo trato, en general respecto de la situación de los pueblos indígenas y en particular respecto de determinadas comunidades.³⁰⁷

En una suerte de declaración de principios, la comisión propuso un “nuevo trato” el cual debería fundarse al menos, en los siguientes principios:

- Ante todo en el reconocimiento de que la sociedad chilena es culturalmente diversa, que al interior de la comunidad nacional, co-existen diversas agrupaciones que reivindicán para sí una identidad histórico cultural particular y diferente a la del común de los chilenos.
- Para ello, la comisión histórica de verdad y nuevo trato ha llevado a cabo su mandato considerando y examinando una amplia evidencia histórica, entre la que se cuenta la aportada por los propios Pueblos Indígenas de nuestro País.
- En la historia de la relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas, se verificaron hechos que los principios de una sociedad democrática, con conciencia de la dignidad de todos sus miembros, no debe estar dispuesta a aceptar. Para ello, es necesario admitir que el Estado y la sociedad chilena están en deuda con los Pueblos Indígenas que forman parte indisoluble de la nacionalidad chilena.
- La política del nuevo trato, debe superar y corregir esos errores, instalando una relación basada en los principios del respeto, la equidad, el mutuo reconocimiento, la justicia y la dignidad de todos sus miembros.³⁰⁸

Sobre la base de estos principios, la Comisión propuso que la forma de implementación de una política de “Nuevo Trato”, deberían considerarse a lo menos los siguientes elementos:

³⁰⁷Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato: Pueblos Aymara, Atacameño, quechua, Colla, Rapa Nui, Indígenas Urbanos, Mapuche, Kawesqár, Yagán. Pp. 561-569.

³⁰⁸http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf , [Consulta: 20 de noviembre de 2016].

- Reconocimiento a nivel constitucional: Que la Constitución declarara la existencia de los pueblos indígenas y que éstos poseen culturas e identidades propias, su continuidad histórica como descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio que es actualmente Chile. Debía además contener la Constitución la obligación de garantizar la preservación de la diversidad étnica cultural de la nación y el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas.
- Consagración de Derechos Colectivos: Dicha consagración debería ser a nivel constitucional y legal; estos derechos deben ser, políticos, territoriales, culturales.
- Institucionalidad: El establecimiento de una institución que canalizara la participación y consulta de los pueblos indígenas para el efectivo ejercicio de los derechos que emanan de la política del nuevo trato³⁰⁹. Así mismo, se propuso la creación de una entidad de investigación y promoción de los pueblos indígenas para dar a conocer la historia y realidad de los mismos, instaurando mecanismos eficientes de financiamiento de las políticas indígenas y mejorando la pertinencia e impacto de las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas.³¹⁰

En este aspecto, teniendo como eje principal y estratégico las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Estado de Chile, se han impulsado hasta nuestros días una serie de mecanismos de implementación en torno al fortalecimiento de las instituciones ya existentes, proyectos de reforma constitucional, una nueva institucionalidad, entre otros aspectos que pasaremos a revisar.

Con los gobiernos de la Presidenta Michelle Bachelet (2006-2010 y 2015-actualmente) y el Señor Piñera Echeñique (2010-2014) se asume una nueva forma de política hacia los pueblos indígenas, en la que ya no se habla del Nuevo Trato, sino que una *Política Nacional Indígena*, lo que no obsta a que la materialidad misma de las propuestas recaiga incluso sobre

³⁰⁹Se trata del Consejo de Pueblos Indígenas, el cual tendría por atribuciones: (i) Pronunciarse sobre las propuestas de políticas dirigidas a pueblos indígenas, constituyéndose como un órgano de consulta obligatoria, aunque no vinculante, para la autoridad gubernamental. (ii) Fiscalizar la ejecución de políticas indígenas, y en particular los planes, programas y proyectos ejecutados por la CONADI. (iii) Velar por el ejercicio de los derechos indígenas que se reconozcan constitucionalmente. (iv) Evacuar anualmente un informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile.

³¹⁰<http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf> [Consulta: 20 de noviembre de 2016].

puntos programáticos que ya habían sido abordados por los gobiernos anteriores, sin que necesariamente estos se hayan llevado a la práctica.

En este sentido, advertimos una serie de avances tales la dictación de la Ley N° 20.249 (2008), la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT (2009), junto con someter la temática indígena a un constante debate sobre la eficiencia de los mecanismos institucionales y la implementación de la normativa indígena. Esto generó una serie de propuestas de modificación, principalmente referidos a la creación de nuevas instituciones y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que serán analizados en la parte final del capítulo.

2. Análisis de las principales Instituciones vigentes.

En este apartado se pretende analizar las instituciones vigentes más representativas en la implementación estatal de la política indígena, asumiendo políticas generales de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas a través de la CONADI y de manera sectorial a través de las Áreas de Desarrollo Indígena y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios, los cuales se refieren únicamente a ciertas comunidades que cumplan con los requisitos de constitución establecidos para cada caso

2.1. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, fue creada por la Ley N° 19.253 del año 1993 que destinó el Capítulo IV de manera íntegra a la regulación de esta naciente institución que se enmarcaba dentro de lo que hemos mencionado como “*política del Nuevo Trato*” que los primeros gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia luego de la Dictadura militar, intentaron construir para con los pueblos indígenas.

En este sentido, la misión institucional de la CONADI quedó establecida de la siguiente manera:

“Promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional, a través de la coordinación intersectorial, el financiamiento de iniciativas de inversión y la prestación de servicios a usuarios y usuarias”.

La CONADI pasó a ser el principal órgano de la administración del Estado y dependiente del Ministerio de Planificación (hoy Ministerio de Desarrollo Social), encargado del trato, dirección e implementación de las políticas públicas con que el Estado de Chile se relacionaba con los pueblos indígenas.

Los objetivos estratégicos de la CONADI son los siguientes:

- Incrementar la participación de la población indígena en los procesos de formulación de políticas públicas, medidas legislativas y/o administrativas que les afecten directamente, a través de instancias de diálogo, consultas e información masiva, para fomentar una mejor institucionalidad y oferta pública.
- Incrementar el aprendizaje de las lenguas y las culturas originarias en niños y jóvenes indígenas, a través de la educación formal y la práctica de enseñanza tradicional, para fomentar la identidad de los pueblos indígenas.
- Reducir el déficit de activos productivos (tierras y aguas) en el mundo indígena rural, perfeccionando la política de tierras y aguas mediante la incorporación de instrumentos de apoyo a la formación de capital humano y emprendimiento productivo.
- Aumentar las oportunidades para el desarrollo integral de familias y organizaciones indígenas urbanas, mediante la implementación de instrumentos que mejoren el acceso al crédito y/o subsidios orientados, preferentemente, al desarrollo productivo, comercial y sociocultural.
- Aumentar las oportunidades para el desarrollo integral de familias, comunidades y organizaciones indígenas rurales, mediante la implementación de instrumentos y/o subsidios que fomenten la producción, acceso a mercados y cadenas de valor, como el desarrollo sociocultural y organizacional.

- Disminuir los tiempos de atención y trámite de la población indígena, a través de la mejora e innovación de procesos, productos y tecnología disponibles en los espacios de atención del servicio.³¹¹

La organización de la CONADI se establece en torno a un Consejo Nacional que está compuesto por 17 miembros: (i) El director nacional, nombrado por el Presidente de la República; (ii) Los subsecretarios o sus representantes de los ministerios: secretaría general de gobierno, planificación y cooperación, agricultura, educación y bienes nacionales; (iii) Tres consejeros designados por el Presidente de la República; (iv) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aymará, un atacameño, un rapa nui, y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional.

Los objetivos estratégicos institucionales que la corporación tiene para los *años 2015 a 2018* son los siguientes:

- Promover y proteger los derechos y el patrimonio de los pueblos indígenas, impulsando modificaciones a la normativa vigente, para el cumplimiento pleno del Convenio 169, garantizando, mediante la información, el diálogo y mecanismos de consulta, su participación en las decisiones sobre las medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- Coordinar y asesorar el trabajo intersectorial para mejorar la pertinencia cultural de la política pública y complementar recursos sectoriales y regionales, para financiar y ejecutar programas y proyectos que satisfagan las demandas de los pueblos indígenas y sus territorios;
- Desarrollar y ejecutar una política pública indígena y una oferta programática rural y urbana, que contribuyan integradamente al buen vivir, en sus aspectos económico, social y cultural, de las comunidades, familias, hombres y mujeres indígenas más vulnerables; y

³¹¹ <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/mision-institucional>> [Consulta: 21 de noviembre de 2016].

- Mejorar el acceso, cobertura, oportunidad y calidad del servicio entregado a los/as ciudadanos/as indígenas, mediante la mejora continua de los procesos, la optimización de los recursos y el desarrollo capital humano institucional.³¹²

En este sentido, dentro de las políticas que ha impulsado la CONADI, a través de sus Fondos de Tierras y Aguas Indígenas (en adelante FTAI, artículo 20 Ley N° 19.253) junto al Ministerio de Bienes Nacionales, se reconoce la *implementación de acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas consideradas en la Ley N°19.253*.³¹³

Para hacer el siguiente análisis de datos, que evalúan la efectividad de las políticas públicas de la CONADI en torno a los objetivos estratégicos planteados para los últimos cuatro años, nos hemos fiado del Balance de gestión integral (2015), entregada por la Dirección de Presupuesto dependiente del Ministerio de Hacienda.³¹⁴

Dentro de los objetivos estratégicos de la CONADI, se calcula que el total de *tierras adquiridas, transferidas y saneadas por parte del Estado a comunidades indígenas* desde 1994 a 2011 alcanzarían la suma de 440.754 hectáreas, las cuales gran parte se acumulan en el territorio mapuche. Sumado a ello, la CONADI-junto a la Dirección General de Aguas- en el mismo período que el anterior, ha saneado y regularizado derechos de aguas a favor de indígenas, así como el desarrollo de obras de riego, beneficiando en total a 45.643 familias indígenas.

³¹²<http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144507_doc_pdf.pdf> [Consulta: 21 de noviembre de 2016].

³¹³Artículo 20.- Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación. A través de este Fondo la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos: a) Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación. Para obtener este subsidio se distinguirá entre postulaciones individuales y de comunidades. Para las postulaciones individuales el puntaje estará dado por el ahorro previo, situación socio-económica y grupo familiar. Para las postulaciones de comunidades el puntaje estará determinado, además de los requisitos de la postulación individual, por su antigüedad y número de asociados. Un Reglamento establecerá la forma, condiciones y requisitos de su operatoria; b) Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas (...).

³¹⁴<http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144507_doc_pdf.pdf> [Consulta: 21 de noviembre de 2016].

En este sentido, hasta el año 2014³¹⁵ con una inversión total de 53.812.904 pesos se logró constituir derechos de propiedad de 2.479 familias de las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos y Magallanes, los que corresponde a una superficie total de 13.701, 68 hectáreas.³¹⁶

En esta misma línea, podemos advertir ciertas conclusiones establecidas por los indicadores de desempeño de la corporación para el periodo 2015-2018 respecto del FTAI, referidos a la aplicación del artículo 20 letra a y b de la ley 19.253. Respecto de estos objetivos estratégicos la CONADI le asigna un 30% de la ponderación total del presupuesto para políticas públicas, por sobre de otros objetivos (como por ejemplo educación intercultural), lo que demuestra la importancia de la regulación sobre el tema de las tierras indígenas.

Sobre la letra b del artículo 20 de la ley 19.253 (mecanismos para solucionar problemas de tierras) se puede advertir que durante el año 2012 el total de familias con demandas de recuperación histórica según catastro en las regiones VIII, IX, X y XIV fue de 4.336 alcanzado un total de 4.670 familias beneficiarias, lo que corresponde a un 107.7% de efectividad en la política pública, es decir se superaron las metas fijadas para ese año.

Durante el año 2013 y 2016 se advierte una *ampliación del total de familias con demandas de recuperación histórica* manteniendo un total de 12.164 familias durante los referidos años, política que alcanzó un 47.52% (2013), 55.43% (2014), 64.58% (efectivo junio de 2015), 65.24% (estimado 2015) y 72.64% (meta 2016) de efectividad.

Sobre la letra a del artículo 20 de la ley 19.253 (subsidios para la adquisición de tierras) se ha mantenido una misma cantidad del universo de familias con demanda de recuperación histórica según catastro en las regiones VIII, IX, X y XIV, desde el año 2012 al año 2016, la que constituye un total de 18.042 familias, sin embargo, los resultados no han

³¹⁵Tomando como base el balance de gestión integral del año 2014 (último actualizado) podemos concluir que las políticas de ejecución de la institución se han sostenido sobre los siguientes ejes: (i) Apoyar la economía y productividad de los pueblos indígenas; (ii) Perfeccionamiento de la compra de tierras indígenas; (iii) Introducir transversalmente la dimensión indígena en las políticas públicas; (iv) Adecuar los marcos regulatorios actualmente vigentes a las normas del Convenio N° 169 de la OIT; (v) Impulsar un programa de desarrollo rural indígena; (vi) Proteger las prácticas culturales y medicina ancestral de los pueblos indígenas; (vii) Consolidar la libre manifestación de las creencias y espiritualidad de los pueblos indígenas; (ix) Impulsar la creación de institutos culturales indígenas; (x) Impulsar una política respecto de los indígenas urbanos; y (xi) Elaborar una agenda de desarrollo indígena.

³¹⁶http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144507_doc_pdf.pdf > [Consulta: 21 de noviembre de 2016].

sido satisfactorios incluso alcanzado un 0% de efectividad durante el año 2014. El porcentaje de efectividad ha sido de 11.58% (2012), 15.97% (2013), 0.00% (2014), 20.01% (efectivo junio de 2015), 21.03% (estimado 2015), y 24.08% (meta 2016).

El incremento que experimentó el universo de población objetiva de las políticas de la CONADI respecto al FTAI dicta relación con el aumento de fondos públicos que se dispuso con estos fines durante los últimos 5 años. En este sentido, durante el año 2012 el presupuesto total de la CONADI alcanzó 85.685.450 millones de pesos, de los cuales 41.935.297 millones de pesos estaban destinados para el FTAI³¹⁷.

El presupuesto dispuesto para el año 2016 asciende a un total de 130.747117 millones de pesos para la CONADI, de los cuales se disponen 83.465,776 millones de pesos para el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, es decir, el presupuesto se ha ampliado al doble durante los últimos 4 años³¹⁸.

Sin embargo, este aumento de presupuesto no se traduce necesariamente en un aumento real de familias beneficiarias, ya que como lo observamos en los indicadores de desempeño, el universo total de población objetiva aumentó casi al triple para el caso de los mecanismos de solución de problemas de tierras indígenas (4.336 familias en 2012 a 12.164 desde 2013 a 2015) pero el aumento de familias directamente beneficiarias ha alcanzado un nivel promedio de 50% de efectividad durante los últimos 3 años.³¹⁹

De igual manera, respecto del subsidio para la adquisición de tierras, el universo de población objetiva de la política pública se ha mantenido en iguales términos desde el año 2012, alcanzando niveles de efectividad promedio de solo un 17%.³²⁰

Sobre el punto estratégico N° (i) mencionado anteriormente, el Estado de Chile ha usado otros mecanismos jurídicos para modificar y adecuar el régimen legal interno respecto de los estándares internacionales (Convenio N° 169 de la OIT), naturalmente a través de los proyectos de ley que fueron analizados anteriormente. Ahora bien, una política implementada

³¹⁷ <http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/enlace_publicacion/ley_de_presupuesto_2012.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

³¹⁸ <http://www.dipres.gob.cl/595/articles-140755_doc_pdf.pdf> Consulta: 29 de noviembre de 2016].

³¹⁹ <http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144665_doc_pdf.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

³²⁰ Ibíd.

por la CONADI se refiere al proceso de consulta indígena para integrar a las comunidades a los proyectos de ley. En este sentido, durante el año 2014 se dispuso un presupuesto inicial de 1.677.136 pesos (del cual se ejecutó un 93.21%) para efectos de realizar el proceso de consulta indígena sobre el proyecto de ley que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas, en el cual se apoyó la realización de reuniones de consulta previa indígena en 122 localidades.³²¹

Estos datos se condicen necesariamente con el aumento sostenido presupuestario que ha experimentado la CONADI en cuanto a los montos que son destinados para procesos de consulta indígena, que durante el año 2012 ascendía a un total de 683.156 pesos y que al año 2016 es de 1.040.790 pesos.³²²

En este sentido, podemos resumir que las políticas estatales de la CONADI en torno a los procesos de recuperación, y solución de conflictos de tierra y de igual manera sobre consulta indígena, ha experimentado sostenidos avances presupuestarios, ampliando además la cobertura universal de los sujetos destinatarios de la política pública.

Valoramos la acción desarrollada por la CONADI y otras entidades públicas en el cumplimiento de su mandato legal de promoción y protección de los derechos de los pueblos originarios, por ejemplo, incrementando la recuperación de tierras indígenas y su posterior devolución a pueblos originarios. Sin embargo, creemos que la gestión pública desarrollada todavía es insuficiente para cubrir las necesidades de tierras indígenas.

En este sentido, el aumento presupuestario no es el requerido para estos efectos (recuperación y devolución de tierras), teniendo en consideración que las tierras que se quieren recuperar han aumentado progresivamente su valor, y además agregando el antecedente de que los recursos que se destinan para estos efectos no son ejecutados con la eficiencia que requiere el servicio. Junto a ello, también se toman como factores la titulación individual de algunos de estos terrenos, afectando la forma de propiedad comunitaria indígena, y, por último, por la demora en la titulación de los predios fiscales, que en algunos casos superan los 10 años.

Por ello, el aumento presupuestario para que la adquisición de tierras sea cada vez mayor, no es una solución concreta. Esto porque el problema principal que identificamos en la

³²¹ <http://www.dipres.gob.cl/595/articles-147191_doc_pdf.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

³²² <http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/enlace_publicacion/ley_de_presupuesto_2012.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

implementación de las políticas de la CONADI deriva de su diseño institucional, el cual no está establecido de conformidad con los principios del Convenio N° 169, privilegiando la normativa nacional la titulación de tierras de forma individual por sobre el carácter colectivo que reconoce el mencionado instrumento internacional.

2.2. Áreas de Desarrollo Indígena.

Otra institución importante para analizar la forma en que el Estado ha implementado la política indígena desde la dictación de la Ley N° 19.253 dice relación la creación de las Áreas de Desarrollo Indígena, establecidas en el artículo 26 de la Ley. Dichas áreas quedan a cargo del Ministerio de Planificación y Cooperación a propuesta de la CONADI, y se tratan de espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizan su acción en beneficio del desarrollo armónico de los pueblos indígenas y sus comunidades.

En este sentido, los criterios para la creación de un área de desarrollo indígena son los siguientes:

- Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- 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 flora y fauna.

La pretensión estatal para la implementación de las áreas de desarrollo indígena tuvo una finalidad doble, por una parte, buscaba superar las condiciones de pobreza y precariedad en las que vivían las comunidades indígenas, y, en segundo lugar, solucionar el conflicto por el territorio. Concibiéndolas así, como espacios de focalización para la implementación de la política estatal respecto de los pueblos originarios, incluyendo en la gestión del territorio a los propios pueblos indígenas, avanzando hacia una política del auto desarrollo.³²³

³²³ <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/areas-de-desarrollo-indigena>> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

El artículo 35 de la Ley N° 19.253 entrega un grado de participación en la administración de áreas silvestres protegidas en las áreas de desarrollo indígena, la que en todo caso quedará supeditada en las formas y alcance a la determinación de la CONADI y el Servicio Agrícola y Ganadero o Corporación Nacional Forestal de común acuerdo, sobre los derechos que le correspondan a las Comunidades Indígenas.

Sin perjuicio de ello, el conflicto en torno a la implementación de las áreas de desarrollo indígena, se ha generado a partir de la administración de las mismas que permite que los pueblos indígenas participen de ella, pero en función del diseño institucional que se aleja del concepto intrínseco de territorio que tienen los pueblos indígenas, en armonía con la tierra, los recursos naturales y el hábitat.

Por ello, variadas son las opiniones en torno a la implementación de las ADI, ya que por una parte desde los propios órganos del Estado se les considera únicamente como un mecanismo distributivo de recursos³²⁴, o bien como un espacio real de coordinación de la política indígena y el nuevo trato. También desde los pueblos indígenas las opiniones son disímiles, considerándolos algunos como un avance en torno a la construcción de identidad y autogobierno, o derechamente como una institución sin alcance real en torno a la construcción de autonomía por parte de los pueblos indígenas.³²⁵

Sin desmerecer el espíritu del proyecto de implementación de las ADI, adherimos a esta última postura crítica, teniendo en consideración que durante 19 años de implementación (1997-2016) el avance que se registra no alcanza niveles satisfactorios, por una cuestión clara; la implementación de esta institución no puede pretender solucionar el conflicto general de la problemática indígena, sin que sea superada la concepción paternalista de asimilación estatal.³²⁶

³²⁴ <http://www.dipres.gob.cl/595/articles-139541_informe_final.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2016].

³²⁵ AVENDAÑO PINTO, S. 2009. “Áreas de Desarrollo Indígena en el norte de Chile. Negociaciones y disputas en torno a espacios territoriales”. Tesis para optar al Grado de Magíster en Ciencias Sociales Mención Sociología de la Modernización Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Posgrado, p. 62.

³²⁶ Actualmente se ha constituido las siguientes áreas de desarrollo indígena: (1) Jiwasa Oraje de la provincia de Iquique; (2) Alto Andino Arica Parinacota, de la provincia de Arica y Parinacota; (3) Atacama La Grande de la provincia del Loa; (4) Alto el Loa de la provincia del Loa; (5) Te Pito o Te Henua de la provincia de Isla de Pascua; (6) Lleu Lleu de la provincia de Arauco; (7) Alto Bio Bio de la provincia del Bio Bio; (8) Ercilla de la provincia de Malleco; (9) Lago Budi de la provincia de Malleco; (10) Puel Nahuelbuta de las provincias de Cautín y Malleco; (11) Cabo de Hornos de la provincia de la Antártica chilena (en trámite).

En este sentido, cabe tener en consideración que el principal conflicto que se reconoce en las ADIs, es que no se incluyó a los propios pueblos indígenas en el diseño de implementación, considerando su participación de manera restringida.³²⁷

Por ello, para establecer y declarar un territorio como ADIS, su autorización queda en manos de los órganos del Estado, basándose principalmente en una política de tipo ruralista y campesinista (que no considera la migración campo-ciudad, soslayando la presencia de comunidades indígenas en las ciudades).³²⁸

En este sentido, creemos que yerra el proyecto de instalación de las ADIS, concibiendo al territorio supuestamente desde la óptica de la tierra y la cultura indígena, pero señalando que las ADIs constituyen un espacio de economía abierta para las comunidades indígenas, “a partir de flujos de productos agropecuarios, artesanales y de fuerzas de trabajo y creatividad hacia los centros de poder tanto locales como regionales”³²⁹, en una economía globalizada y transnacional.

Por lo tanto, no solo no recoge el concepto de territorio que los propios pueblos indígenas han entendido como elemento central del derecho de propiedad, ni mucho menos encarna el modelo de producción y desarrollo económico de los pueblos indígenas, sino que incluso trata de contextualizarlos dentro del proceso productivo de una economía globalizada, modelo de desarrollo adoptado por Chile desde hace tres décadas aproximadamente.

³²⁷El artículo 35 de la Ley N° 19.253 que se refiere a la participación de las comunidades indígenas en la administración y gestión de las ADI, mantiene el paternalismo Estatal en diversos aspectos: (i) Será la CONADI quien determinará la creación y reconocimiento legal de una ADI; (ii) Será la CONADI, CONAF y SAG quienes determinarán el alcance de la participación en la administración de las áreas silvestres de las ADI; y (iii) Como lo dijimos anteriormente, los esfuerzos establecidos por el reconocimiento legal al derecho de propiedad indígena en la Ley N° 19.253 son diferentes al concepto intrínseco de propiedad y territorio que los pueblos indígenas sostienen. En este sentido, es nula la referencia y aplicación que se hace al Convenio N° 169 de la OIT en cuanto lo prescribe el artículo 13, que introduce en su normativa el concepto de territorio como elemento ineludible para comprender el derecho de propiedad indígena. Sin perjuicio de que el Convenio se aprobó y promulgó en nuestro país casi 12 años después de la creación de la primera Área de Desarrollo Indígena, no ha habido intento alguno de modificar el régimen legal que sostiene a dichas instituciones con la finalidad de concordarlo con los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales ,

³²⁸Áreas de Desarrollo Indígena en el norte de Chile. Negociaciones y disputas en torno a espacios territoriales, Tesis para optar al Grado de Magíster en Ciencias Sociales Mención Sociología de la Modernización Tesista: Sergio Avendaño Pinto, Op. Cid., p128.

³²⁹<<http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/areas-de-desarrollo-indigena>> [Consulta: 28 de noviembre de 2016].

Lo cierto, es que una institución como esta, pone en juego elementos tan importantes como la participación y el territorio. Conceptos que son claves para entender la política del nuevo trato o la política nacional indígena, pero que sin embargo, a nuestro juicio, no han sido lo suficientemente bien diseñados y por consiguiente bien implementados.

En este sentido, la dictación de la ley indígena, que contempla este tipo de instituciones (CONADI y ADI), la creación de mecanismos institucionales para la consecución de estos fines y la destinación de recursos económicos, ciertamente constituyen un grado de buena voluntad, pero que sin embargo quedan inhibidos al momento de hacer análisis, sobre el diseño de los proyectos y la nula participación de los propios pueblos indígenas, adoptando concepciones completamente ajenas a ellos.

2.3. Espacio Costero Marino de los Pueblos Indígenas (ECMPO).

Como lo expresamos anteriormente, con la dictación de la Ley N° 20.249 del 16 de febrero de 2008 que complementó la Ley N° 19.253, se experimentó un importante avance en la implementación de los objetivos de la política del nuevo trato y junto con ello (y a pesar de que aún no estaba vigente, pero se enmarca dentro del proceso de ratificación y vigencia) de los estándares establecidos del Convenio N° 169 de la OIT.

Dicha ley creó los Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios (ECMPO), los cuales tendrían como objetivo resguardar el uso consuetudinario de estos espacios, y, mantener las tradiciones y uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas a estas zonas geográficas, según lo establece el artículo 3 de la ley. La coordinación que debe haber entre distintos órganos del Estado para llevar a cabo estos objetivos, es crucial. Por una parte interviene la CONADI, que responde a las solicitudes de la Subsecretaría de Pesca, mediante un informe que acredite el uso consuetudinario.

En este sentido, cabe mencionar que las solicitudes sobre espacios costeros marinos que se hagan, deben ser exclusivamente sobre bienes comprendidos en el borde costero marino que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional de conformidad con el artículo 1° del D.F.L. N° 340 de 1960 del Ministerio de Hacienda sobre concesiones marítimas, y el artículo 3°, inciso primero, del D.S. N° 2 de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional que sustituye el reglamento sobre concesiones marítimas, fijado por D.S.

Nº 660 de 1988. Esto incluye playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas, dentro y fuera de las bahías, no pudiendo recaer en ríos y lagos, las cuales será de un plazo indefinido.

Una vez constituido el espacio costero marino, se establecerá un plan de administración, el cual constituye el marco conceptual y operativo en que se insertan las actividades que se desarrollarán en su interior, debiendo señalar a lo menos el listado de usos de que se le dará al espacio costero, estatuto de la comunidad asignataria, informes de actividad bianual a la Subsecretaría de Pesca, entre otros.

Actualmente existen en procesos de constitución de espacios costeros marinos un total de 24 solicitudes ante la Subsecretaría de Pesca, las que se concentran entre la Región del Bío Bío y la Región de Aysén. Dentro de esas solicitudes, solo se encuentran en proceso de destinación las de Bahía de San Pedro de la Comunidad Lafken Mapu de Purranque, la de Cóndor de la Comunidad Indígena Cóndor de Río Negro, la de Huentetique de la Comunidad Indígena Antu Lafken de Huentetique de Ancud, la de Manquemapu de la Comunidad Indígena Manquemapu de Hualaihue, la de Mahuidantu de la Comunidad Indígena Mahuidantu de Purranque, la de Pargua de la Comunidad Indígena Pepiukelén de Calbuco, y la de Trincao de la Comunidad Indígena Folil Trincao de Quellón.

Es decir solo 6 se encuentran en una etapa avanzada de destinación, las otras solicitudes se encuentran bien en solicitud de Informe de la CONADI, Comisión Regional de Uso de Borde Costero, otras instituciones o en reevaluación de propuesta de solicitud.³³⁰

Por tanto, desde la entrada en vigencia de la ley hasta el presente año, ha transcurrido casi una década sin que los importantes valores que ahí se consagran hayan sido realmente implementados, sea por problemas de recursos, información o burocracia. Lo cierto es que, en la actualidad, la creación e implementación de los espacios costeros marinos de pueblos originarios, se erigen como una deuda programática pendiente.

³³⁰ <<http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-propertyvalue-50834.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

3. Proyectos de Ley y reforma constitucional sobre el reconocimiento de los Pueblos Indígenas, hacia una Política Nacional Indígena.

Con los gobiernos de la Presidenta Michelle Bachelet (2006-2010 y 2015-actualmente) y el Señor Piñera Echeñique (2010-2014) se asume una nueva forma de política hacia los pueblos indígenas, en la que ya no se habla del Nuevo Trato, sino que una Política Nacional Indígena, lo que no obsta a que la materialidad misma de las propuestas recaiga incluso sobre puntos programáticos que ya habían sido abordados por los gobiernos anteriores, sin que necesariamente estos se hayan llevado a la práctica.

En este sentido, podemos advertir una serie de avances tales la dictación de la Ley N° 20.249 (2008), la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT (2009), junto con someter la temática indígena a un constante debate sobre la eficiencia de los mecanismos institucionales y la implementación de la normativa indígena. Esto generó una serie de propuestas de modificación, principalmente referidos a la creación de nuevas instituciones y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Los principales proyectos de modificación institucional han sido los siguientes:

3.1. Boletín N° 6018-06 que crea la Subsecretaría de Asuntos Indígenas:

Mediante el boletín n° 6018-06 de 24 de junio de 2008 se envía mensaje presidencial n° 452-356, que tiene por objeto crear la *Subsecretaría de Asuntos Indígenas*, dotando así de un nuevo elemento institucional para la aplicación y ejecución de la política indígena.

En los antecedentes del mensaje presidencial, se hace mención al importante avance que generó la dictación de la Ley N° 19.253 en el año 1993, y la institucionalidad que junto con ella se creó, sin embargo, se hace explícita mención al hecho de que estos avances no fueron suficientes, señalando en este sentido que se debía impulsar una política indígena del nuevo trato, la cual estaría construida sobre la base de tres ejes: (i) Sistema político, institucionalidad y derechos de los pueblos indígenas; (ii) Desarrollo integral de los pueblos indígenas y (iii) Multiculturalidad y diversidad.³³¹

³³¹ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6400&prmBoletin=6018-06> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

En este contexto, se estimó como necesaria la creación de una autoridad pública que asumiera la revisión, formulación y coordinación permanente de la implementación de la Política Indígena Nacional, separándola del ámbito de la ejecución de las mismas.

De este modo, se priorizó la creación de una Subsecretaría de Asuntos Indígenas al interior del Ministerio de Planificación, con el objetivo de hacerse cargo de la *tarea superior de conducción y coordinación del sector público y de la gestión en las iniciativas que surjan para la aplicación de la política nacional indígena*.³³²

El objetivo que persiguió el proyecto de ley al crear la Subsecretaría de Asuntos Indígenas, fue dotarla al menos de las siguientes facultades y funciones: (i) La formulación de la propuesta de política indígena nacional, así como la coordinación de la implementación de la misma política, (ii) Facilitar el contacto permanente y la atención oportuna de las comunidades, a través de agentes regionales, (iii) Mejorar la coordinación de las políticas públicas orientadas o que puedan afectar a los pueblos indígenas.

Por esto es que la Subsecretaría de Asuntos Indígenas se pensó como un órgano clave de coordinación entre el diseño e implementación de la política gubernamental y el contacto e interlocución con los propios pueblos indígenas actuando con órgano de enlace, ya que como lo señala el mensaje presidencial, el objetivo del proyecto de ley se enmarca dentro del plan de implementación de la política nacional indígena, la que en términos del propio mensaje presidencial se refiere a lo siguiente:

“(El) establecimiento de los lineamientos que aseguren a los pueblos indígenas su plena participación en la vida nacional y que contribuyan a crear las condiciones que permitan a los integrantes de los pueblos indígenas su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a sus derechos y a su especificidad, como asimismo, la promoción del enfoque multicultural que facilite el reconocimiento social de los valores culturales de los pueblos indígenas y su aporte a la comunidad nacional”. [197]³³³

Dentro de este contexto, la Subsecretaría de Asuntos Indígenas, estuvo pensada como un órgano de enlace entre los diversos órganos de la administración del Estado que estuvieren

³³² <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6400&prmBoletin=6018-06> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

³³³ Ibid.

involucrados en el diseño e implementación de la política nacional indígena, y especialmente con la CONADI, complementándola y asumiendo una tarea de oportuna ejecución de políticas públicas.

Actualmente el proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, y la última gestión registrada es del 13 de marzo de 2012, por la cual mediante oficio n° 4-2012, la comisión especial sobre pueblos originarios solicita sea remitido el proyecto, para conocer en conjunto con la comisión gobierno interior de la Cámara.³³⁴

3.2. Boletín N° 6726-06 que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas.

Mediante el Boletín n° 676-06 se remitió a la Cámara de Diputados el mensaje presidencial n° 1254-357 de la Presidenta de la República, Señora Michelle Bachelet Jeria, del 29 de septiembre de 2009, y que tuvo como propósito principal la creación del *Ministerio de Asuntos Indígenas* y de la *Agencia de Desarrollo Indígena*, instituciones que según se puede leer del propio proyecto de ley, suprimen la Corporación Nacional de Asuntos Indígenas (CONADI), señalando sobre ella que:

“(…) Es una institución que, tras haber cumplido adecuadamente y durante un período importante las funciones para la que fue creada, *debe dar paso a la creación de un nuevo servicio público que implemente adecuadamente la política nacional indígena y promueva efectivamente el reconocimiento, respeto y participación de los pueblos indígenas, con una visión distinta, con estructuras renovadas y con un fuerte sesgo ejecutivo y técnico*” (La cursiva es nuestra).³³⁵

Ahora bien, la creación de dos órganos nuevos no es azarosa, toda vez que tendrían bien definidas sus facultades y competencias, ya que por una parte se establecía un órgano encargado de la formulación, coordinación de la implementación y evaluación de la política nacional indígena (Ministerio de Asuntos Indígenas), y otro a cargo de su ejecución (Agencia de Desarrollo Indígena). Esto con la finalidad de separar funciones y modernizar la política indígena del Estado, a estándares que permitieran alcanzar cierta eficiencia.

³³⁴ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6400&prmBoletin=6018-06> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

³³⁵ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7118&prmBoletin=6726-06> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

Con estos fines, el artículo 2° del proyecto de ley estableció los objetivos de la política indígena: (i) El establecimiento de los lineamientos que aseguren a los pueblos indígenas su plena participación en la vida nacional y que contribuyan a crear las condiciones que les permitan su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a sus derechos y especificidad; (ii) La promoción de un enfoque multicultural, que facilite el reconocimiento de sus valores culturales y su aporte a la comunidad nacional; (iii) La protección de las tierras indígenas y de los derechos de agua asociadas a ellas; (iv) La promoción de la adecuada explotación de las tierras indígenas; y (v) El velar por su equilibrio ecológico y por el desarrollo económico y social de sus habitantes.

Para la consecución de estos fines se dota de las más amplias facultades al Ministerio de Asuntos Indígenas, encargándose por tanto de tener un rol activo en la proposición de la política indígena al Presidente de la República, velar por su ejecución, y quedando a cargo de establecer las Áreas de Desarrollo Indígenas, prescritas en el artículo 26 de la Ley n° 19.253.

Por otro lado, la Agencia de Desarrollo Indígena, según el proyecto, será una institución pública descentralizada³³⁶, encargada de la ejecución e implementación de la política indígena establecidos por el Ministerio de Asuntos Indígenas, y que tendría entre otras facultades, la administración para un fondo de tierras y aguas indígenas, pudiendo comprar las tierras que fueren necesarias para el cumplimiento de esta función, así como recibir bienes raíces o derechos de agua para asignarlos a comunidades o personas indígenas, velar por la protección de las tierras indígenas y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas; promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico y por el desarrollo económico y social de sus habitantes; entre otras.

Lo cierto, es que la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas y una Agencia de Desarrollo Indígena, disocia de buena forma las tareas de implementación y evaluación por una parte y de ejecución en otro aspecto. En este sentido, se deroga la Corporación Nacional

³³⁶Con Presencia de Direcciones Regionales de la Agencia de Desarrollo Indígena, en: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Valparaíso, Bío-Bío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Magallanes y la Antártica Chilena, y Metropolitana, pudiendo el Director Nacional determinar la ciudad en que funcionarán estas Direcciones Regionales. No así el Ministerio de Asuntos Indígenas, que no contaría con la presencia de Secretarías Regionales Ministeriales.

de Desarrollo Indígena (CONADI) por el hecho de que sus facultades y labores serían asumidas por estas dos nuevas instituciones.

Sin embargo, la tramitación del proyecto de ley no ha sido rápida y a seis años de su envío al congreso se encuentra todavía en su primer trámite constitucional, y la última gestión registrada es del día 20 de enero de 2010 en sesión n° 121° de la cámara de Diputados, mediante la cual se recibe oficio de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, por la que se resuelve retirar la urgencia de tramitación.³³⁷

3.3. Boletín 6743-06 que crea el Consejo de Pueblos Indígenas.

El día 29 de septiembre de 2009, finalizando el primer gobierno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, se envió el boletín n° 6743-06, que contenía el mensaje presidencial n° 1253-357 y mediante el cual se creaba el *Consejo de Pueblos Indígenas*, dando cumplimiento a una de las recomendaciones realizadas por la comisión de verdad histórica y nuevo trato a la cual ya nos hemos referido.

En el mensaje presidencial se señaló incluso, que la creación de esta institución permitía asegurar derechos de participación de los pueblos indígenas contenidas en instrumentos internacionales, indicando además que la gestación del proyecto de ley había sido en consonancia a lo establecido por el artículo 6 del convenio de la OIT, señalando en el preámbulo que:

“El proyecto de ley que se presenta a vuestra consideración es el producto de una propuesta presentada a las comunidades y organizaciones indígenas del país, mediante un proceso de consulta nacional, inédito, en el que se trató de recabar la mayor cantidad de opiniones y observaciones, de modo de asegurar el pronunciamiento de los pueblos indígenas acerca de la forma como se pretende otorgarles participación en diversas instancias. El proceso de consulta contempló dos fases. La primera, de carácter epistolar, consistió en respuestas escritas en base a una pauta de consulta, y se desarrolló entre el 7 de enero y el 3 de

³³⁷ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7118&prmBoletin=6726-06> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

marzo de 2009. La segunda, realizada mediante diálogos participativos, se llevó a cabo entre el 12 y el 27 de marzo de 2009”³³⁸.

El objetivo de la creación de la nueva institución es asegurar la representación de los intereses y necesidades de los pueblos indígenas ante los diversos órganos del Estado, sea ante la Administración, Poder Legislativo, Judicial y órganos autónomos.

Entre estos intereses y necesidades destacan:

- Participar tanto en el diseño de la propuesta de política nacional indígena como en la evaluación de esta última;
- Elaborar anualmente un informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas;
- Representar a los pueblos indígenas en los procesos de consulta de carácter nacional iniciados por los organismos del Estado, cuando corresponda;
- Proponer la elaboración de planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas;
- Aprobar las traducciones a lengua indígena que los organismos del Estado realicen a diversos documentos, entre otras.

Para la realización de estos fines, se establece un Consejo de Pueblos Indígenas, el cual contará con un total de 43 delegados, elegidos democráticamente por los distintos pueblos indígenas reconocidos por la Ley n° 19.253, regidos por un estatuto del consejo de pueblos. Respecto de la institucionalidad vigente al momento de presentar el proyecto de ley, el ejecutivo no se refirió a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, ni tampoco a los proyectos pendientes hasta la fecha, es decir, la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas y la Agencia de Desarrollo Indígena, por lo que se puede deducir que esta institución del Consejo de Pueblos Indígenas no interfería de manera alguna al menos con la CONADI, que es la institución vigente.

³³⁸ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7139&prmBoletin=6743-06> [Consulta: de diciembre de 2016].

La tramitación del proyecto de ley no ha sido expedita, ya si bien mediante oficio de la Presidenta de la República, en sesión ordinaria 109° de la cámara de Diputados de 15 de diciembre de 2009 se solicitó la urgencia de tramitación del boletín n°6743-06, esta fue retirada mediante oficio de la Presidenta de la República en sesión 121° de la cámara de Diputados de fecha 20 de enero de 2010, siendo ésta además la última gestión registrada en la tramitación de dicho proyecto.³³⁹

3.4. Boletín N° 10.526-06 que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas.

El día 11 de enero de 2016, mediante el boletín n° 10.526-06 se envió al Congreso el mensaje presidencial n° 1.594-363 que crea el *Consejo Nacional* y los *Consejos de Pueblos Indígenas*.

Este proyecto de ley responde a ciertas obligaciones asumidas por el Estado de Chile respecto de los pueblos indígenas, ya que como lo señala en sus antecedentes, se enmarca dentro de las recomendaciones realizadas por la comisión de verdad histórica y nuevo trato (2003) y la firma de la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (2007).

Como se menciona el objetivo de este proyecto de ley es crear dos instituciones: (i) Consejo Nacional, y (ii) Consejos de Pueblos Indígenas. El consejo nacional tendrá como objetivo representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado.

Entre sus atribuciones destacan:

- Promover, a través del Ministerio de Pueblos Indígenas, las medidas destinadas a favorecer la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile;
- Colaborar con el Ministerio de Pueblos Indígenas en la implementación, seguimiento y evaluación de resultados del Convenio N° 169 de la OIT y demás Tratados y Convenios Internacionales de derechos humanos;

³³⁹ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7139&prmBoletin=6743-06> [Consulta: 13 de diciembre de 2016].

- Colaborar en la promoción e impulso de las políticas, planes y programas nacionales y regionales destinados al desarrollo económico, social y cultural de dichos pueblos; y,
- Proponer al o a la Ministro(a) de Pueblos Indígenas, con la colaboración de los Consejos de Pueblos Indígenas, la dictación o modificación de normas legales, reglamentarias y administrativas referidas a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.

A su vez, los consejos de pueblos indígenas fueron diseñados con el objeto de representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado, teniendo para ello las siguientes atribuciones:

- Formular propuestas al diseño y evaluación de la Política Nacional Indígena;
- Informar sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas;
- Representar a los pueblos indígenas ante los organismos del Estado y, especialmente, en los procesos de consulta;
- Proponer la elaboración de planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, entre otras. Habrá un consejo por cada pueblo reconocido en la Ley n° 19.253 que sesionará de manera ordinaria anualmente.

Sobre la tramitación del proyecto de ley hay que indicar que mediante oficio N° 12.319 del 22 de enero de 2016, se pidió un pronunciamiento a la Excelentísima Corte Suprema sobre el artículo 9 del proyecto de ley³⁴⁰, en relación a lo establecido en el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

³⁴⁰Artículo 9°.- Impugnación en sede judicial.- Cualquier persona perteneciente al respectivo pueblo indígena podrá impugnar los procesos de designación de consejeros, así como los procesos realizados para la generación del o de los reglamento(s) interno(s), mediante presentación ante la Corte de Apelaciones del domicilio del Consejo de Pueblos respectivo, siendo aplicables las normas establecidas para la tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, en lo que resulte pertinente. La Corte de Apelaciones resolverá de conformidad con las reglas de la sana crítica y considerando la costumbre indígena en los términos establecidos en la ley N° 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y que Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.

En efecto, mediante oficio N° 25-2016 del día 2 de marzo de 2016, la Excelentísima Corte Suprema se refirió sobre el proyecto de ley, señalando que (respecto de la acción de impugnación contenida en el artículo 9) a la luz de los artículos 96 de la Constitución Política de la República y 10 N° 2 de la Ley N° 18.593, sobre los Tribunales Electorales Regionales, y teniendo presente, además, que ambas reclamaciones en el ámbito de la designación de consejeros, ya en sede indígena o judicial, tienen por objeto impugnar precisamente los procesos de esa nominación -que no es otra cosa que una elección con particularidades especiales- se advierte que esta materia cae de lleno en la competencia que la ley entrega a los Tribunales Electorales Regionales para el conocimiento de las elecciones desarrolladas en todos los grupos intermedios.³⁴¹

De igual manera, se pronuncia la Excelentísima Corte Suprema sobre otras cuestiones, sea con una opinión negativa o positiva³⁴². En este último sentido, se valora que las normas supletorias de tramitación de la acción de impugnación contenida en el artículo 9 se refieran a las de las acciones constitucionales (relevantes para el plazo de interposición, por ejemplo), de igual manera que el sistema de valoración de prueba sea el de sana crítica (regla general en nuestro ordenamiento jurídico) o la referencia a los tratados internacionales de Derechos Humanos que contiene el citado artículo, incorporándolos como fuente material y directa de Derecho.

³⁴¹Informe Corte Suprema, página 7. De hecho, parte de los argumentos de la Excelentísima Corte Suprema se remiten al proyecto de ley que creaba el Consejo de Pueblos Indígenas (boletín 6743-06) que otorgaba competencia exclusiva al Tribunal Regional correspondiente al domicilio del peticionario para resolver las reclamaciones e impugnaciones en contra de los distintos actos concernientes a los procesos de elección de consejeros indígenas, evitando los eventuales conflictos que la duplicidad de sedes de impugnación pudiera producir.

³⁴²Las prevenciones efectuadas por los ministros, se tratan en particular del Presidente subrogante señor Juica y de los Ministros señor Valdés, señora Egnem y señor Fuentes y del Fiscal Judicial señor Escobar, quienes estuvieron, también, por informar desfavorablemente ese aspecto del artículo 9° del proyecto de ley remitido por la H. Cámara de Diputados, considerando para ello que los procesos para la generación del o los reglamentos internos de un determinado Consejo de Pueblo Indígena es propio de un procedimiento administrativo y al ámbito de las funciones que ejerce la Contraloría General de la República, de manera tal que, al igual que el arbitrio de impugnación proyectado respecto de la designación de consejeros, no se divisa razón ni conveniencia de restar dicho objeto de la competencia que ya se encuentra legalmente definida. De igual manera, los ministros Señores Muñoz, Carreño, Pierry, Silva y Aránguiz estuvieron por informar desfavorablemente el proyecto de ley, específicamente respecto de materias de: (i) Competencia, (ii) La falta de un plazo indica que junto con impugnar la elección de un consejero, se podrá recurrir de igual manera respecto del reglamento, y (iii) Respecto de la impugnación en sede indígena contenida en el artículo 8 del proyecto de ley, ataca un objeto contenido por la impugnación judicial del artículo 9, sin que el proyecto ofrezca una solución a esta superposición, proponiendo los ministros un orden de prelación de impugnaciones.

El proyecto fue remitido a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, el cual fue enviado el día 21 de enero de 2016 mediante oficio N° 12.331. Y luego de haber hecho presente a la Cámara desde el ejecutivo la urgencia simple que le permite la Constitución, se recibió el día 2 de septiembre de 2016 el oficio N° 153-364 que contiene una serie de indicaciones de la Presidenta de la República, y que se refieren principalmente a cuestiones procedimentales, tales como la impugnación de los consejeros o funcionamiento del consejo. Actualmente, la última gestión registrada en la tramitación del proyecto, es del día 01 de diciembre de 2016 donde se da cuenta del Mensaje N° 976-364 que retira y hace presente la urgencia Simple.³⁴³

3.5. Reforma Constitucional de reconocimiento a los Pueblos Indígenas.

La reforma constitucional más reciente que se impulsado sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas, se refiere al mensaje presidencial N° 1101-305 del 23 de noviembre de 2007 contenido en el boletín N° 5.522-07 enviado por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, refundido en su tramitación con el proyecto de ley boletín N° 5.324-07, moción de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, José García Ruminot y Sergio Romero Pizarro, presentada a tramitación el 6 de septiembre de 2007.

El proyecto de ley presentado por la Presidenta de la República es enfático en su mensaje, en señalar que la reforma responde a uno de los compromisos adoptados por los gobiernos de la coalición política Concertación de Partidos por la Democracia, desde los acuerdos de Nueva Imperial y por los múltiples mensajes enviadas al Poder Legislativo durante las últimas dos décadas.

Los fundamentos con que se motiva este proyecto de reforma constitucional desde el ejecutivo, dicen relación en primer lugar con el dialogo que el gobierno inició con los propios pueblos indígenas a través del Debate Nacional de los Pueblos Indígenas y que según sus propias estimaciones ascienden a más de doscientas organizaciones indígenas pertenecientes a

³⁴³ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10947&prmBoletin=10526-06> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

los nueve pueblos originarios de Chile, y en segundo lugar por las recomendaciones de organismos internacionales, debido al avance experimentado desde la comunidad internacional (había sido recientemente aprobada la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas) y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas nivel latinoamericano, ya que como lo expresa el propio proyecto de ley: *Nuestra constante búsqueda de homologación de estándares internacionales en el ámbito económico, tecnológico y productivo, no se condice con el retraso en el respeto y protección de las bases de nuestra sociedad* [La cursiva es nuestra].³⁴⁴

El texto propuesto tuvo los siguientes ejes:

- Reconocimiento constitucional del carácter multicultural de la nación chilena;
- Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas³⁴⁵;
- Reconocimiento de Derechos;
- Protección a las tierras indígenas y acceso a sus recursos.

La reforma propiamente tal, contemplaba agregar un inciso 4° al artículo 3° de la Constitución Política lo siguiente:

“La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”. Así mismo, agregar un inciso 10° al artículo 19 N° 24 de la propia Constitución, que indica lo siguiente:

“Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.”

³⁴⁴ <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5710&prmBoletin=5324-07> [Consulta: 3 de diciembre de 2016].

³⁴⁵ En este aspecto, el proyectó fue enfático en señalar que el concepto de “pueblos indígenas” que se adoptaba, era el que recoge el Convenio N° 169 de la OIT y el Derecho Comparado, con las prevenciones (explicativas más que interpretativas) que había hecho el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol INA- N°309-2000, a propósito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Convenio, dejando en claro que el reconocimiento a los pueblos indígenas ancestrales de nuestro territorio, se enmarca dentro del Estado de Chile.

Con estos antecedentes, durante el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 23 de enero de 2009, se establece un acuerdo de texto que refunde las proposiciones de la moción y el mensaje arriba aludidos (mensaje presidencial y moción parlamentaria, boletines 5.522-07 y 5.324-07 respectivamente), recogiendo los aportes recibidos en las discusiones en sala en su segundo trámite constitucional.³⁴⁶

Se deja constancia en el informe de comisión de que este acuerdo se trató de una primera etapa, ya que con la aprobación de la idea de legislar se dio la oportunidad para que los conceptos y sus alcances maduren en la reflexión que los colegisladores pudieran hacerle en la etapa de discusión en particular. Puesta en votación esta última propuesta que refunde ambos proyectos de reforma constitucional, y que resultó aprobada por 4 votos contra 1 en la comisión³⁴⁷, la que pasó a discusión en Sala y que tras la sesión ordinaria 7° de 7 de abril de 2009 con 24 votos a favor y una abstención fue aprobada la idea de legislar.

³⁴⁶El texto constitucional propuesto por la Comisión quedó de la siguiente forma:

Artículo 4° de la Constitución Política de la República Declara que Chile es una república democrática. El número 1) del artículo único del proyecto que propone la comisión reemplaza este artículo por otro, compuesto de tres incisos. El primer inciso afirma que la Nación chilena es una, indivisible y multicultural. El segundo inciso reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.

La frase que alude a las comunidades, organizaciones e integrantes deja en claro que son éstos los sujetos de derechos, pues los pueblos en cuanto tales no detentan tal calidad. El inciso tercero especifica que los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.

Artículo 5° de la Constitución Política de la República: Su inciso primero establece que la soberanía reside esencialmente en la Nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Agrega que ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El número 2) del artículo único del proyecto inserta un nuevo inciso primero, que declara que Chile es una república democrática, que es el contenido actual del artículo 4° de la Carta.

Artículo 19 de la Constitución Política de la República: El número 2° de este artículo consagra la igualdad ante la ley. Especifica la norma que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados, no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. El número 3) del artículo único del proyecto puntualiza que hombres y mujeres son iguales ante la ley, cualquiera sea su origen étnico o racial. El número 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. El número 4) del artículo único del proyecto agrega a este numeral un párrafo final, nuevo, según el cual la ley debe proteger la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.

³⁴⁷Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Gómez, lo hizo en contra el Honorable Senador señor Pedro Muñoz. La mayoría basó su apoyo a la idea de legislar en el hecho de que el texto sobre el cual se había alcanzado acuerdo, constituyó un buen punto de partida para el

La discusión en sala no estuvo exenta de debate y la propuesta final de reforma constitucional fue aprobada con prevenciones de senadores que votaron a favor³⁴⁸, y con la abstención del Senador Alejandro Navarro quien señaló que el texto normativo no consagraba de manera clara los estándares contenidos por tratados internacionales y lo señalado por el Relator Especial de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas, James Anaya.³⁴⁹

En la misma sesión parlamentaria en que fue aprobada la idea de legislar sobre la base del texto propuesto por la Comisión, se fijó 1 mes para que el proyecto recibiera indicaciones (11 de mayo de 2009) y se procediera a realizar un nuevo trámite de consulta a aquellos pueblos indígenas que no habían sido necesariamente consultados con anterioridad. Finalmente, las indicaciones del proyecto de reforma fueron recibidas el 30 de julio de 2009, emitiendo el Senado un boletín de indicaciones el 1 de septiembre de 2009, exhibiendo hasta este momento un total de 42 oficios presidenciales presentando y retirando suma urgencia de tramitación. Según lo consigna el estado de tramitación del proyecto de reforma en el Senado, éste se encuentra todavía en el primer trámite constitucional, teniendo como última gestión oficio presidencial del día 10 de enero de 2012 mediante el cual se retiró la suma urgencia de tramitación al proyecto.³⁵⁰

debate que debe hacer el Senado. En el trámite reglamentario de la discusión en particular se podrá avanzar, precisar y enmendar lo que resulte de las indicaciones que se acojan.

³⁴⁸En efecto el Senador Carlos Ominami señaló lo siguiente: “Hay que reconocer que la iniciativa tiene un problema de origen: su falta de sintonía con los representantes de los sectores más directamente involucrados, constituidos por nuestros pueblos originarios. Tiene algo de despotismo ilustrado esta propuesta -y no es una cuestión trivial-, al contar con la opinión en contra de las comunidades a las cuales se intenta beneficiar. Sin embargo, señor Presidente, voy a votar a favor, porque creo que no se puede pasar por alto la posibilidad que se ha abierto de resolver una reivindicación histórica: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que hasta hace poco tiempo aparecía como algo absolutamente imposible en el Senado.

³⁴⁹Abstención del Senador Navarro: Quien señaló que el Relator Especial de las Naciones Unidas, James Anaya se refirió de la siguiente forma al proyecto de reforma constitucional: “El Relator Especial observa que el 10 de abril de 2008, ante la Comisión de Constitución del Senado, más de cuarenta dirigentes y representantes indígenas de todo el país, expresaron su desacuerdo con el proyecto de reforma constitucional y solicitaron un proceso de consulta previa.”. Durante su visita, el Relator ha tenido reuniones con varias organizaciones indígenas. Hoy se reunirá con la Presidenta Michelle Bachelet, por lo cual la Ministra señora Paula Quintana se ha retirado de la sesión. En su declaración, el Relator Especial exhorta al Gobierno y a los miembros del Congreso chileno a escuchar las voces de los representantes de las organizaciones indígenas, quienes han solicitado un proceso de consulta respecto de sus derechos antes de aprobar cualquier reforma definitiva de la Constitución, con el objeto de asegurar que ella esté acorde con el Convenio 169 y con otros instrumentos internacionales pertinentes. Página 54 y 55.

³⁵⁰https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5710&prmBoletin=5324-07 [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

CAPITULO IV: COMPILACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

En el presente capítulo se realiza una compilación analítica de jurisprudencia de sentencias de distintas Corte de Apelaciones y nuestra Corte Suprema ante recursos de protección interpuestos por diversas Comunidades Indígenas por la realización de proyectos energéticos u otras medidas dispuestas por servicios públicos o privados que atentan contra sus derechos territoriales, culturales y religiosos.

Es posible apreciar en el análisis de los siguientes fallos, que se encuentran ordenados de manera cronológica, que nuestra jurisprudencia no se encuentra unificada en cuanto al criterio y mecanismo de aplicación del proceso de consulta indígena de la manera que lo dispone ya sea el Convenio N° 169 de la OIT como nuestra legislación interna aplicable según la época en que se resolvió cada caso.

1. Compilación Jurisprudencial

1.1. Caso Manantiales Menokos

Órganos Competentes.

Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol.

N° 1773-2008 en CA y N° 7287-2009 en CS.

Partes.

Recurrente: Francisca Linconao Huircapan.

Recurrido: Sociedad Palermo Limitada.

Legislación aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N°8 y 24; Convenio N°169 de la OIT, artículos 4° N° 5°, 13° y 14°.

Descripción de los hechos.

Durante el año 2008 se habrían realizado corte ilegal de árboles y arbustos nativos en el fundo perteneciente al recurrido, el cual se encuentra emplazada en una zona de gran afluencia de comunidades indígenas.

Descripción del derecho.

La recurrente, la machi Francisca Linconao, funda el recurso en el “corte ilegal de árboles y arbustos nativos” protegidos por la ley atendida su proximidad a una serie de manantiales llamados “Menokos”, los cuales no sólo son vitales para la subsistencia del pueblo mapuche, sino que constituyen un elemento sagrado en su cultura.

Aduce la recurrente que nos encontramos ante un acto ilegal, toda vez que al tratarse de la corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales deben contar con un plan de manejo aprobado por la CONAF, pues el artículo 1 N° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal señala que “la corta no autorizada es aquella realizada con plan de manejo aprobado, se ejecute en contravención a las especificaciones técnicas en él contenidas, especialmente respecto de las intervenciones en superficies o especies distintas a las autorizadas”. Al mismo tiempo, señala la recurrente que se ha plantado especies exóticas en el lugar donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en clara contradicción al DL 701.

Al mismo tiempo, reclama una infracción a lo dispuesto en los artículos 13° y 14° del Convenio 169 de la OIT, toda vez que sería obligación del Estado respetar aquellas tierras que revistan una importancia especial para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados, aunque su propiedad no se encuentre en manos indígenas.

Finalmente, la recurrente señala que, debido a lo anteriormente descrito, los hechos constituyen una infracción a la garantía fundamental del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, “entendiéndose el concepto de medio ambiente de acuerdo a la Ley 19.300, artículo 2° letra II), el que incluye el elemento sociocultural y sus interacciones”

La recurrida rechaza las acusaciones aduciendo que sus actividades no constituyen un acto ilegal, ya que parte de su predio se encuentra calificado como de actitud preferentemente forestal, certificado por CONAF en el año 1986. De igual forma, los manantiales o “menokos” no son más que acumulaciones esporádicas de aguas lluvias que se manifiestan en períodos de alta pluviometría. Sin embargo, el recurrido aclara que de todas formas ha adoptado diversas medidas para protección ambiental, para poder así verificar que las zonas intervenidas no colindan con cursos de agua o vertientes permanentes, así como también la protección de retazos de vegetación nativa dentro de la misma.

Luego, respecto a la posible infracción al Convenio 169 de la OIT, el recurrido esgrime que no es dable dicho argumento, toda vez que el instrumento internacional no se encontraba vigente al momento de la presentación del recurso.

Finalmente, los informes de la CONADI y la DGA confirman la presencia de menokos en la zona y, por su parte CONAF, la tala de bosque nativo en el sector no comprendido en el plan de manejo.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Temuco **acoge** el recurso de protección basándose en consideraciones doctrinales respecto al medio ambiente y la preservación de las culturas indígenas, y el correlato que esa protección tiene con la dignidad y los derechos fundamentales de las comunidades afectadas (Considerandos cuarto al séptimo).³⁵¹

³⁵¹Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de 16 de septiembre de 2009, Rol N° 1773-2008: Considerando Quinto: “Que según lo razonado, es claro que existe una tendencia a considerar el concepto de medio ambiente en una forma más extensa de la que originalmente se consideró. En este sentido, esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia, como lo ha expuesto entre

En cuanto a las garantías fundamentales afectadas, la Corte esgrime que los informes de la CONADI y la DGA son primordiales para determinar la real existencia de manantiales colindantes a la zona intervenida³⁵², por lo que los hechos denunciados infraccionan el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República, y a su vez, establece en el Considerando 13, que el principio de la conservación del patrimonio ambiental es una limitación al derecho

otros de manera más precisa el profesor Humberto Nogueira y no sólo por los fundamentos dados por dicho autor, sino porque el fenómeno social denominado Derecho, es una creación realizada por el hombre y para el hombre. Para que sea un instrumento para alcanzar objetivos que permitan crear las condiciones de desarrollo material y espiritual más altas posibles, en definitiva obtener el bien común y una mejor calidad de vida. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el artículo 19 N° 8 al Estado. Esto es velar para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, puesto que al no tutelarla ni preservarla el medio ambiente, sin duda, puede verse afectado vulnerando esta garantía. Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno. El medio ambiente parafraseando al Biólogo Humberto Maturana (quien se refería al Lenguaje) es el todo”

³⁵²Ibid. Considerando Décimo Quinto: Que tomando como base el concepto 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, como además de aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) 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 a fojas 95, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CO NADI de fojas 208 y de fojas 78, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Asimismo, es ilícito, pues en el predio materia de autos, se están realizando talas de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta a aquel en que llega al plano, artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques. Asimismo, es ilícito de acuerdo a lo informado por CONAF a fojas 101, en cuanto en la ladera sureste del cerro Rahue se realiza una corta de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo, artículo 2 del Decreto Ley 701. De la misma forma, la conducta del recurrido no sólo es ilícita por atentar contra las disposiciones expuestas, sino que además a lo que se ha señalado referente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que establece la Constitución y también por lo señalado en la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, respecto a la definición que allí se menciona de este medio ambiente. A lo señalado en el convenio sobre la diversidad biológica respecto a preservar y proteger dicha diversidad y la cultura de las poblaciones indígenas y en el mismo sentido, el Convenio de toda forma de discriminación racial. Igualmente, respecto a la protección que debe dar la sociedad y el Estado a la cultura y a las tierras indígenas. En todo caso, los antecedentes acompañados por la recurrida a fs. 171 no logran ser mejores y precisos que los ya indicados, puesto que como expresó él en su contestación niega la existencia de los manantiales y, por otro lado, tienen un concepto de propiedad que está muy lejano de lo que establece nuestra Constitución, la doctrina y el Derecho Constitucional. Finalmente, como expresa Gregorio Peces Barba en su libro Estudio sobre Derecho Fundamentales, Editorial Eudeba en una posición integradora, se debe indicar que todos los derechos fundamentales, son derechos de libertad, es decir, todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Si no se protegen ni promueven como en este caso, dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad. Por los fundamentos expuestos latamente es claro que se ha vulnerado el derecho establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

de propiedad, teniendo especial preponderancia cuando las manifestaciones culturales se encuentran inmersas.

Asimismo, en relación a la procedencia de aplicar el Convenio 169 de la OIT, si bien aún no estaba ratificado por nuestro país al momento del conocimiento de los hechos por parte del Tribunal, “no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (C.9)³⁵³

Corte Suprema

La Corte Suprema **confirma** la sentencia de primera instancia, con la prevención de los ministros Perry y Araneda, quienes están por eliminar toda alusión a la doctrina y los Tratados Internacionales, toda vez que con los meros informes técnicos se logra justificar la decisión de la Corte.

³⁵³Ibid. Considerando Décimo. El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

1.2. Caso Piscicultura Palguín.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

Rol N° 1705-2009 en CA y Rol N° 1525-2010 en CS.

Partes

Recurrente: Mariano Puelman Ñanco, Longko Lof Mapu Palguín Bajo de la Comunidad Indígena Palguín Bajo y Manuel del Carmen Rivera Huilipán, Presidente de la Comunidad Indígena y Antonio Huenuñanco.

Recurrido: COREMA de la Región de la Araucanía.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República artículo 19 N° 1, 2, 6, 8, 9, 21 y 24; Convenio N° 169 de la OIT artículos 6° y 7°; Ley N° 19253, artículo 34°; Decreto 124/2009 de MIDEPLAN; Ley 19.300, artículo 11°, Decreto Supremo 95/2001.

Descripción de los hechos.

El 18 de noviembre del 2007, ingresa al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, también SEA) mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, también DIA) el proyecto “Piscicultura Palguín”, del titular Sociedad Agrícola Terratur Ltda. El proyecto en cuestión contemplaba la construcción de una piscicultura a 800 metros aguas arriba por el río Palguín, el que finalmente fue calificado favorablemente a través de la Resolución Exenta N° 242 de 9 de octubre de 2009.

Descripción del derecho

Lo que los recurrentes alegan como motivo de ilegalidad y arbitrariedad de la resolución, es la omisión del procedimiento de consulta a los pueblos indígenas que se ven afectados por el proyecto, en atención a lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT. Ahondan que durante todo el procedimiento de evaluación se mostraron reacios a la aprobación del proyecto mediante los distintos mecanismos e instancias que contempla la ley, pero que ninguna conforme a lo dispuesto por el Convenio N° 169.

Por lo anterior, estiman que la RCA que califica favorablemente el proyecto transgrede las garantías de derecho a la vida y a la integridad física y síquica (Artículo 19 N° 1 de la CPR), debido a la contaminación del río; el derecho a la igualdad ante la ley (Artículo 19 N° 2 de la CPR) al no otorgárseles un trato acorde a su calidad de etnia indígena y además a las garantías contenidas en los artículos 19 N° 6, 19 N°8, 19 N° 21 y 19 N° 24.

Por su parte, la recurrida informa que los argumentos no se condicen con la realidad, toda vez que todo procedimiento administrativo se debe regir por el principio de contrariedad, lo cual se dio en este caso de manera exitosa. De la misma forma, esgrime que en nuestro país el proceso de consulta indígena, en dicho momento, se regía por lo dispuesto por el D.S. 124 del MIDEPLAN, el cual expresa que la consulta indígena será procedente cuando “una medida administrativa o legislativa”, carácter que no ostenta una RCA al no tener un alcance general en la población.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Temuco considera que el acto impugnado corresponde a una medida administrativa, en razón de haber sido dictado por un órgano de la administración del Estado, y que como tal es procedente la consulta. Además, considera que la posibilidad de afectación a los actores, que representan intereses de los pueblos indígenas, es motivo suficiente para que deba realizarse la consulta que consagra el Convenio N° 169 de la OIT, alejándose del concepto de medidas administrativas que ofrece el Reglamento del artículo 34

de la Ley 19.253³⁵⁴. Esto lo justifica la Corte argumentando que el Convenio es un instrumento que viene a llenar de contenido a la Ley Indígena, y que dado que la autoridad no se ha ceñido a las normas autoejecutables del Convenio, debe atenderse a los criterios que éste reconoce como característicos de una consulta indígena.

La Corte de Apelaciones de Temuco **acoge** el recurso presentado por Puelmán y Rivera por la vulneración del artículo 19 N°2 de la Constitución, considerando innecesario pronunciarse sobre las demás garantías invocadas por los recurrentes.

Corte Suprema

La tercera sala de la Corte Suprema, conociendo por vía de apelación, **revoca** la decisión del tribunal ad quo, dando una interpretación diferente a las disposiciones del Convenio, entendiendo que la afectación a los pueblos indígenas es el reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente. (C.12) Dado que esta causal hace aplicable el Estudio de Impacto Ambiental, procedería entonces la aplicación de la consulta, pero la Corte considera que en el caso en conocimiento no se configuran las hipótesis del artículo 11 letra c, y dado que no es aplicable el Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad recurrida sólo podía actuar de la manera que lo hizo (C.13).

En definitiva, la Corte Suprema en base al examen de los antecedentes reunidos, considera que no es posible justificar la privación, perturbación o amenaza de una garantía constitucional, y dado que el recurso de protección es un mecanismo de cautela de dichas garantías, no puede la Corte llegar a determinar que cierto acto de un órgano del Estado debe ser dejado sin efecto (C.14).

³⁵⁴Ley 19253. Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

1.3. Caso Cerro Colo Colo.

Órgano Competente.

Corte de Apelaciones de Concepción.

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol.

Nº289-2010.

Partes.

Recurrente: Gastón Eduardo Roa Antileo, Presidente de la Comunidad Indígena Chilcoco y Juan Vicente Roa Antileo, Lonco de dicha comunidad.

Recurrido: Ilustre Municipalidad de Arauco y su Concejo Municipal.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículos 19 N°1, 2, 6, 8 y 24; Convenio 169 de la OIT, artículos 6° y 13°.

Descripción de los hechos.

Por motivos de labores de reconstrucción tras el terremoto que afectó a nuestro país en el año 2010, la Ilustre Municipalidad de Arauco extrajo una serie de árboles que amenazaban la seguridad de los vecinos del sector, sin embargo, las caídas de algunos de éstos dañaron valores culturales indígenas.

Descripción del derecho

Los recurrentes alegan que la intervención de los terrenos situados en el Monumento Histórico indicado como “Cerro Colo Colo” han vulnerado las garantías constitucionales del artículo 19 N°1, 2, 6, 8 y 24”. La extracción y remoción de árboles sagrados y restos arqueológicos en virtud de las labores de restauración por las fallas geológicas producidas por el terremoto no son más un atentado contra su integridad física y síquica, confiriéndose mayor

importancia al derecho de la empresa recurrida que al ejercicio del culto mapuche, contaminando el medio ambiente y transgrediendo su derecho de propiedad sobre el pleno uso del monumento nacional. Finalmente, alegan que las faenas se iniciaron sin un debido proceso de consulta indígena, tal como lo indica el Convenio 169 de la OIT.

La Ilustre Municipalidad de Arauco reconoce la afectación de los recurrentes, pero sindicando que se debió a la emergencia generada por el terremoto, por lo que no emana de un acto arbitrario o ilegal, sino que se buscaba resguardar la seguridad de la población. En virtud de la celeridad con la que debía actuarse y el cuantioso número de comunidades y el dilatado proceso de consulta dispuesto en el Convenio 169 hacía imposible integrarlas en la decisión adoptada.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones.

La Corte de Apelaciones de Concepción **acogió** el recurso, esgrimiendo que si bien no se discute la necesidad de intervenir en el cerro por parte de la recurrida, la falta de consulta a las comunidades indígenas representa un acto arbitrario e ilegal de la Municipalidad de Arauco.

Funda dicha decisión, en que para la realización de las labores, la Municipalidad tuvo que gestionar incontables diligencias para obtener permisos y autorizaciones, por lo que resulta incomprensible la omisión de consultar a los pueblos indígenas interesados.(C.9)

Asimismo, la Corte profundiza que “no se discute la pertinencia de la intervención del cerro, sino la falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas. (...) Se trataba, en la especie, de desarrollar las actividades emprendidas buscando compatibilizar el debido respeto a los símbolos indígenas y la seguridad de los habitantes de la comuna”(C.10)

En definitiva, el proceder de la Ilustre Municipalidad de Arauco resulta arbitraria dado que no es suficiente argumentación aducir las complicaciones para la realización del proceso de consulta e ilegal, debido a la omisión de los preceptos 6° y 13° del Convenio 169 de la OIT

(Considerando 11); lo que en definitiva deriva en la transgresión al artículo 19 N° 1 de la CPR, por cuanto se ha vulnerado la integridad síquica, por la intervención y destrucción del patrimonio cultural de los recurrentes, conduciendo a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones.³⁵⁵

Por lo anterior, la Corte al acoger el recurso mandate a la Ilustre Municipalidad de Arauco a realizar el proceso de consulta a las comunidades recurrentes previo a la continuación de la intervención del cerro Colo Colo.

³⁵⁵Corte Suprema. Sentencia de 16 de marzo de 2010, Rol 289-2010. Considerando Duodécimo: “Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República.”

1.4. Caso Pepiukelen.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Puerto Montt y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de acción.

Recurso de Protección.

Rol

Rol 36-2010 en CA y Rol 5757-2010 en CS.

Partes

Recurrente: Manuel Secundino Vera Millaquen, lonko de la Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen.

Recurrido: Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N°1, 2, 8, 21 Y 24; Convenio 169 de la OIT, artículos 2° N° 1, 2 y 4, artículo 5° letras a) y b), 6° N°1 letra a) y N° 2, 7°

Descripción de los hechos.

La Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda, comenzó labores de construcción de una piscina de acopio de aguas residuales, gracias a la calificación favorable de la DIA presentada ante la COREMA de la Región de Los Lagos, mediante la Resolución Exenta N° 187 del año 2006.

Descripción del derecho

Los recurrentes alegan que la piscina destinada a construirse en las inmediaciones de su territorio, excedieron el terreno autorizado ambientalmente, y que además se ubicaban cerca de un proyecto turístico de la comunidad y de lugares donde sus miembros desarrollaban actividades tradicionales de su cultura. En consecuencia, exponen que existiría afectación a la salud física y psíquica de los miembros de la comunidad, se transgrediría la igualdad ante la

ley, su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y su derecho de desarrollar una actividad económica. Al mismo tiempo, alegan vulneraciones al Convenio 169 de la OIT y la ley N° 19.253, toda vez que sería procedente la consulta indígena consagrada en ambos cuerpos normativos.

La recurrida, en su informe, manifiesta que en instancias tanto judiciales como administrativas se ha constatado la legalidad de su proceder, ya que la cuestionada construcción no es más que la profundización de la laguna ya existente. Lo anterior encuentra sustento en lo esgrimido por la CONAMA de la Región de Los Lagos, la cual informó que el actuar de la empresa se encuentra dentro de los márgenes de la RCA, por lo que no existe transgresión alguna a la misma.

Decisión del Caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt constata que las obras efectivamente se estaban llevando a cabo fuera del terreno autorizado, y afectando con ello tierras que conforme a la Ley Indígena son de aquellas declaradas indígenas. Es por esto que considera que procede el deber de consulta indígena establecida en el artículo 6° del Convenio N° 169, independiente si la evaluación se hace a través de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental. Al igual que en el caso anteriormente revisado, la Corte considera que la participación indígena del Convenio es diferente a la del procedimiento que contiene la Ley 19.300, y que debe cumplirse con el estándar del instrumento internacional, en virtud de la autoejecutabilidad de las disposiciones sobre consulta y participación indígena, declarada por el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea, la Corte de Apelaciones considera que el concepto de tierras indígenas del Convenio N° 169 excede al concepto que ofrecen los artículos 12 y 13 N°2 de la Ley 19.253. En este sentido, aunque las tierras aledañas que estaban siendo intervenidas por la Pesquera Los Fiordos no son propiedad de la comunidad recurrente, sí conforman parte de su hábitat, que debe ser también objeto de protección. En definitiva, la Corte **acoge** el recurso de protección, por vulneración a la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, al no haberse otorgado la discriminación positiva que favorece a los

recurrentes, consagrado en el caso sub lite, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT. (C.10)³⁵⁶.

Como providencias la Corte ordena que la recurrida debe: i) Paralizar y abstenerse de ejecutar cualquier obra, trabajo o labor en el inmueble propiedad de la sucesión Millaquén Care o Lote 2-B , en especial, aquel destinado a desviar las aguas de su planta industrial hacia una laguna existente en el referido lote, dragar la laguna existente y construir barreras o diques para acumular dichas aguas y ii) Retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar, restaurando la piscina natural allí existente a su estado natural en un plazo no superior a tres días de ejecutoriado esta sentencia.

Corte Suprema

La Corte Suprema considera, al igual que la de Apelación, que el impacto ambiental del proyecto de ampliación de la piscina de acopio de aguas residuales es relevante, y que afecta a las comunidades vecinas en su derecho a vivir en un medio ambiente limpio y libre de contaminación, conforme al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

No obstante que **confirma** el fallo apelado, la sentencia de la Corte Suprema elimina todos los considerandos referidos a la calidad de indígena de los territorios involucrados, y falla en consideración al derecho a un medio ambiente libre de contaminación que detentan las comunidades aledañas en general, sin atención a la especialidad de la protección a las comunidades indígenas. Por ello, determina la procedencia de un Estudio de Impacto

³⁵⁶Corte Suprema, Rol 289-2010 Considerando Décimo: Que a este respecto debe recordarse que si bien los recurrentes son vecinos a la tierra indígena en que se realiza la obra de drenaje y contención de aguas, el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.253, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, en este caso en el predio deslindate, de las comunidades recurrentes se ejecutan actividades de “Etnoturismo” y “Fiesta Costumbrista Mapuche”. En consecuencia, no sólo podemos considerar el lugar que está siendo intervenido por la empresa como tierra indígena, porque así ha sido reconocido y certificado por la Corporación Nacional de Derecho Indígena, sino porque del mérito de autos aparece que dicho terreno forma parte del hábitat de una comunidad indígena. Al omitirse tal consulta se incurre en una discriminación positiva hacia los recurrentes y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, al no haberse dado cumplimiento con tal discriminación positiva hacia los recurrentes, que invocan la igualdad ante las leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, consagrado en el caso sub lite, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT.

Ambiental como instrumento de evaluación, en lugar de la Declaración de Impacto Ambiental, sin referirse al planteamiento de la consulta y participación indígena.

1.5. Caso Ducto Celco.

Órganos Competentes.

Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol

Rol N° 148-2010 en CA y Rol N° 4078-2010 en CS.

Partes.

Recurrente: Javier Nahuelpán Guilitraro y otros.

Recurrido: COREMA de la Región de los Ríos.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 2, 6, 8 y 21; Convenio 169 de la OIT y Ley 20.249.

Descripción de los hechos.

Con fecha 24 de febrero de 2010, fue aprobado por la COREMA de la Región de Los Ríos el proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuyo titular es la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A.

El proyecto en cuestión consistía en la instalación y operación de un sistema de eliminación de residuos, cuya extensión aproximada sería de 36.9 km, atravesando tramos terrestres y submarinos que van desde la Planta Celulosa de Valdivia hasta la Bahía Maiquillahue en el sector de Mehuín, lugar en el cual se extendería un sistema de conducción submarino de 2.075 metros de extensión, que descargaría las aguas residuales mediante un difusor fuera de la zona de protección litoral.

Descripción del derecho

Los recurrentes se oponen a la Resolución Exenta N° 027 que calificó favorablemente el proyecto, dado que el procedimiento de evaluación contiene una serie de omisiones y contradicciones que, según señalan los recurrentes, deviene en arbitrario e ilegal la Resolución de Calificación Ambiental.

Dentro de los motivos de ilegalidad se encuentran:

- i. Infracción al deber de consulta del Convenio 169 de la OIT, dado que no se aplicó un proceso de consulta tal como lo dispone el Tratado Internacional a pesar de encontrarse en el área de afectación al proyecto un sinnúmero de comunidades indígenas asentadas.
- ii. No considerar como impacto ambiental la afectación del uso consuetudinario del espacio costero marino de los pueblos originarios (ECMPO) pese a existir solicitudes de comunidades indígenas de constitución de ECMPO, para poder mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de dichas comunidades que están vinculadas al borde costero.

Al mismo tiempo, los recurrentes esgrimen que el acto es arbitrario, ya que la decisión de la COREMA carece de fundamentos, ya que las infracciones a la normativa son flagrantes, no habiendo motivo plausible para ignorar el proceso de consulta normado en el Convenio 169 como la evaluación ambiental de acuerdo a la ley 19.300 y la ley 20.249.

Por todo lo anterior, resultarían vulneradas las garantías de igualdad ante la ley (Artículo 19 N° 2), la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (Art. 19 N° 6), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Artículo 19 N° 8) el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita (Art. 19 N° 21).

La empresa involucrada por su parte, informa que en cuanto a las alegaciones de ilegalidad por parte de los recurrentes en primer lugar se debe revisar las prevenciones que ha realizado el TC en relación a la ejecutabilidad del Convenio 169 y su status dentro del

ordenamiento jurídico interno³⁵⁷. En ese sentido, la empresa refuerza la idea de que el Convenio 169 no es un cuerpo normativo aislado, sino que debe interpretarse armónicamente con las normativas sectoriales referentes a los derechos de los pueblos indígenas.

Que, de todas formas, el proceso de participación ciudadana se adscribe a lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, sumado a las actividades extras desarrolladas por la empresa, tales como reuniones y exposiciones a las comunidades indígenas interesadas. Todo lo anterior, además, se suma a un plan de medidas de mitigación, compensación y reparación que se encuentran contempladas en el Proyecto desarrollado por la empresa.

En cuanto al presunto uso consuetudinario sobre el espacio costero que poseen las comunidades recurrentes, argumentan que malamente podrían estar privando, perturbando o amenazando su ejercicio, ya que las solicitudes realizadas ante la SUBPESCA se encuentren pendiente, y en algunos casos, ni siquiera solicitadas, por lo que no hay un derecho adquirido por parte de las comunidades. Además, la empresa aduce que el procedimiento administrativo para solicitar una ECMPO se realiza a través de otros órganos y otros procedimientos, por los que no puede pretenderse su pronunciamiento mediante un EIA o una acción de protección.

Por su parte, la COREMA afirma que no hay infracción al deber de consulta estipulado en el Convenio 169, ya que la RCA no es una medida administrativa, sino que un acto administrativo, por lo que no resultaría aplicable el artículo 6° del Convenio el cual habla de necesidad de consulta en caso de “medida administrativa”

³⁵⁷La empresa hace referencia a los fallos Rol 309-2000 y Rol 1050-2008, que conocen sobre la constitucionalidad del Convenio, haciendo expresa referencia a la última de las sentencias:

"Décimo cuarto. Que ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental."

"Décimo quinto. Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante."

En segundo lugar, la COREMA señala que las afectaciones que se producirían en virtud de la resolución son hipotéticas y dependen de causas remotas, y que los recurrentes no logran demostrar cuál es la afectación directa que dicen sufrir con la dictación de la Resolución de la Calificación Ambiental.

Finalmente, la COREMA esgrime que durante el procedimiento se cumplió con todos los estándares de consulta establecido en el Convenio 169, ya que, en virtud de su carácter de aplicación flexible y armónica con la legislación vigente, con la realización del proceso de participación ciudadana contemplado en la ley 19.300 se da por realizado el proceso de consulta indígena en el marco del análisis de un proyecto.

En definitiva, tanto la empresa como la COREMA consideran que no ha habido vulneración alguna a las garantías constitucionales incoadas por los recurrentes y que el procedimiento administrativo se ha ceñido a las disposiciones legales.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Valdivia parte resaltando que las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deben determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada país (C.10). Que el mecanismo de consulta y participación de los pueblos indígenas regulado en el D.S. 124 ya se encuentra contenido en el artículo 26 de la Ley 19.300.³⁵⁸(C.11)

Asimismo, en el D.S. 124 se establecen que las medidas consultadas deben tener un carácter legislativo o administrativo, dando una definición de ambas en el artículo 14 del Decreto³⁵⁹. Dichas definiciones no se condicen con lo que se comprende como acto

³⁵⁸ Artículo 26 de la Ley 19.300 “Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan”

³⁵⁹ D.S.124. Artículo 14.- Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas.

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.

administrativo que se entiende como “la manifestación de la voluntad administrativa de la administración del estado, obligatoria, imperativa, de contenido unilateral, particular, dirigida a un sujeto administrado y que tiene por objeto aplicar el ordenamiento jurídico público” (C.11)

Respecto a la existencia del uso consuetudinario de los recurrentes sobre el espacio costero de la bahía de Maquillahue, la corte sostiene que no se encuentra acreditado por el órgano competente conforme al procedimiento establecido en la normativa especial aplicable, por lo por ahora serían meras expectativas que no pueden ser fuentes de alegación de transgresión de garantías constitucionales.

En cuanto a las garantías que los recurrentes entienden vulneradas la Corte desestima cada una de ellas. En cuanto a la infracción al artículo 19 N°6, considera que la Resolución de Calificación Ambiental “no priva o amenaza a las comunidades indígenas el legítimo derecho a pensar y cultivar sus creencias. En cuanto a la infracción al artículo 19 N°2, la Corte señala que los recurrentes no señalaron situaciones concretas que avalen su denuncia, y que la Resolución impugnada tiene como base normativa la ley de bases generales del Medio Ambiente que guarda los mecanismos e instituciones para el efectivo resguardo del medio ambiente. En cuanto a la infracción al artículo 19 N° 8, la corte considera que el Estudio de Impacto Ambiental tiene un objeto distinto a lo que es la contaminación propiamente tal, ya que de acuerdo a la definición contenida en el artículo artículo 2, letra k) de la ley N° 19.300, impacto ambiental es "la alteración del medio ambiente, provocado por un proyecto o actividad en una zona determinada" y que no existía ningún antecedente que permitiera concluir que la resolución impugnada haya conculcado la garantía constitucional del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en los términos garantizados por la Constitución.(C.18)

Por las anteriores razones la Corte concluye que en el caso en particular no había necesidad de realizar un proceso de consulta en las comunidades recurrentes, ya que “no hubo en la decisión de la Comisión Regional del Medio Ambiente que califica el proyecto algún

Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.

acto que pueda identificarse como arbitrario o ilegal que infrinja alguna de las garantías constitucionales invocadas” (C.19). Por ello, **rechaza** el recurso de protección deducido.

Por su lado, la Corte Suprema **confirma** la sentencia de la Corte de Apelaciones, argumentando que las normas del Convenio 169 demuestran que “la participación consultiva contemplada en éste no conlleva a dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen” (C.4). Que, el deber de consulta en lo que respecta a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la ley N° 19300 “ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana” (C.7), cumpliendo la empresa con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, “que se realicen de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas “(C.9)

El fallo contó con el voto en minoría del Ministro Sr. Brito, quien fue de revocar la sentencia impugnada, ya que el sólo informar no constituye un proceso de consulta, ya que, en la mera entrega de antecedentes, ya quien las recibe no encuentra la posibilidad real de influir en la decisión. Por lo anterior, la decisión atacada incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta, cuya carencia torna en arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley.

1.6. Caso Mini Central Cayucupil.

Órganos competentes.

Corte de Apelaciones de Concepción y Corte Suprema.

Tipo de acción.

Recurso de Protección.

Rol

Rol 401-2010 en CA y 9889-2010 en CS.

Partes.

Recurrente: Fernando Meza Moncada y otros.

Recurrido: Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región del Biobío.

Legislación aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 1, 2, 6, 8, 21 y 24; Convenio 169 de la OIT; Ley 19.300; Ley 19.253.

Descripción de los hechos.

La Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda. Presentó en el año 2009 una Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Mini Central Hidroeléctrica Cayucupil”, la cual se emplazaría en un sector prioritario de protección a la humanidad, por constituir un Santuario Biodiversidad, considerándose a su vez como patrimonio histórico, y cultural desde tiempos ancestrales por el pueblo mapuche y además de actuar como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo mapuche “RENI” en dicha parte del territorio y zona del desarrollo indígena.

El proyecto es calificado favorablemente por la COREMA de la Región del Biobío mediante resolución exenta N° 147 de fecha 28 de Julio de 2010.

Descripción del derecho.

Los recurrentes solicitan que se deje sin efecto la resolución exenta N° 147 que calificó favorablemente el proyecto “Mini Central Hidroeléctrica Cayucupil” debido a que se dictó en un proceso de Declaración de Impacto Ambiental cuando debió realizarse en un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a las normas de la Ley 19.300, y que no se realizó un proceso de consulta indígena tal como lo ordena el Convenio N° 169.

Los recurrentes aducen que, si bien la resolución goza de una presunción de legalidad, no obsta aquello a que se pueda recurrir por ilegal y arbitraria, dado que ha vulnerado la igualdad ante la ley, dado que transgrede el proceso de consulta, obligación que emana de un Tratado Internacional; y además vulnera la garantía contenida en el artículo 19 N°8 de la Constitución, toda vez que hay un impacto ambiental del cual no se hizo cargo la resolución que aprobó el proyecto.

Finalmente, los recurrentes consideran que al aprobarse la RCA sin haberle consultado a las comunidades indígenas, se vulnera el concepto de propiedad indicado en la ley 19.253 y en el Convenio 169 de la OIT, ya que el proyecto en cuestión afecta sus territorios los cuales han utilizado desde tiempos inmemoriales.

La COREMA de la Región del Biobío por su parte, esgrime que se ha utilizado la acción de protección como mero pretexto para conseguir un pronunciamiento sobre el alcance y sentido del Convenio 169 de la OIT, para luego, en base a su propia interpretación, concluir una vulneración al derecho a la consulta previa. Lo anterior, según explica lo recurrida, sólo se puede obtener en un juicio de lato conocimiento.

La recurrida agrega además, que no ha incurrido en ilegalidades al dictar la RCA que aprobó el proyecto, toda vez que se realizó con todas las etapas y trámites exigidos por la Ley N°19300 y que el procedimiento de Declaración de Impacto Ambiental no contempla la consulta y no se aplica el Convenio 169 ya que la resolución es un acto administrativo y no una medida administrativa.

Finalmente, también descarta arbitrariedad en su actuar, ya que se han seguido las normas de procedimiento indicados en la Ley 19.300 y se enmarca en lo que se denomina “discrecionalidad técnica”.

Por su parte, la Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda, explica al igual que la COREMA, que no hay vulneración alguna a las comunidades indígenas, ya que la Resolución de Calificación Ambiental no es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, y que al tener un impacto ambiental bajo no es necesario realizar una EIA, agregando que las Declaraciones de Impacto Ambiental no contemplan un proceso de consulta o de participación ciudadana. Culmina agregando que el emplazamiento de la central se ubica en una propiedad de la empresa Forestal Mininco y de dos familias del sector.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Concepción fijó el debate en si la Resolución que aprueba el proyecto lesiona los derechos fundamentales que invocan los recurrentes (C.3) Para ello, determina que para concluir un actuar ilegal por parte de la COREMA de la Región del Biobío, se debe evaluar si su proceder se condice con las exigencias legales y reglamentarias.

A partir de lo anterior, la Corte realiza un examen de los antecedentes legales y técnicos del procedimiento ambiental, considera que de acuerdo a lo dispuesto en la ley 19.300 el proyecto se enmarca dentro de aquellos que deben realizar una Declaración de Impacto Ambiental, descartando así su ilegalidad. Al mismo tiempo, en base al procedimiento de evaluación ambiental el proyecto pasó por la revisión y comentarios de más 21 órganos de la administración del Estado, por lo que no hay conclusión fundada que permita deducir que la Resolución de Calificación Ambiental fuera arbitraria por parte del recurrido. Para mayor profundidad, la Corte analiza el pronunciamiento de la CONADI en el marco de la evaluación de impacto ambiental, en la cual dicho organismo no efectuó reparo alguno sobre el proyecto. En conclusión, la Corte no observa ilegalidad ni tampoco arbitrariedad en la tramitación de la Resolución que se impugna.

La Corte a su vez, se pronuncia sobre la supuesta obligatoriedad de la Consulta en virtud de que por supremacía normativa, el Convenio 169 viene en modificar la ley 19.300; al respecto la Corte estipula que “la aparición de un nuevo texto normativo no conlleva la primacía del mismo sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistémico que adopta nuestra organización jurídica” (C.9)³⁶⁰ En definitiva, la Corte señala que, si de todas forma se estima que es necesario la realización de la consulta indígena como nueva exigencia de la DIA, no implicaría aquello la ilegalidad de la resolución que aprueba el proyecto, ya que la consulta podría conducir a la aceptación de éste, “descartando así el agravio que exige la protección constitucional” (C.11)

Por todos los argumentos anteriores, la Corte de Apelaciones de Concepción **rechaza** el recurso de protección.

Corte Suprema

La Corte Suprema **confirmó** la sentencia apelada, eliminando de todas formas el razonamiento adoptado por la Corte de Apelaciones, y fundando su decisión en que el proceso de consulta a los pueblos indígenas “tendría por finalidad fundamental que las decisiones que atañen a estos pueblos no se tomen sin oírlos previamente (...) y que sólo deben cumplirse en aquellos casos que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (C.3) En el caso en particular, la Corte da cuenta que el proyecto se desarrolle en un sector perteneciente a empresas forestales o intervenidas por éstas, sin presencia de comunidades indígenas o material cultural, por lo que concluye que “no basta con expresiones

³⁶⁰ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia 01 de diciembre de 2010, Rol 401-2010. Considerando 8° Que, en las conclusiones anotadas esta Corte no observa alguna ilegalidad ni menos arbitrariedad en la tramitación de la Resolución que se impugna, salvo que se estime (siguiendo la tesis de los recurrentes, que el Convenio 169 de la OIT, al disponer en el artículo 6, N° 1, letra a), que al aplicar el Convenio, los Gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente) que la ley 19.300 sobre Bases de Medio Ambiente ha sido modificada por el citado Convenio y en consecuencia se ha impuesto un nuevo requisito, ahora bajo la fórmula de un derecho fundamental.

Considerando 9°.- Que, sin embargo, la aparición de un nuevo texto normativo no conlleva la primacía del mismo sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistémico que adopta nuestra organización jurídica. En la especie, de estimar que el Convenio 169 consigna un derecho de rango constitucional, ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla. Para ello se puede acudir a un mecanismo de amparo constitucional, de carácter cautelar y urgente en el caso de que el derecho sea de naturaleza indiscutida o indubitado o, en su caso, recurrir al remedio procesal común, que es el juicio de lato conocimiento el cual determinará cual derecho prevalecerá después de oír y recibir las pruebas aportadas por las partes del juicio.

genéricas relativas a la biodiversidad y la integración e innovación del pueblo mapuche” (C.6) resultando entonces injustificada cualquier privación, perturbación o amenaza de las garantías constitucionales alegadas (C.7)

1.7. Caso Aeropuerto Quepe.

Órganos Competentes.

Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema (3° sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol.

Rol N° 1794-2010 en CA y Rol N° 1608-2011 en CS.

Partes.

Recurrentes: Iván Reyes Alcamán y otros.

Recurrido: Ministerio de Obras Públicas.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículos 5° inciso 2°, 19° N°2y 6; Convenio 169 de la OIT, artículos 4°, 6° y 34°; Ley N° 19.253, artículo 34°; Ley 19.300, artículos 26° al 31°.

Descripción de los hechos.

El año 2007 se calificó favorablemente el “Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” por Resolución Exenta N° 2406 de la Corporación Nacional de Medio Ambiente (CONAMA). En el año 2010, el MOP dictó el Decreto N°121 que adjudicó el contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto a la empresa constructora Belfi S.A.

El proyecto se emplazaría a 20 km al Sur-Poniente de la ciudad de Temuco, Región de la Araucanía, aproximadamente a 3 kilómetros al costado Poniente de la Ruta 5, en el Sector de Quepe de la comuna de Freire.

Descripción del derecho.

Las 7 comunidades mapuches recurrentes, alegan que el procedimiento de licitación es arbitrario e ilegal ya que mientras éste se encontraba pendiente, habría entrado en vigencia el Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligación para el Estado de Chile de consultar las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, y que por la ubicación del proyecto se justificaría la realización del proceso de consulta, ya que éste se encontraría situado en territorios tradicionalmente utilizados por las comunidades indígenas y tienen una alta significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial.

Agregan que la consulta indígena al establecerse en un tratado internacional de derechos humanos de rango constitucional de acuerdo al artículo 5° inciso 2°, hace obligatorio para el Estado su aplicación, en virtud por lo dispuesto en la Convención de Viena que prohíbe la realización de actos que frustren el objeto y el fin de un Tratado antes de su entrada en vigencia.

A su vez, la arbitrariedad del acto radica en que existiendo el mandato legal para el Estado de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas susceptibles de afectarlos, el MOP no realizó la consulta a que estaba obligado.

En definitiva, la ausencia de consulta en razón de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, significa para las comunidades afectadas la vulneración de los derechos de igualdad ante la ley (artículo 19 N°2 de la CPR) y de libertad de conciencia, manifestación de las creencias y el ejercicio de los cultos (artículo 19 N°6 de la CPR), por lo que solicitan dejar sin efecto el Decreto N° 121 del MOP y proceder a exigir la realización de un proceso de consulta indígena de acuerdo a la ley.

El recurrido, el MOP, aduce que no existe afectación alguna a las comunidades recurrentes ya que el Convenio 169 no se encontró vigente sino hasta 3 años después del inicio del proceso de licitación. Aun así, durante el proceso de evaluación ambiental se realizaron variados mecanismos de participación ciudadana, por lo que de todas formas se cumpliría el objetivo que persigue la Consulta regulada en el Convenio, el cual al no tener el carácter vinculante en dicho momento, sólo refleja una forma de participación y de recabar información.

A su vez, asegura que en la zona de influencia directa del proyecto no se localiza ninguna comunidad indígena, y que la más cercana, la de Galletué, se ubica a 4 kilómetros del área de influencia del proyecto, el cual tampoco proyecta la afectación de sitios ceremoniales o de significación cultural.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Santiago parte su argumentación consignando que el análisis del Convenio N° 169 “viene en concretar el derecho fundamental de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible” (C.5). Al mismo tiempo, el objetivo del Convenio no es entregar un procedimiento reglado respecto a la consulta, sino que conceder este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos la permitan” (C.6)

En línea con lo anterior, la Corte prosigue esgrimiendo que “el Convenio N° 169 no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas, tal como lo reconoce el artículo 34 del Convenio³⁶¹ y el Tribunal Constitucional, el cual reconoce la flexibilidad para implementar las consultas.³⁶²

Por tanto, considera la Corte, que la consulta establecida en el Convenio, es un instrumento no vinculante, flexible, y que, operando sin perjuicio de las atribuciones legales, “se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N°19300” [...] y que en este orden de cosas las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes”. (C.7)

En razón de lo anterior, “la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del

³⁶¹Artículo 34 del Convenio 169: 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.

³⁶²Ver fallos del Tribunal Constitucional Rol 309-2000 y Rol 1050-2008, que se pronuncian sobre la constitucionalidad del Convenio 169.

artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas” (C.8). Por lo anterior, la Corte **rechaza** el recurso al no poder verificar una privación, perturbación o amenaza ilegítima en las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas.

La decisión de la Corte se adoptó con el voto en minoría de la abogada integrante Claudia Chaimovich, quien estuvo por acoger el recurso en razón de que las reuniones consignadas por el recurrido fueron de mera información, por lo que “no se pueden considerar ajustadas al Convenio, particularmente a la vista del establecimiento de un diálogo genuino, entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común” (C.4/VM) Que este tipo de reuniones no agotan el mecanismo de participación dispuesto por el Convenio 169, lo que ha sido subrayado por los órganos de control normativo de la OIT los que han expresado que la consulta “no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación” (C.5/ VM). Concluye que la decisión atacada no es consecuencia de un claro proceso de consulta por lo que dicha carencia torna en arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley de los recurrentes.

Corte Suprema

La Corte Suprema **confirma** la sentencia argumentando que un proceso de licitación consta de varias etapas, y que en el caso particular dicho proceso comenzó el año 2006, mucho antes de la entrada en vigencia del Convenio 169. Que, los recurrentes estiman que les agravia la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía, acto culmine del proceso de licitación; lo que no se condice con los temas que a las comunidades les preocupa, tales como el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial, todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que en etapas anteriores del proceso cuando no se encontraba vigente el Convenio.

Que, por tanto, no corresponde someter el acto de adjudicación a un proceso de consulta, toda vez que éste viene a formar parte de las últimas medidas del procedimiento

administrativo, el cual se inició con mucha antelación a la entrada en vigencia del Convenio, procedimiento además, del cual “se sujetaron de buena fe todos los terceros que participaron en la licitación” (C.5).

La decisión de la Corte Suprema fue adoptada con el voto en minoría del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por revocar la sentencia impugnada, fundamentando que todo proceso que afecte la realidad de las comunidades indígenas debe ser llevado desde la particularidad, ya que obrar de manera distinta “no llegaría a considerar los intereses de tales minorías” (C.1/VM). En ese sentido, un acto de mera información no constituye un acto de consulta, ya que la sola entrega de antecedentes no permite al remitente tener la posibilidad real de influir en la decisión (C.2/VM).

En definitiva, considera que se incumple “el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un proceso claro de consulta” por lo torna en arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley (C.3/VM)

1.8. Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama.

Órganos Competentes.

Corte de Apelaciones de Antofagasta y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol.

Rol N° 782-2010 en CA y Rol N° 258-2011 en CS.

Partes.

Recurrente: Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao.

Recurrido: Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 2, 6 y 21; Convenio 169 de la OIT, artículo 6°; Ley N° 19.300, artículo 11° letras d), e) y f); Ley 19.253; Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, artículo 2.1.11.

Descripción de los hechos.

El 14 de abril del año 2010, la Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una DIA del proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, con el objetivo de modificar el plan regulador vigente desde el año 1998, y poder así ajustarlo a las nuevas necesidades urbanísticas de la comuna.

La COREMA, tras señalar la improcedencia de realizar la revisión del proyecto por medio de una EIA, lo califica favorablemente el 9 de septiembre de 2010 a través de Resolución Exenta N°276.

Descripción del derecho.

El recurrente, el Consejo de Pueblos Atacameños, alegó que el proyecto omitía la normativa constitucional, legal y reglamentaria, que vulneraba los derechos constitucionales consagrados en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la CPR”. A mayor abundamiento, el recurrente considera que el proyecto debió ingresar por medio de un Estudio de Impacto Ambiental, ya que la modificación del plan regulador afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, todos elementos y circunstancias que se encuentran previstas por el artículo 11° letra d), e) y f) en la ley 19.300 y los artículos 9°, 10° y 11° de su Reglamento. Finalmente, considera que la omisión del proceso de consulta constituye una infracción grave al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, dado que el pueblo atacameño se encuentra protegido por la Ley Indígena 19.253, y han ocupado históricamente las tierras comunitarias, en los cuales se encuentran santuarios de la naturaleza, monumentos históricos, entre otros, que se ven afectados por la modificación del plan regulador.

Por su lado, la recurrida señala que la calificación de un proyecto es una cuestión meramente técnica que no es susceptible de recurso de protección. Sin embargo, en el caso en cuestión no se constituyen los presupuestos del artículo 11 de la Ley 19.300, por lo que no era menester ingresar el proyecto de modificación a través de un Estudio de Impacto Ambiental. De la misma manera rechazan la necesidad de haber realizado un proceso de consulta de acuerdo a lo dispuesto al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, aun así, esgrimen que de todas formas se realizaron instancias de participación previa de acuerdo a lo dispuesto al artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Antofagasta **rechazó** el recurso, esgrimiendo que la resolución impugnada no es ilegal ni arbitraria toda vez que se rigió por la normativa ambiental y urbanística vigente, a través de un procedimiento técnico reglado donde participaron los órganos competentes de la administración, no teniendo ninguno de ellos

reparos sobre el ingreso del proyecto mediante una declaración de impacto ambiental. Respecto a la supuesta omisión del proceso de consulta establecida en el artículo 6° del Convenio 169, la Corte determina que no procede, toda vez que “de existir la afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrían los efectos ambientales del artículo 11° de la Ley N°19.300, tomándose indispensable el Estudio de Impacto Ambiental”, lo que no ocurriría en el caso, en relación a la magnitud de la afectación reclamada. (C.10).

Corte Suprema

La Corte Suprema **revoca** la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones, considerando que a pesar de que la modificación del plan regulador comunal tiene como objetivo el desarrollo sustentable de la zona y de las comunidades originarias, no se dio cumplimiento a lo establecido por los artículos 4° y 6° del Convenio 169, los cuales exigen una consulta realizada de buena fe y con la intención de arribar a acuerdos (C.7)

Por lo anterior, la intención de la COREMA de Antofagasta de dar por cumplidos los requerimientos de consulta indígena en el proceso de participación estipulado en la OGUC “distaría de satisfacer las especiales características del proceso cuya omisión se reprocha”, toda vez que “el simple despliegue de información, no constituiría un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tendrían posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde estarían localizados” (C.8)³⁶³

³⁶³Corte Suprema, Sentencia 13 de Julio de 2011, Rol 258-2011, Considerando Octavo: Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos el Plan Regulador Comunal; en realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal en sesión citada expresamente para este efecto.

Sin embargo, desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.(énfasis agregado) Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de éstas. En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial

En consecuencia, la Resolución de Calificación Ambiental sería ilegal al no cumplir con “la obligación de fundamentación de los actos administrativos, por no ser fruto de un claro proceso de consulta” (C.9), lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, por no darle un trato igualitario a la comunidad afectada.

En definitiva, la Corte decide requerir la realización de un Estudio de Impacto Ambiental ajustado a las exigencias del Convenio 169, asegurando así la garantía vulnerada por la actuación de la requerida.

que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.

1.9. Caso Megaproyecto Parque Eólico Chiloé.

Órganos Competentes.

Corte Apelaciones de Puerto Montt y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol

N°239-2011 en CA y N° 10090-2011 en CS.

Partes.

Recurrente: José Omar Guentelican Maldonado, Presidente de la Comunidad Indígena “Antu Lafquen de Huentetique”.

Recurrido: Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Los Lagos.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19° número 2 y 21; Ley 19.300, artículo 11° letras d), e) y f); Convenio 169 de la OIT.

Descripción de los hechos.

Por medio de la Resolución Exenta N° 373/2011 la COREMA de la región de Los Lagos, calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto Parque Eólico Chiloé. El proyecto consistía en la instalación de 54 torres eólicas que abastecerían al Sistema Interconectado Central, ubicándose en Ancud, en el sector de Mar Brava.

El emplazamiento del proyecto sería cercano a varias comunidades indígenas, siendo la más afectada la Comunidad llamada “Antu Lafquén de Huentetique”, toda vez que el proyecto se encontraría próximo a asentamientos ancestrales, como un cementerio indígena y otros lugares de gran valor arqueológico. A su vez, en la zona se es de gran importancia histórica y turística, además de ser rico en fauna marina y de aves migratorias.

Descripción del derecho.

El recurrente aduce como causales de ilegalidad y arbitrariedad el error en el procedimiento de calificación ambiental, dado que, por las características del proyecto, es de aquellos que debe evaluarse a través de un Estudio de Impacto Ambiental, y que hace necesaria la aplicación del procedimiento de consulta del artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT. Todo esto en razón de la cercanía del proyecto a la comunidad y a espacios de asentamiento ancestrales, por corresponder a una zona de aquellas reconocidas como de influencia indígena, y por responder a las hipótesis de las letras d, e y f de la Ley 19.300. Por lo anterior, el recurrente reclama la lesión de las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2 y N° 21, las cuales contienen la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

Por su parte, la Comisión de Evaluación Ambiental de Los Lagos, aduce que ha regido su actuar dentro de los márgenes de legalidad, tanto en cuanto a la improcedencia del EIA como el proceso de consulta contenido en el Convenio 169.

Señala que, si bien el proyecto se erige en un sector cercano a tres comunidades indígenas, se han resguardado los intereses y derechos de éstas durante todo el proceso, por medio de informes, actividades de sociabilización y la intervención de la CONADI como garante.

Respecto a la procedencia de la aplicación de la consulta indígena contenida en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, la COREMA estima que no es aplicable en la evaluación del proyecto, ya que las comunidades se encuentran fuera del área de influencia del parque eólico, por lo que la DIA no es una medida administrativa que pudiera afectarlos.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt estima que a partir de los antecedentes del caso, el procedimiento que concluyó en la resolución impugnada se desarrolló en conformidad a lo dispuesto por la Ley 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debido a que se cumplió con las instancias de oposición y aclaraciones respecto de

los servicios que pudieran verse involucrados, y por tanto, se excluye inmediatamente el elemento de ilegalidad y arbitrariedad. Continúa sosteniendo que la resolución es un acto administrativo de opinión, y que como tal no puede representar un agravio actual y real que haga prosperar la acción de protección pretendida, sino que correspondería a una situación futura especulativa que no puede calificarse como riesgosa para los derechos fundamentales de la comunidad recurrente.

Respecto de la consulta indígena que consagra el Convenio N° 169 de la OIT, la Corte considera que no es pertinente, por cuanto ni la resolución impugnada ni las obras en que se traduciría el proyecto mismo, afectarían directamente a pueblo indígena alguno (C.7). Y considera, desde una perspectiva contraria, que en caso de considerarse procedente la aplicación de la consulta, ella debe conciliarse con el principio de participación contenido en la Ley 19.300, y que así entendido, los pueblos indígenas aledaños al emplazamiento del proyecto participaron vastamente en desarrollo del procedimiento, a través de reuniones de acercamiento e información. (C.8)³⁶⁴

Por todo lo anterior, la Corte de Apelaciones **rechaza** el recurso.

Corte Suprema.

Por vía de apelación, el recurso fue conocido por la Corte Suprema, la cual, a diferencia de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental de la COREMA, la Corte considera que las existencias de sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto debieron ser consideradas para someterlo a un Estudio de Impacto Ambiental, para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT.

³⁶⁴La Corte de Apelaciones sostiene su interpretación en el fallo 4078-2010 de la Corte Suprema (Caso Ducto Celco), en su análisis de recepción del tratado internacional en el derecho interno. **Noveno:** Que la conclusión expuesta aparece corroborada en causa Rol 4078-2010, de la Excm. Corte Suprema, cuando señala: “Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen”, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de la ley 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.

Respecto a la participación indígena que la Corte de Apelaciones consideró como suficiente, la Corte Suprema estima que las reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, debido a que el solo despliegue de información no permite a los afectados influir realmente en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, como lo exige el Convenio con miras a garantizar los derechos y brindar la protección necesaria a los pueblos indígenas.

Estas consideraciones bastan a la Corte para sostener que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un proceso claro de consulta, y tal carencia vuelve ilegal la decisión, debido a que se incumple una obligación establecida en la ley, y de tal forma, se lesiona el derecho a la igualdad ante la ley que reclama la comunidad recurrente. Lo que corresponde para evaluar conforme a la ley un proyecto como el del caso, es un Estudio de Impacto Ambiental, dentro del que se contempla un procedimiento especial de participación que, en todo caso, debe conciliarse con lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT. Termina, entonces, por **revocar** la sentencia apelada, y acoger el recurso de protección a favor de la comunidad indígena, ordenando que el proyecto se someta a un estudio de impacto ambiental y que el proceso de participación ciudadana regulado en la ley 19300 se rijan por los estándares del Convenio 169 de la OIT.

1.10. Caso Sondaje Prospección Paguanta.

Órganos competentes

Corte de Apelaciones de Iquique y Corte Suprema

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol

Rol N° 472-2011 en CA y Rol N° 11.040-2011 en CS.

Partes

Recurrente: Marcelo Condore Vilca, por si y en representación de otros comuneros de la quebrada de Tarapacá.

Recurrido: Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 2 y 8; Ley N° 19.300, artículo 11° letra d); Ley 19.253, artículo 26°; Convenio 169 de la OIT.

Descripción de los hechos.

En el año 2010, la Compañía Minera Paguanta S.A., realizó ejercicios de exploración en la zona de la comuna del Huara, Región de Tarapacá, en atención a la concesión minera que le había sido otorgada. En razón de los resultados obtenidos, solicitó mediante DIA la realización de labores de prospección, los que fueron otorgados mediante Resolución Exenta N° 0081 del 29 de agosto del 2011 por el Servicio de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá.

Descripción del derecho.

El recurrente alega que la resolución impugnada afecta a los derechos consagrados por los numerales 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política, debido a que el proyecto debió ingresar al Servicio de Evaluación Ambiental a través de un Estudio y no de una Declaración

de Impacto Ambiental como lo hizo; y la no realización del proceso de consulta conforme a los parámetros consagrados por el Convenio N° 169 de la OIT. Esto último, necesario en razón de la ubicación del proyecto en un Área de Desarrollo Indígena y por la presencia de población protegida por leyes especiales.

El Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, informó que el tema alegado es de exclusiva competencia de los órganos administrativos de competencia ambiental, por lo que la vía judicial practicada por los recurrentes resultaba inadmisibile. A su vez, asegura haber procedido de manera legal y razonable durante todo el procedimiento administrativo que derivó en la obtención de la resolución favorable, apegándose en todo momento a la legislación ambiental vigente.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Iquique **rechaza** el recurso por motivos de carácter formal, dado que el recurso se interpuso contra la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, pero quien resuelve la calificación es la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá, por ello los jueces consideraron que la recurrida carecía de legitimidad pasiva, y ello es considerado motivo suficiente para rechazar el recurso.

La Corte de todas formas se pronuncia sobre el fondo del asunto, descartando la arbitrariedad en la dictación de la resolución, por cuanto ella se funda en numerosos antecedentes presentados a lo largo del procedimiento de calificación.(C.12) Respecto a la ilegalidad, considera que la distancia que media entre los asentamientos de poblaciones indígenas y el emplazamiento del proyecto, además de la calidad de prospección y no de explotación que éste implica, no pueden configurarse los supuestos del artículo 11 de la ley 19.300, que establece taxativamente los casos en que es imperativa la aplicación del Estudio de Impacto Ambiental. Y tampoco parece claro a los jueces que la sola omisión del Estudio afecte el derecho de la parte recurrente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Respecto a la no aplicación del procedimiento de consulta del Convenio N° 169 de la OIT, y de la infracción a la igualdad ante la ley que ello supone para los reclamantes, la Corte

se pronuncia en un sentido similar al del caso anterior, sosteniendo que es suficiente la realización de consultas y comunicaciones con las comunidades indígenas involucradas, por lo que la alegación resultaría injustificada. (C.15)³⁶⁵

Corte Suprema

Por su parte, la Corte Suprema, expresa que es esencial la consideración del sector como Área de Desarrollo Indígena, debido a que ellos son espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado deben focalizar su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades, y ello no puede desconocerse por la autoridad administrativa al evaluar cada caso en particular.

Consta a la Corte por los antecedentes vistos, que durante el proceso de evaluación fueron desestimadas por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá las alegaciones de la CONADI en torno a la insuficiencia de las instancias de participación indígena en el desarrollo del proyecto, especialmente atendiendo a que, como Área de Desarrollo Indígena, es evidente la afectación que producirá a dichas comunidades. Y nuevamente, como en algunos casos anteriores, estima la Corte que las instancias de información no bastan para considerar que se cumple con el deber de consulta establecido por el Convenio N° 169 de la OIT, porque no le otorga a las comunidades indígenas interesadas reales posibilidades de influir desde la gestación y durante el desarrollo del proyecto. Todo esto lleva a la Corte a considerar que la Resolución de Calificación Ambiental incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, y por tanto, es considerada ilegal, en el sentido que la falta de consulta a los pueblos interesados implica la infracción a un imperativo legal, que lesiona la garantía de igualdad ante la ley.

³⁶⁵Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia 8 de noviembre de 2011, Rol 472-2011, Considerando Décimo Quinto: Que además, en cuanto a la presunta infracción a la igualdad ante la ley, sostenida por el recurrente en relación con el Convenio N° 169 de la OIT, y sin entrar a efectuar otras calificaciones relacionadas con este instrumento internacional, que serían ajenas a la naturaleza de este procedimiento cautelar, cabe señalar que existen diversos antecedentes que permiten a este Tribunal dar por establecido que, además de lo señalado en el considerando décimo cuarto, en relación a la ubicación y magnitud de las labores involucradas en el proyecto antes señalado, han existido diversas consultas y comunicaciones con las comunidades indígenas involucradas, resultando injustificada la alegación del recurrente en orden a que, de esta forma, se estaría vulnerando el Convenio antes citado, especialmente su artículo 6.1, que declara que deben existir mecanismos de consulta a los pueblos interesados, cuando se provean, entre otras, medidas administrativas que puedan afectarles directamente.

Agrega, finalmente, una consideración ya realizada en algunos de los casos analizados previamente, como es la necesidad de complementar el procedimiento de participación contenido en la ley 19.300 con los principios que establece el Convenio, para dar seguridad de la observancia a la protección de los derechos de los pueblos indígenas interesados.

En virtud de los razonamientos ya expresados, la Corte **revoca** el fallo de primera instancia, y **acoge** el recurso interpuesto, mandando que el proyecto ingrese al Servicio de Evaluación Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana dispuesto en los artículos 26 al 31 de la Ley 19.300 debe adecuarse a la normativa del Convenio 169 de la OIT.

1.11. Caso Consejo de Pueblos Atacameños.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Antofagasta y Corte Suprema (3° Sala)

Rol

Rol 618-2011 en CA y Rol 2211-2012 en CS.

Partes

Recurrente: Sergio Fernando Campusano Vilches, Presidente de la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos.

Recurrido: Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama.

Legislación Aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 2, 8, 21, 24 y 26; Ley N° 19.253, artículos 9°, 10° y 64°; Ley N° 19.300, artículos 11° letras c), d) y e), 12° letras b), c) y d) y 26°; Reglamento DS 95/01, artículo 10° letras b) y c); Convenio 169 de la OIT, artículos 6°, 7°, 15° y 16°.

Descripción de los hechos

La Comunidad Agrícola Los Huascoaltinos, comunidad integrada por personas de ascendencia diaguita, recurren de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Atacama, representada por la Intendenta regional, por la dictación de la Resolución Exenta N° 049/2011, de fecha 14 de marzo de 2011, que califica ambientalmente favorable el Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro, del cual es titular la Sociedad Contractual Minera El Morro. El proyecto consiste en la construcción y posterior operación de obras cuyo objetivo será la producción de concentrado de cobre mediante la extracción de mineral, a través de la explotación a rajo abierto del yacimiento de cobre La Fortuna y su posterior procesamiento, obras que serán emplazadas en tres lugares distintos: Área Mina-Planta, ubicada en el sector de El Morro, Estancia Huasco Altina, “en la cuenca de las quebradas Larga y Piuquenes, ambas tributarias de la cuenca del Río Cazadero,

el cual confluye al Río Conay”; Área Quebrada Algarrobal, que comprende desde la alta cordillera hasta el mar; y, Área Totoral, que se ubica en la zona costera de El Huasco.

Descripción del derecho

La Comunidad recurrente sostiene que los impactos ambientales de mayor relevancia que generará el proyecto, corresponden a daños en las cuencas de Quebrada Larga y Piuquenes, con pérdidas de vegas que son usadas como majadas por los comuneros en sus ciclos de trashumancia, pérdida de senderos, pérdida de cobertura vegetal, pérdida de hábitat de especies silvestres y afectación a sitios de relevancia arqueológica y/o patrimonial. Estiman además que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada desconoce el emplazamiento en tierras indígenas, omitiendo aplicar el estatuto legal indígena.

La arbitrariedad e ilegalidad de la RCA radica, en primer lugar, en que se genera el desplazamiento de los crianceros, vulnerando derechos territoriales, de aguas, costumbres y formas de vida. Respecto del impacto al componente humano, el proyecto contempla entrega de terrenos como medida de compensación a tres familias, siendo que dichos terrenos pertenecen a la comunidad recurrente, y sin haber obtenido su consentimiento libre e informado. Lo mismo se aplica en relación con los derechos de aguas que abastecen a dichos terrenos.

En segundo lugar, los recurrentes aducen que la resolución es ilegal y arbitraria toda vez que se omite la aplicación del mecanismo de consulta y participación que contempla el Convenio N° 169 de la OIT, que es plenamente aplicable respecto de los recurrentes, en razón de pertenecer ellos a la etnia diaguita, para obtener el consentimiento respecto de la entrega de terrenos a modo de compensación por los impactos que generará en el componente humano la ejecución del proyecto sometido a evaluación.

En este mismo sentido, consideran que la Resolución impugnada discrimina a los recurrentes, negándoles el reconocimiento como organización indígena e infringiendo las disposiciones atinentes a su condición de grupo humano protegido, establecidas en la Ley N° 19.300 y su reglamento.

La Resolución de Calificación Ambiental impugnada también vulnera el principio preventivo que establece el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, toda vez que las medidas de mitigación, reparación y compensación aprobadas en la RCA no se hacen cargo de manera eficaz de los impactos que generaría el proyecto El Morro, especialmente respecto a la destrucción de vegas en el sector de Quebrada Larga. De la caracterización presentada por el titular del proyecto, los recurrentes consideran que no hay claridad respecto de todas las variables o componentes del ecosistema que el proyecto afectaría y sus interacciones, lo que hace imposible predecir y evaluar seriamente los impactos generados, por lo que cualquier medida minimiza los potenciales daños sobre el ecosistema afectado.

Los recurrentes estiman también que el acto administrativo impugnado niega sus derechos territoriales y sobre sus recursos naturales, indispensables para el desarrollo de actividades productivas que ellos desarrollan tanto individual como colectivamente.

Por todo lo anterior, consideran que la calificación ambiental favorable del Proyecto Minero El Morro vulnera las garantías establecidas en los numerales 2°, 8°, 21°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Los recurridos solicitan el rechazo del recurso de protección, sosteniendo primeramente que éste ha sido interpuesto de manera extemporánea, por recurrentes que carecen de la legitimidad activa para impugnar la Resolución de Calificación Ambiental, debido a la inexistencia de derechos indubitados que se vean amagados por ella.

En cuanto al fondo de la acción, la parte recurrida estima que el recurso es improcedente, debido a que excede el ámbito propio de la acción de protección. Dicha alegación se funda en que los recurrentes no tendrían estudio o antecedente alguno que avale sus pretensiones, además de pretender con ella intervenir en competencias que se han determinado como propias de la administración. Sumado a ello, la acción sería inidónea para obtener la interpretación sobre el sentido y alcance de un convenio internacional, como es el Convenio N° 169 de la OIT. Finalmente, consideran que el acto impugnado no atenta contra las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes.

Respecto del mecanismo de participación aplicable, los recurridos sostienen que se tuvo en vista la normativa especialmente aplicable a las personas indígenas, para dar

cumplimiento a los criterios de protección establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT. Sostienen, además, que el mecanismo de participación ciudadana establecido en la Ley N° 19.300 satisface las exigencias respecto de la participación indígena establecidas en el Convenio N° 169. Respecto de la calidad de indígena de la comunidad, consideran que ésta debe ser declarada en un juicio de lato conocimiento.

En calidad de tercero coadyuvante, la Sociedad Contractual Minera El Morro también ha solicitado el rechazo del recurso, aduciendo la extemporaneidad de su interposición, y sosteniendo además que no existen incongruencias entre las observaciones y los organismos sectoriales y lo dispuesto en la Resolución de Calificación Ambiental.

Decisión del caso

Corte de Apelaciones

Respecto de las alegaciones relativas a la extemporaneidad de la acción de protección y la falta de legitimidad activa de los recurrentes, la Corte de Antofagasta las desestima, considerando que la Resolución de Calificación Ambiental es el único acto administrativo que materializa o concreta los diversos actos administrativos dictados durante la evaluación del proyecto minero, y que la RCA es el acto que permite continuar la concreción del mismo.

La Corte reconoce que el recurso de protección no es idóneo para revertir decisiones de la autoridad administrativa en orden a la calificación favorable de un Estudio de Impacto Ambiental, porque además la acción cautelar requiere de derechos indubitados e inequívocos que ostenten los titulares de la acción para disponer el restablecimiento de los derechos o asegurar la debida protección a los afectados. Sin embargo, en el caso particular, se justifica acoger excepcionalmente la acción incoada frente a la calificación favorable del Estudio de Impacto Ambiental, porque en el Estudio de Impacto Ambiental se proponen medidas de mitigación, entrega de terrenos y generación de sectores de pastoreo alternativo de veranadas únicamente a tres de familia de crianceros, desconociéndose a las personas integrantes de la comunidad agrícola. La prescindencia específica de los recurrentes que tienen la calidad de personas indígenas comprobadamente, constituye una ilegalidad que está protegida a nivel constitucional mediante la garantía de igualdad ante la ley. 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, sus integrantes sí tienen tal calidad, y el proyecto constituye respecto de ellos una afectación, porque se comprobó que son titulares del derecho de dominio inscrito de terrenos en los cuales la Sociedad Contractual Minera El Morro iniciará las actividades de explotación.

El desconocimiento de la existencia de los recurrentes, en cuanto afectados directamente por el proyecto y en su calidad de personas indígenas, y su exclusión respecto de las medidas de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones, constituye además una ilegalidad que representa una amenaza concreta a su derecho de propiedad.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, por todo lo anterior, **acoge** el recurso de protección presentado por la Comunidad Agrícola de Los Huasco Altinos, por considerar que la Resolución de Calificación Ambiental que califica favorablemente el Proyecto Minero El Morro importa una afectación a las garantías de igualdad ante la Ley y el derecho de propiedad, consagrados en los numerales 2° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Corte Suprema

Conociendo del recurso incoado por vía de apelación, la Corte Suprema **confirma** la sentencia de la Corte de Antofagasta, sin agregar nuevos fundamentos.

1.12. Caso Línea de Transmisión Melipeuco – Freire.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol

Rol N°349-2011 en CA y Rol N° 1602-2012 en CS.

Partes

Recurrente: Elba Audolia Yañez, Presidenta de la Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén

Recurrido: Comisión de Evaluación Ambiental de la región de la Araucanía.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 2, 6 y 8; Ley N° 19.300, artículo 11° a), c), d) y e); DS 95/2001, artículos 8° y 9°; Convenio 169 de la OIT.

Descripción de los hechos

Seis comunidades indígenas ubicadas en la comuna de Freire, recurren de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de la Araucanía, con motivo de la Resolución Exenta N° 127/2011, que califica favorablemente el proyecto “Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire”, cuyo titular es la empresa ENACON S.A. El proyecto consiste en la construcción de una línea de transmisión eléctrica, que atraviesa los territorios de once comunidades indígenas mapuche, colindando con otras veintiuna comunidades.

Descripción del derecho.

Los recurrentes reclaman la ilegalidad y arbitrariedad de la RCA individualizada, debido en primer lugar, a que el proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto

Ambiental por vía de declaración de impacto ambiental, en lugar de un estudio de impacto ambiental, que sería el procedimiento adecuado, conforme a las características del proyecto. Lo anterior se suscitó porque no se consideraron debidamente los impactos que el proyecto produciría, en cuanto a reasentamientos de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. El proyecto tendría un impacto negativo sobre territorios indígenas de valor religioso, especialmente en relación con el nguillatún, que se encuentran a 20 metros del trazado de la línea de transmisión, y las manifestaciones culturales y religiosas de las personas indígenas potencialmente afectadas con la construcción no fueron consideradas en la forma en que las reconoce y protege el Convenio N° 169.

En cuanto a la localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar el proyecto, los recurrentes esgrimen que los impactos a producirse por el emplazamiento de la línea de transmisión tampoco fueron debidamente considerados durante la evaluación ambiental. Esto, porque el sistema de evaluación de impacto ambiental considera que el emplazamiento cerca de poblaciones protegidas justifica el ingreso por vía de estudio de impacto ambiental, procedimiento de mayor duración, y que contempla trámites adicionales a aquellos requeridos en la declaración de impacto ambiental, como por ejemplo, la ejecución de un proceso de participación ciudadana.

Si bien se reconoce que en ciertos casos la afectación no está absolutamente demostrada, ello no obsta a que efectivamente exista. La forma de determinar si realmente dicha afectación se producirá es, precisamente, a través de un estudio de impacto ambiental. La ilegalidad de la RCA que produce una vulneración a las garantías constitucionales alegadas radica en que fue producto de un proceso de evaluación basado en una declaración de impacto ambiental, en lugar de realizarse un estudio de impacto ambiental, por existir impactos que la ley califica como significativos.

En cuanto al procedimiento de consulta indígena, su necesidad es evidente, considerando que el proyecto consiste en una línea de transmisión que atravesará territorios de cuatro comunidades indígenas, y colindará con otras siete. Es evidente que ello genera

susceptibilidad de afectación respecto de las comunidades recurrentes, tanto en sus sistemas de vida como en la manifestación de sus tradiciones culturales y religiosas. Por ello, el haberse dictado la RCA sin haber ejecutado una consulta indígena que era legalmente procedente, conforme lo exige el Convenio N° 169, vuelve a dicho acto administrativo ilegal, y la arbitrariedad viene dada porque no se explica ni se justifica el hecho de no haberse aplicado la consulta.

En definitiva, los recurrentes solicitan la invalidación de dicha RCA, por considerar que con ella se vulneran los derechos a la igualdad ante la ley, a la libertad de culto y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocidos en los numerales 2, 6 y 8 de la Constitución Política. Además, solicitan que se imponga a los órganos de la administración del Estado la obligación de aplicar la Consulta Indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT.

La recurrida, por su parte, solicita que el recurso sea rechazado en su informe. Lo anterior debido a que la determinación sobre la vía apropiada de ingreso al sistema de evaluación ambiental del proyecto es un asunto que no cabe en el ámbito del recurso de protección, sino que responde a consideraciones técnicas que deben realizarse en la sede administrativa competente, es decir, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la hipótesis sobre lo inadecuado de la declaración de impacto ambiental no ha sido suficientemente demostrada.

Por otra parte, sostiene que la naturaleza del procedimiento de evaluación de impacto ambiental excluye la posibilidad de incurrir en arbitrariedades, debido a que es un proceso regido esencialmente por el principio de contradictoriedad. No obstante lo anterior, profundiza en la improcedencia de evaluar el proyecto mediando un estudio de impacto ambiental, debido a que no produciría reasentamientos de comunidades ni alteraciones significativas sobre sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, no se emplazaría próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, y tampoco genera alteraciones en el patrimonio cultural.

Respecto de la procedencia de ejecutar un procedimiento de consulta indígena, consideran que no existen efectos susceptibles de afectar directamente a personas indígenas en los términos del Convenio N° 169 de la OIT. Sin perjuicio de lo anterior, el recurrido indica

que de todas formas se realizaron actividades de socialización e información a la población, y que se dio respuesta a todas las inquietudes de los integrantes de las comunidades en el área de influencia del proyecto. Y respecto de aquellas comunidades que manifestaron su oposición al proyecto, aduciendo que son propietarios de los territorios por antiguos títulos de merced, indican que el proyecto no produce un efecto adverso, debido a que estos ya se encontraban intervenidos por el ramal ferroviario que atravesaba el sector.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Temuco da por establecido que el trazado del proyecto cruza territorios indígenas de valor cultural y religioso, que han sido reconocidos así por CONADI, además de lo alegado por los recurrentes. La evaluación ambiental del proyecto mediante una declaración de impacto ambiental, en lugar de un estudio de impacto ambiental, atendiendo a las características que éste presentaba, y la falta de aplicación de un procedimiento de consulta indígena en los términos establecidos por el Convenio N° 169, constituyen actuaciones arbitrarias y carentes de racionalidad.(C.2)³⁶⁶ A partir de dichas actuaciones, se vulneran las garantías contenidas en el artículo 19° Numeral 2° y 8° respectivamente, y por tanto, se **acoge** el recurso de protección impetrado.

Corte Suprema

La Corte Suprema, sin embargo, destaca aspectos diversos del caso. En primer lugar, establece que los terrenos que pertenecían al ramal ferroviario, y en los cuales se emplazaría la

³⁶⁶Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 20 de enero de 2011, Rol N° 349-2011. Considerando Segundo: Que en relación a la aplicación de las normas legales a la situación de hecho, corresponde tener en consideración que la Ley 19.300 en su artículo 11 establece, en las letras c) y f) que corresponde realizar un estudio de impacto ambiental cuando se producen afectaciones a las costumbres de grupos humanos y alteran los monumentos y sitios de valor antropológico, como los anteriormente señalados. Asimismo, el Art. 26 dispone: "Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.". Por otro lado, el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo - vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009, de conformidad con lo que éste dispone en su artículo 38 párrafo 3- 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;", de forma tal que corresponde efectuar la consulta pertinente a las personas que conforman las culturas a las cuales se refieren estas disposiciones.

línea de transmisión, no tienen la calidad de terrenos indígenas, conforme a la Ley N° 19.253, y que ello ni siquiera fue discutido ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Luego, y con base en los informes de los organismos sectoriales, sostiene que no es posible vislumbrar de qué forma se verán alterados los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas recurrentes por causa del proyecto, atendiendo a que la zona en que estas comunidades se desenvuelven ya es una zona intervenida por el ramal ferroviario, y el proyecto en cuestión no introducirá nuevas alteraciones.

En relación con lo anterior, sostiene que la proximidad de las comunidades con el área de emplazamiento del proyecto no es motivo suficiente para colegir que se producirá una afectación a ellas, y que en sus alegaciones no se explicitó ningún impacto concreto que pudiera producirse. Por ello, no es posible exigir la presentación de un estudio de impacto ambiental como vía de ingreso al sistema de evaluación. Respecto de la procedencia de la aplicación de un procedimiento de consulta indígena, se aplica el mismo criterio, de los asuntos alegados no se demuestra de ninguna forma que el acto administrativo impugnado corresponda a una medida susceptible de afectar directamente a los recurrentes, y en consecuencia, motivo de consulta (C.8)

Por tanto, se **revoca** lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco, **rechazando** el recurso de protección.

1.13. Caso Kintuantú.

Órganos competentes.

Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol.

N° 501-2011 en CA y N° 3863-2012 en CS.

Partes.

Recurrente: Millaray Huichalaf y otros.

Recurrido: Juan Heriberto Ortiz Ortiz.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículos 5° inciso 2° y 19 N° 6 y 8; Convenio 169 de la OIT, artículos 4.1.5, 8.2 y 13; Ley N° 19.253, artículos 1° inciso 2°, 7° y 28° letra f); Ley N° 19.300; Ley N° 20.283.

Descripción de los hechos.

La comunidad Mapuche Huilliche, habitantes del sector Carimallín, comuna de Río Bueno, deduce recurso de protección denunciando la tala ilegal de árboles milenarios que constituyen una parte esencial del Ngen Mapu Quintuante, espíritu que es parte fundamental de la cosmovisión religiosa las comunidades mapuche-williche.

Descripción del derecho.

Los recurrentes esgrimen que las acciones del dueño del predio, en cuanto a la tala de varias especies de Roble Pellín, causarían una grave amenaza a las manifestaciones religiosas

y espirituales mapuches, lo que conllevaría inevitablemente a la vulneración de la libertad de culto de las comunidades mapuches.

Señalan que en cada época estival, y desde tiempos ancestrales, los lepuntufe (autoridad ancestral mapuche encargada de dirigir el Lepun) y nguillatufe (autoridad tradicional encargada de dirigir el Nguillatun) de las comunidades de Maihue, El Roble, y Mantilhue, se han dirigido al sector mencionado a realizar rogativas a los Ngen Mapu Quintuante y Quilen Wentru, ambos espíritus protectores del pueblo mapuche y que viven en este renü (morada de los espíritus sagrados). Indican que todo este sector debe permanecer sin alteración alguna, ya que constituye el complejo religioso y ceremonial del pueblo mapuche-williche. Para mayor abundamiento, esgrimen que la estrecha relación que mantienen con la madre tierra (ñuke mapu) debe ser comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica y que por ello la intervención del río y en particular del centro ceremonial es un grave perjuicio y su deber como pueblo es impedirlo.

Detallan los recurrentes que, el día 12 de Julio de 2011, iniciaron una ocupación pacífica del predio en el cual se emplaza el centro ceremonial, en defensa del río Pilmaiquén, y en especial del Ngen Mapu Quintuante; sin embargo, tras ingresar al predio se dieron cuenta que gran cantidad de árboles milenarios habían sido talados de manera ilegal por el recurrido, por lo que denunciaron la situación a CONAF, denuncia por la cual se inició un procedimiento en el Juzgado de Policía Local que derivó en una multa de \$2.000.478 pesos al recurrido. Agrega además que la tala no sólo constituyó un acto ilegal, sino que además arbitrario, dado que fue realizado con la intención de afectar el entorno del sector, hostigando así a la comunidad mapuche-huilliche que participa en su defensa.

En definitiva, basan su acción en la infracción a las garantías constitucionales a la libertad de culto y a vivir en un medioambiente libre de contaminación, garantizados en los artículos 19 N°6 y 19 N°8 de nuestra Carta Fundamental. La acción del recurrido supondría la afectación al normal desarrollo de sus actividades ceremoniales religiosas y a la visión sociocultural del medio ambiente, por lo que solicitan el término del acto ilegal y el libre acceso al predio.

Finalmente, destacan que el deber del Estado de proteger y promover los cultos indígenas deviene a lo prescrito por la CPR, la Ley 19.253 y el Convenio 169 de la OIT.

El recurrido, por su parte, informa que la finalidad del recurso interpuesto es consumir de manera jurídica una ocupación ilegal de su predio, buscando constituir un gravamen permanente para él, a través de una servidumbre de ocupación sin ningún tipo de limitación o de indemnización.

A su vez, el informante menciona que el interés que persiguen las comunidades es percibir las indemnizaciones de la empresa eléctrica Pilmaiquén, por la inundación de aproximadamente de 3.5 hectáreas de su propiedad. Finalmente, el recurrido menciona que no son efectivas las acusaciones vertidas por los recurrentes en cuanto a la tala de bosque nativo, y que las supuestas amenazas y vulneraciones a las garantías constitucionales carecen de precisión en cuanto a la época de consumación de la perturbación.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Valdivia comienza por realizar un análisis a la supuesta infracción a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, contenida en el artículo 19 N° 6 de la CPR, por lo que realiza un recuento del alcance de dicha garantía en correlato con lo manifestado por las comunidades indígenas recurrentes, respecto al territorio presuntamente afectado, como lo es el Ngen Mapu Quintuante.

El Tribunal da por efectiva tal cosmovisión, en virtud de los informes preliminares de la CONADI, el cual refrenda que en dichos territorios se realizan ceremonias esenciales para el pueblo mapuche (C.10), y que, de acuerdo a los informes de CONAF, en dicha propiedad se ha efectuado corta de bosque nativo sin previo manejo, lo que derivó en una denuncia ante el Juzgado de Policía Local de Río Bueno (C. 11)

Posteriormente, la Corte recoge lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, el cual establece “un estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, tal como se recoge de su artículo 2° relativo a la promoción estatal de los derechos

indígenas; como también en el artículo 4°, el cual establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas; lo dispuesto en su artículo 5° que señala que se debe reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; y finalmente lo expresado en el artículo 13°, el cual consagra el deber de respeto gubernamental a la cultura y valores espirituales de los pueblos indígenas interesados en relación a su tierra o territorio.

En relación a lo anterior, el tribunal considera dable consignar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el estado de Paraguay, el cual señala que “la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural” (C.14)

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Valdivia **acoge** el recurso de protección interpuesto, ya que, habiéndose acreditado la efectividad del corte de bosque nativo sin autorización de Conaf en territorio sagrado para la comunidad mapuche, transforma el hecho denunciado en ilegal, al verse vulnerado el “ejercicio libre de todos los cultos” (artículo 19 N° 6 de la CPR).

Corte Suprema

La Corte Suprema **revoca** la decisión y **rechaza** el recurso de protección interpuesto. Arguye que si bien el artículo 19 N° 6 permite la observancia que el Estado debe tener por la facultad de las personas para manifestar y exteriorizar sus opciones religiosas, garantía que a su vez encuentra un correlato en lo normado en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 5°, el cual dispone que “el Estado debe reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos indígenas”, dicho derechos tienen como restricciones que “ello 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” (C.6).

A su vez, agrega que el numeral 24 del artículo 19 de la CPR consagra el derecho de propiedad en sus distintas especies, entre las cuales se incluye la propiedad indígena, la cual,

tiene una regulación especial en la ley 19.253. En virtud de lo anterior, la Corte considera que en el caso en concreto no es posible determinar que el territorio en conflicto tenga carácter indígena, ya que no se cumple con los requisitos del artículo 12 de la Ley Indígena. (C.9)

En dicho contexto, no es posible hablar de que los recurrentes han incurrido en una “ocupación pacífica” del predio, ya que no existe una norma que los habilite para alterar derechos preconstituidos. En definitiva, los actores han recurrido a la ocupación de la propiedad lo que constituye una “acción ilegal de autotutela pues a través de una vía de hecho se altera y lesiona una situación preexistente sin que exista habilitación legal o judicial para ello, debiendo en consecuencia ser calificada como arbitraria y atentatoria al derecho de propiedad” (C.11)

1.14. Caso Huascoaltinos El Morro.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Copiapó y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción

Recurso de Protección

Rol

Rol 436-2013 en CA y Rol 11299-2014 en CS.

Partes

Recurrentes: Comunidades Indígenas Diaguitas “Yastai de Juntas Valeriano” y otros.

Recurrido: Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama.

Legislación Aplicable

Constitución Política de la República artículo 19 N°2, 21, 22 y 24; Ley 19.300, artículos 11° letra c) y d), 29°, Ley 19.253, artículo 34; Convenio 169 de la OIT, artículo 6°.

Descripción de los hechos.

Diversas personas naturales y jurídicas que habitan la comuna de Alto del Carmen, y todos ellos pertenecientes a la etnia diaguita recurren de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Atacama, presidida por el Intendente regional, que dictó la Resolución N° 232/2013, que califica ambientalmente el proyecto minero El Morro, del cual es titular la Sociedad Contractual Minera El Morro. A esta acción se acumulan, posteriormente, recursos de protección presentados por la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos y por agricultores no indígenas del valle de Huasco. La RCA original del proyecto fue impugnada previamente por vía de acción de protección, ordenándose al Servicio de Evaluación Ambiental retrotraer el procedimiento y realizar un procedimiento de Consulta

Indígena respecto de aquellos grupos indígenas susceptibles de verse afectados directamente por la ejecución del proyecto, y presentar una nueva Adenda (el número 5 del procedimiento).

Descripción del derecho

Los primeros recurrentes sostienen que la aplicación de la Consulta Indígena se limitó arbitrariamente a los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, considerándose sólo a una de las diversas comunidades y personas indígenas a quienes afecta directamente el proyecto. La afectación viene dada porque tanto el rajo como los depósitos de estériles y de relaves del proyecto ocuparán grandes extensiones de territorios sobre los que tienen derechos ancestrales, y que el emplazamiento de dichas obras afectará su sistema de vida y costumbres. Alegan también que el proyecto afectará el caudal de los afluentes del río Huasco, cuyas aguas utilizan para su subsistencia y la de sus actividades de sustento debido a la extracción de recursos hídricos superficiales, así como por la posible contaminación a las reservas subterráneas, debido a infiltraciones de los depósitos. Todo lo anterior constituye una afectación a los derechos a la vida, garantía de igualdad ante la ley, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a desarrollar sus actividades económicas.

En relación con esta acción de protección, el Servicio de Evaluación Ambiental informa que los recurrentes se encuentran fuera del área de influencia del proyecto, por lo que no se producen respecto de ellos impactos significativos, y por lo tanto, carecen de legitimidad activa para impugnar la Resolución de Calificación Ambiental. La recurrida también considera que la Consulta Indígena no procede respecto de los recurrentes, debido a que las zonas a intervenir no impactan sus actividades productivas, culturales o religiosas.

Finalmente, alega extemporaneidad en la acción cautelar, entendiendo que el plazo para recurrir debe considerarse a partir de la dictación de la RCA primitiva, debido a que la Adenda incorporada al retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental no incorporó cambios sustanciales en la evaluación del proyecto.

Por su parte, los miembros de la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos impugnan la RCA indicada, en razón de vicios que afectaron el procedimiento de consulta indígena aplicado respecto de ellos. Alegan que el Servicio de Evaluación Ambiental forzó el diálogo, sin respetar los plazos y mecanismos de participación que la Comunidad planteó,

actuando de mala fe y sin una intención real de alcanzar el consentimiento de los consultados, todo lo cual constituye una vulneración al Convenio N° 169, específicamente a los estándares que debe cumplir la consulta indígena. El emplazamiento del proyecto afectaría grandes extensiones de tierras que serían propiedad legal y ancestral de la comunidad, además de afectar los recursos hídricos, flora, fauna y sitios arqueológicos y patrimoniales.

En relación con dicho recurso, la recurrida sostiene que la Consulta Indígena en el Proyecto El Morro ha sido ejecutada correctamente, y que la Consulta se realiza con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los consultados, sin que sea ello una obligación de resultado, sino de medios, y por lo tanto, el no haber conseguido el consentimiento no afecta al cumplimiento del deber establecido en el Convenio N° 169 de la OIT. Según la recurrida, el SEA habría dado cumplimiento a los deberes de realizar la Consulta de forma previa, libre, informada, mediante los procedimientos y a través de los representantes adecuados, y actuando siempre de buena fe.

Finalmente, agricultores no indígenas del valle de Huasco impugnan la resolución de calificación ambiental. En primer lugar, cuestionan el emplazamiento del tranque de relaves, cuya ubicación habría sido definida meramente por intereses económicos, y sin considerar responsablemente las implicancias ambientales que tendría situarlo en una quebrada, alterando la cuenca del río Huasco. Enseguida, argumentan que las observaciones presentadas por ellos en el procedimiento de participación ciudadana no habrían sido debidamente ponderadas durante la evaluación ambiental del proyecto, precisamente en relación con la ubicación del tranque, debido al confinamiento de aguas con desechos tóxicos y al riesgo de infiltraciones que afectarían al valle del Huasco. La falta de fundamentación de la resolución de calificación quedaría demostrada, además, porque el titular no se hizo cargo de las observaciones presentadas por los organismos sectoriales competentes, principalmente en cuanto a la falta de información e incumplimiento de la legislación ambiental aplicable.

En atención a esta última acción de protección, la recurrida reconoce que quienes presentan observaciones en el proceso de participación ciudadana están legitimados para impugnar la RCA si consideran que durante la evaluación no se han ponderado y respondido suficientemente las observaciones presentadas. Sin embargo, el recurso de protección no sería

la vía idónea para impugnar dicho acto administrativo, considerando la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 y la competencia especial en la materia de los Tribunales Ambientales. Por otra parte, el SEA está obligado a ponderar las observaciones de los participantes, pero no a evaluar las respuestas emitidas por el titular del proyecto en evaluación, y en el caso de los recurrentes, se dio cumplimiento al mandato legal de ponderar debidamente las observaciones, agotándose en dicho actuar el deber legal respecto de la participación ciudadana.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

En relación con el recurso interpuesto por las personas y comunidades indígenas habitantes de Alto del Carmen, la Corte estima que el recurso se presentó de manera extemporánea, toda vez que no reclamaron en contra de la RCA primitiva, y que la Adenda N° 5 no modificó sustantivamente la descripción del Proyecto, ni la evaluación de los impactos ambientales asociados, en relación a las comunidades de localidades vinculadas al área de influencia, por lo que habría sido esa la oportunidad procesal para impugnar la resolución de calificación ambiental. Además, los recurrentes no cuentan con legitimidad activa, debido a que no se ubican dentro del área que intervendrá la ejecución del proyecto. En cuanto al fondo de la acción, la Corte determinó que los recurrentes no demostraron la existencia de una afectación directa, en términos del Convenio N° 169, por lo que tampoco procedía respecto de ellos la aplicación de la Consulta Indígena. La Corte sostiene que, durante los cuatro años que tomó la evaluación del proyecto, los recurrentes no lograron probar que cuentan con derechos sobre los territorios sobre los que se emplazará el mismo, y tampoco demostraron que el proyecto pudiera alterar los recursos hídricos o la calidad del aire, o afectar su patrimonio cultural y religioso.(C.13) Por todo lo anterior, la Corte **desestima** el recurso de protección interpuesto en todas sus partes respecto de dichos recurrentes.

Respecto de la acción impetrada por la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos, la Corte se refiere a una actitud dilatoria e impositiva, para luego sostener que el procedimiento de consulta indígena se desarrolló dando cumplimiento a los estándares del Convenio N° 169. En particular, destaca que el requisito de ejecutar la consulta “de buena fe”, es también aplicable a la actitud de las personas y comunidades consultadas, y que el reglamento para

aplicación de la consulta indígena en Chile no sólo reconoce derechos a las personas indígenas, sino que también les impone obligaciones en torno a la consecución de un resultado. Así, el órgano de la administración del Estado llamado a aplicar el procedimiento de consulta indígena realizó los esfuerzos razonables para dar cumplimiento a las exigencias del Convenio N° 169, y al no haber actuación arbitraria ni ilegal que sancionar, se **rechaza** la acción de protección respecto de la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos.

Finalmente, y en relación con los agricultores no indígenas recurrentes, la Corte estima que sus alegaciones pretenden defender derechos supuestamente vulnerados de diversas personas que no son parte en autos, y no habiéndose interpuesto la acción como acción de protección popular, no es posible sostener que los recurrentes posean legitimidad activa para impugnar la Resolución de Calificación Ambiental en los términos planteados. Además, la Corte hace referencia a los mismos argumentos dichos anteriormente para considerar que la acción ha sido interpuesta extemporáneamente. En cuanto al fondo de la acción, la Corte estima que ésta no es la vía idónea para proteger los derechos que se alegan vulnerados, como es la garantía de igualdad ante la ley. Esto, debido a que los mismos recurrentes interpusieron un recurso de reclamación ante el Servicio de Evaluación Ambiental en idénticos términos, pretendiendo el reconocimiento de un derecho que escapa a la naturaleza cautelar de la acción de protección, por lo que no se entiende que los actores recurran por dos vías diversas con un objetivo a su vez diverso – reconocimiento versus resguardo de un derecho – con iguales fundamentos. Además, considera que no se cumplen los requisitos para el ejercicio de la acción de protección, que corresponden a un derecho indubitado y reconocido constitucionalmente, y un acto de la autoridad fehaciente que cause vulneración a dicha garantía constitucionalmente. Todo lo anterior no obsta a que, en el periodo de ejecución del proyecto, el titular estará sujeto siempre al cumplimiento de las condiciones impuestas por la autoridad ambiental, por lo que la RCA será revocable si no se cumple con los parámetros que resguardan el medio ambiente, y que en ella se determinan. Así, la Corte **desestima** el recurso de protección interpuesto por los agricultores no indígenas.

Corte Suprema

Conociendo de la apelación de la sentencia, interpuesta por las personas y comunidades indígenas recurrentes y por la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos, la Corte Suprema se pronuncia, en primer término, reconociendo la competencia especial que tienen los recientemente creados Tribunales Ambientales para conocer de todo asunto contencioso administrativo en materia ambiental, suscitado en relación con el sistema de evaluación de impacto ambiental regulado en la Ley N° 19.300.

Posteriormente, y analizando si existen ilegalidades que requieran del resguardo de los derechos de los recurrentes de manera rápida, finalidad propia de la acción de protección, la Corte Suprema analiza el actuar de CONADI durante el proceso de evaluación ambiental. Así, da cuenta de que dicho organismo sectorial sostuvo una posición tendiente a hacer partícipes a todas las personas y comunidades indígenas que pudieran verse afectadas directamente por el proyecto, pero al momento de visar la Adenda N° 5, que corresponde al trámite ordenado por la primera sentencia que invalidó la RCA original del proyecto, CONADI no hizo mayores observaciones, atendiendo a que no se consideró a otras comunidades indígenas fuera de la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos. CONADI tenía el deber de informar la presencia de otras comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas, teniendo en consideración que los diaguitas son un pueblo trashumante que aprovecha distintos componentes ambientales sin límites geográficos determinados, lo que amplía a los posibles afectados, y aun así, no informó sobre los recurrentes y su intención de participar en el procedimiento de consulta indígena.

Respecto de la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos, la Corte Suprema considera que los fundamentos esgrimidos para dar término al procedimiento de consulta indígena ejecutado respecto de ella no son suficientes para justificar el término del mismo. CONADI, a través de sus informes, no realiza observaciones fundadas que permitan esclarecer las actuaciones del SEA o de la comunidad misma durante dicho procedimiento de consulta, y si se dio o no cumplimiento por ambos actores a los deberes que establece el Convenio N° 169 de la OIT. Así, la evidente falta de fundamento en los informes de CONADI que visan sin observaciones el Informe Consolidado de Evaluación, en que se plasma el fracaso del procedimiento de consulta indígena, deviene en que la opinión favorable otorgada al proyecto

adolesca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria. Atendiendo a que todos estos actos trámite son base del acto jurídico terminal que es la Resolución de Calificación Ambiental, la falta de fundamento de aquellos vuelve viciada la Resolución misma, y le comunican su carácter de ilegal y arbitraria. Esto constituye, por tanto, una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política.

La Corte Suprema **revoca** la sentencia emitida por la Corte de Copiapó, y **acoge** las acciones interpuestas tanto por las personas y comunidades indígenas como por la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos, ordena dejar sin efecto los informes favorables de CONADI respecto de la Adenda N° 5 y el Informe Consolidado de Evaluación, así como la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, y mandata emitir nuevos pronunciamientos a dicho organismo sectorial, que sirvan de base, a su vez, para que posteriormente se dicte una nueva Resolución de Calificación Ambiental. La sentencia fue acordada con los votos en contra de los Ministros Ballesteros y Egnem, quienes consideraron que las vulneraciones constatadas no revisten la urgencia de cautela propia de la acción de protección.

1.15. Caso Manganeso Los Pumas.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Arica y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción

Recurso de Protección.

Rol

Rol N° 182-2013 en CA y Rol N° 17120-2013 en CS.

Partes

Recurrente: Orlando Severo Vargas Pizarro

Recurridos: Servicio de Evaluación Ambiental e Intendencia de la Región de Arica y Parinacota.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 1, 2, 6,8 y 24; Ley 19.253, Artículo 11; Ley 19.253, Artículo 64; DS 95/2001, Artículo 8, letra a) hasta letra d); Convenio 169 de la OIT.

Descripción de los hechos

El diputado Orlando Vargas interpuso recurso de protección en contra del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Intendencia de la región de Arica y Parinacota, en virtud de la dictación de la Resolución N° 50/2013, que califica favorablemente el proyecto Manganeso Los Pumas, de la empresa Minera Hemisferio Sur S.C.M. Paralelamente, y acumulándose de forma posterior, recurrieron de protección la Junta de Vigilancia del río Lluta, el Consejo Autónomo Aymara, el Comité de Agua Potable Rural de Putre, la Ilustre Municipalidad de Putre, diversas comunidades indígenas aymara y personas indígenas aymara.

Descripción del derecho.

Se impugna la Resolución de Calificación Ambiental referida, en razón de haber sido dictada omitiendo algunos de los permisos sectoriales que la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) exige durante la evaluación de los proyectos, y especialmente por haber omitido la realización de un procedimiento de consulta indígena (en adelante también, PCI). La aplicación del PCI, en este caso, sería plenamente procedente, por cuanto se afectan sistemas de vidas y costumbres ancestrales de personas indígenas aymara, protegidas por el Convenio N° 169 de la OIT, aprobado y ratificado por Chile. El proyecto produciría, además una afectación al ecosistema al que pertenece el Parque Nacional Lauca al extraer recursos hídricos de la quebrada Tarapacá, fuente de la cual las personas indígenas dependen para su actividad agrícola, ganadera, consumo y la que tiene, además, un valor cultural religioso para el pueblo aymara. Si bien indican que la empresa considera que se cumplió con el estándar de aplicación del PCI, por haber realizado reuniones informativas y talleres de capacitación, los recurrentes estiman que dichas acciones intentan dar cumplimiento netamente a lo dispuesto en la Ley N° 19.300, pero que no se adecúan al estándar establecido por el Convenio N° 169 de la OIT. Lo anterior, se hace evidente al observar los pronunciamientos de la Ilustre de Municipalidad de Putre y CONADI respecto del procedimiento de evaluación ambiental, debido a que ambos organismos representaron la irregularidad en el procedimiento, y aun así éste no fue debidamente subsanado. Además, se indica que las obras de mejoramiento y pavimentación se localizarían en el Parque Nacional Lauca, lo que exige conforme al Código de Minería y a las normas del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contar con un permiso especial que no fue exigido a la empresa por la autoridad ambiental, lo que constituye una omisión evidente al momento de calificar favorablemente el proyecto.

Los recurridos solicitan el rechazo de la acción, primeramente porque los recurrentes en sus argumentos refutan aspectos técnicos de la evaluación ambiental del proyecto, que no es pertinente discutir por vía de la acción de protección. Junto con ello, estiman que la falta de certeza sobre la producción de efectos adversos para los recurrentes, derivados de la operación del proyecto minero, es justamente un motivo para desestimar la acción, debido a que no hay una afectación real al momento de interponerla. En los aspectos formales, además, sostienen que es improcedente que la Corte conozca el asunto por vía de la acción de protección,

considerando la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, órganos jurisdiccionales con competencia especial para conocer de la impugnación a la Resolución de Calificación Ambiental.

En cuanto a la infracción a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, los recurridos consideran que no se ha determinado de forma clara en qué medida se verían los recurridos afectados por la ejecución del proyecto minero. Sostienen también que el concepto de afectación directa al que se refiere el Convenio N° 169 es perfectamente asimilable al concepto de impacto ambiental, contenido en la Ley N° 19.300 y su reglamento, y que el Convenio, al no ser una norma de carácter ambiental, no es aplicable dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental, por lo que la calificación ambiental no adolece de vicios al no haber considerado una consulta indígena. En cuanto a los pronunciamientos de la CONADI, los recurridos estiman que, dado que dicho organismo no cuenta con permisos ambientales que deban gestionarse dentro de la evaluación ambiental del proyecto, su intervención debe limitarse a pronunciarse sobre las medidas de mitigación, reparación y compensación comprometidas.

En relación con el proceso de participación ciudadana, los recurridos consideran que las observaciones presentadas deben ser consideradas por el Servicio de Evaluación Ambiental durante la etapa de evaluación, pero que no son vinculantes para la Comisión de Evaluación, y en último caso, cumplieron con el deber de considerarlos como participantes al notificarles debidamente la Resolución de Calificación Ambiental. En cuanto a la forma en que las personas indígenas participaron del proceso de participación ciudadana que contempla la Ley N° 19.300, señalan que se maximizaron los escasos recursos disponibles, dando acceso a información, talleres, capacitaciones y otros, incluso con traducción al aymara, de manera que todas las personas, indígenas o no, pudieran ser parte de procedimiento de evaluación, sin discriminación alguna, y actuando siempre de buena fe.

Decisión del caso

Corte de Apelaciones

En cuanto a la idoneidad del recurso de protección para impugnar la Resolución de Calificación Ambiental, la Corte de Apelaciones de Arica considera que existen antecedentes

suficientes para que proceda el conocimiento del mismo, y que, a mayor abundamiento, el artículo 20 de la Constitución Política admite la interposición del recurso, sin perjuicio de otros derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad competente.

En cuanto al permiso ambiental sectorial que otorga el Servicio Nacional de Geología y Minería, para la construcción del tranque de relaves que requiere el proyecto minero, la Corte observa que se otorgó basado en una norma que se encontraba derogada a la fecha de la evaluación ambiental, vicio que afecta todo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, y en consecuencia, afecta la validez de la Resolución de Calificación Ambiental. La norma derogada, y a la luz de la que se otorgó el permiso ambiental en comento, establece requisitos menos exigentes, y dejando en una posición vulnerable los derechos a la vida, integridad física y psíquica de los recurrentes, en comparación a lo que sucedería si el permiso se hubiera otorgado atendiendo a los requerimientos de la nueva normativa. Asimismo, y en virtud de la vulneración que se produce en la protección de la flora y fauna del ecosistema a intervenir, se afecta el derecho de propiedad de los recurrentes, debido a que la contaminación afectará la actividad productiva de las comunidades.

En cuanto a la identificación del impacto sobre la biodiversidad, la Corte considera que no se caracterizó suficientemente la línea de base del proyecto, lo que significa un riesgo para las especies protegidas que se verán disminuidas con el ensanchamiento del camino que utilizará el titular para el transporte del mineral, residuos, entre otras sustancias.

Respecto de la aplicación de la Consulta Indígena, la Corte recoge lo manifestado por CONADI en diversos informes, donde se evidencia la existencia de una afectación directa sobre las personas protegidas por la normativa indígena, que hacen imprescindible la aplicación de un Procedimiento de Consulta Indígena. Ello, debido a que el proyecto incidirá directamente en el uso de las aguas de la quebrada Tarapacá, de la que muchas comunidades indígenas son tributarias, y a que el titular propone, dentro de las medidas de mitigación, reparación y compensación, la creación de una fundación para el desarrollo del pueblo de Putre, que evidentemente tendrá efectos en la forma de organización y procesos de toma de decisiones en la población mayoritariamente indígena que habita en la comuna indicada. CONADI manifiesta, además, que la afectación no se limita a un aspecto productivo, sino que

atenta contra la cosmovisión indígena y al valor espiritual que éstos asignan al recurso hídrico, por lo que la extracción de agua para la actividad minera constituye una alteración al sistema de vida y costumbres de grupos aymara, que hace imprescindible la aplicación de una Consulta Indígena.

Atendiendo a que se cumple con los supuestos en que debe aplicarse la Consulta Indígena, conforme a las disposiciones de la Ley N° 19.253 y el Convenio N° 169, la Corte considera que la Resolución de Calificación Ambiental, sin mediar Consulta Indígena en la etapa de evaluación del proyecto, constituye una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. No obsta a lo anterior el hecho que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no contemple permisos ambientales sectoriales otorgados por CONADI, como lo indicaron los recurridos, ya que si bien ello es cierto, existe un deber de consultar al organismo atendiendo a su competencia especial en materias indígenas, para que se tomen durante la evaluación las medidas que sean necesarias para cumplir con imperativos legales externos a la Ley N° 19.300, y no por ello menos obligatorios para los titulares de los proyectos.

En cuanto a la vulneración del derecho a la libertad de culto, consagrada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política, y entendiendo que el agua tiene un valor estrechamente relacionado con su cosmovisión, la Corte considera que cualquier intervención en la quebrada de Tarapacá constituye una infracción a dicha garantía fundamental. Por todo lo anterior, se **acogen** los recursos de protección.

Corte Suprema

La Corte Suprema, conociendo de apelación, estima que la nueva institucionalidad ambiental es la sede competente para conocer de la invalidación de Resoluciones de Calificación Ambiental, como en el caso de autos. En concreto, establece que los recurrentes ya han impugnado la Resolución en sede administrativa, mediante la reclamación ante la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, por lo que, habiéndose ejercido una vía de impugnación, se pierde el sentido de la acción de protección. Destaca además, que la Corte Suprema considera que para el caso del recurso de protección por vulneración al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, el examen de la acción que atenta contra el

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación excluye el elemento de la arbitrariedad, por lo que la Corte debe limitarse a analizar la legalidad de la actuación que genera la vulneración.

Finalmente, considera que en el caso de autos, no se ha explicado suficientemente la forma en que la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental atenta contra sus derechos a la vida, la libertad de culto, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de propiedad. Por todo lo anterior, **revoca** la sentencia apelada y **rechaza** los recursos de protección.

1.16. Caso Central de Pasada Huenteleufú.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción

Recursos de Protección.

Rol

Rol N° 1944-2013 en CA y Rol N° 10945-2013 en CS.

Partes

Recurrente: María Quechuyao Vásquez

Recurrido: Comisión Evaluación Ambiental de la región de Los Ríos

Legislación Aplicable

Constitución Política de la República, Artículo 19 N° 2,8, 21 y 24; Ley 19.300, artículo 11 letras a), c), d), e) y f), artículo 30 bis; DS 95/2001; Convenio 169 de la OIT, artículo 6 y 15.1.

Descripción de los hechos

Un grupo de hermanos mapuche recurre de protección en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Los Ríos regional, por la dictación de las Resoluciones Exentas N° 781 y 057, ambas de 2013. La Primera, por declarar inadmisibles los recursos de reclamación en contra de la segunda, la que calificó ambientalmente de manera favorable el proyecto “Mini central de Pasada Huenteleufú”.

Descripción del derecho.

Los recurrentes consideran que debido al proyecto, el caudal del río Huenteleufú disminuirá drásticamente, lo que les afecta debido a que tienen la intención de emprender un negocio de

ecoturismo en el río. Alegan que con la aprobación del proyecto y la posterior inadmisibilidad de un recurso de reclamación en contra de la Resolución de Calificación Ambiental respectiva, se producen vulneraciones a los numerales 2, 8, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución. La garantía de igualdad ante la ley sería inobservada, debido a que no se realizó un Procedimiento de Consulta Indígena, en los términos que lo exige el Convenio N° 169 de la OIT, el que era procedente, debido a que se verían afectadas las condiciones de vida de personas indígenas. La vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, viene dada porque no se les permitió a los recurrentes participar en el procedimiento de evaluación ambiental. Finalmente, se atenta contra el derecho de los recurrentes a desarrollar libremente actividades económicas y su derecho de propiedad, debido a que la central pone en riesgo el proyecto de ecoturismo que pretenden implementar, en un terreno del que son propietarios en conjunto en la ribera del río Huenteleufú.

Los recurridos, por su parte, solicitan que se rechace el recurso de protección impetrado, primeramente porque adolece de vicios formales, como son la extemporaneidad del recurso y la incompetencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia para conocer de él, atendiendo a que la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental tiene domicilio en Santiago. En cuanto al fondo del recurso, consideran que debe ser desestimado porque, contrario a lo planteado por los recurrentes, el proyecto afectará en un nivel mínimo el caudal del río, captando un caudal inferior incluso al caudal ecológico, y previendo medidas para el caso de variaciones en el caudal en la temporada estival. Además, sostienen que durante la evaluación del proyecto se descartó la generación de aquellos impactos referidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, y que se desarrolló un procedimiento de participación ciudadana, sin embargo las comunidades indígenas se restaron de participar en ésta, aduciendo disconformidades con los estándares del Convenio N° 169 de la OIT. Agregan también que la evaluación ambiental requiere de un procedimiento de conocimiento lato, por lo que el recurso de protección es inidóneo para impugnarlo, tanto por competencias técnicas como por ser un procedimiento cautelar. Finalmente, aducen que los recurrentes no acreditaron afectación directa, en los términos del Convenio N° 169, y que el inmueble propiedad de los recurrentes se encuentra fuera del área de influencia del proyecto.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

Si bien la Corte de Apelaciones de Valdivia se considera competente para conocer del recurso, tanto en razón de haberse interpuesto dentro de plazo como porque las resoluciones recurridas producen sus efectos dentro del territorio de su competencia, reconoce la inidoneidad del mismo para modificar lo resuelto, lo que debe ser realizarse en el marco del procedimiento administrativo regulado al efecto, como es el procedimiento de evaluación ambiental.

Reconoce además, que la factibilidad de aplicar la consulta indígena establecida en el Convenio N° 169 es un asunto que si puede discutirse en el marco del recurso de protección (C.7.)³⁶⁷ Sin embargo, interpretando armónicamente las disposiciones relativas a la afectación producida por los proyectos de inversión sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental, se puede sostener que en la especie se aboga por intereses que, si bien atañen a personas indígenas, no dicen relación con sus características culturales, con su modo de sustento ni con su identidad indígena, por lo que no es procedente alegar la aplicación de la consulta para el caso concreto³⁶⁸.

Por otra parte, se desarrolló dentro del procedimiento de evaluación ambiental, un proceso de participación ciudadana que cumplió con las exigencias legales. (C.12)

Por los razonamientos anteriores la Corte de Apelaciones de Valdivia considera que no ha habido vulneración o amenaza a las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes y **rechaza** el recurso de protección interpuesto.

³⁶⁷Tal razonamiento la Corte lo esgrime en consideración a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia de rol 309-2000, en el cual estipula que el artículo 6 del Convenio 169 es una norma autoejecutable.

³⁶⁸Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 18 de octubre de 2013, Rol N° 1944-2013. Considerando undécimo: Que dicha alegación -que no se encuentra fundada mediante antecedentes probatorios en el proceso- no configura un impacto ambiental en los términos del artículo 11 a), b), c) o e) de la ley 19.300 y, desde otro punto de vista, no se refiere a una característica propiamente indígena, ya que sin perjuicio de su etnia, las pretensiones que ha hecho valer en estos autos no dicen relación con la cultura o modo de sustento indígena, en un modo que el resto de la sociedad no pueda percibir, ya que la instalación de un proyecto ecoturístico no implica de por sí una identidad exclusiva o primariamente indígena, que hiciere procedente la consulta.

Corte Suprema

La Corte Suprema, por su parte, confirma sin nuevas consideraciones la sentencia apelada.

1.17. Caso Neltume.

Órganos Competentes.

Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección.

Rol.

N° 1091-2014 en CA y N° 6303-2015 en CS

Partes.

Recurrente: Comunidad Indígena Ñadi- Newen y otros.

Recurrido: Primer y Segundo Juzgado Civil de Osorno y el Estado de Chile.

Legislación Aplicable.

Constitución Política de la República, Artículo 19 N° 1,3, 4, 5, 6, 8 y 24; Convenio 169 de la OIT, artículos 1, 6, 7, 8, 12, 13, 14 y 15; Código de Minería.

Descripción de los hechos.

Los recurrentes tomaron conocimiento el 22 de diciembre del año 2014 que en los tribunales recurridos se han llevado adelante procedimientos judiciales, que ya cuentan con sentencias firmes y ejecutoriadas, en los cuales se han otorgado concesiones mineras en territorios indígenas.

Descripción de derecho.

Los recurrentes esgrimen que la ejecución de las concesiones sobre su territorio les produce un enorme daño ambiental, afectándose principalmente su derecho a la vida y a la integridad física y síquica, ya que los territorios que han utilizado de manera ancestral será

atravesada por maquinaria pesada, contaminando su entorno y alterando los cursos naturales de sus fuentes de agua para trabajar en los hitos mineros.

Así mismo, esgrimen que las concesiones mineras afectarán sitios ceremoniales, transgrediendo la garantía contenida en el artículo 19 N° 6 de la Constitución; además consideran que se transgrede el artículo 19 N°8 por afectar el derecho de las comunidades indígenas en vivir en un medio ambiente libre de contaminación; y finalmente, el artículo 19 N°24 de la Constitución porque las resoluciones dictadas por los tribunales permiten el ingreso a territorio indígena.

De la misma forma, los recurrentes alegan que los tribunales recurridos actuaron de manera ilegal, ya que las resoluciones fueron dictadas sin llevar a cabo el proceso de consulta regulado en el Convenio 169.

A su vez, los tribunales recurridos informan que sólo 7 de las 16 sentencias informadas tienen el carácter de firmes y ejecutoriadas, las restantes correspondían a concesiones mineras o no se encontraban con sentencia definitiva. Además, esgrimen que en ninguna causa las comunidades indígenas recurrentes se hicieron parte o existieron informes que dieran cuenta que los pedimentos mineros recaían sobre territorios indígenas.

Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado, por el recurrido “Estado de Chile”, esgrime que el Convenio 169 dispone en su artículo 6° que el proceso de consulta a los pueblos indígenas se establece ante medidas “administrativas o legislativas” que los afectan. En ningún caso el Convenio 169 impone la obligación de realizar una consulta a las comunidades indígenas en caso de resoluciones del poder judicial. Profundiza el Consejo que no se puede homologar dos instituciones distintas como es la Ley y Sentencia, confundiendo el recurrente el sistema global de legalidad con el fundamento de la jurisdicción, siendo ésta el proceso concluyente de la producción jurídica. Luego, el mismo Reglamento de la Consulta, el Decreto Supremo N° 66, no contempla como medidas a consultar las resoluciones judiciales, toda vez que éstas importan una interpretación del Convenio.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones recoge el argumento del Consejo de Defensa del Estado, agregando 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” (C.5). Agrega, que si se hubiese querido incluir las decisiones de los Tribunales de Justicia como actos a consultar se hubiese consignado expresamente.

Por lo anterior, es que la Corte rechaza el recurso toda vez que los jueces no incurrieron en un acto u omisión que merezca el reproche de ser calificado de arbitrario e ilegal, agregando finalmente, que el recurso de protección no era la vía idónea para discutir sobre la validez o nulidad de sentencias definitivas que otorgan concesiones mineras, teniendo éstas sus propios mecanismos de impugnación.

Corte Suprema

La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada sin dar mayor mención que a los argumentos consignados en la Corte de Apelaciones.

1.18. Caso medialuna Padre Las Casas.

Órganos Competentes

Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema (3° Sala)

Tipo de Acción.

Recurso de Protección

Rol

Rol N° 4283-2015 en CA y Rol N° 36728-2015 en CS.

Partes

Recurrente: Comunidad Indígena Entuco

Recurrido: Ilustre Municipalidad de Padre Las Casas

Legislación Aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19 N°6; Ley 19.253, artículos 12 y 13; D.S. 66; Convenio 169 de la OIT, artículo 6.

Descripción de los hechos

Mediante acuerdo del Concejo Municipal de fecha 18 de agosto de 2015, y posterior Decreto Alcaldicio N° 2852, de fecha 03 de septiembre de 2015, la Ilustre Municipalidad de Padre Las Casas autorizó la entrega en comodato al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas, de un terreno colindante a la Comunidad Indígena mapuche Entuco, para la construcción de una medialuna.

Descripción del derecho

La comunidad indígena sostiene, en recurso de protección presentado ante la Corte de Apelaciones de Temuco, que la entrega en comodato del inmueble colindante al terreno de su propiedad corresponde a un acto administrativo que debió someterse a Consulta Indígena, conforme a las exigencias del Convenio N° 169 de la OIT, debido a que la medida es susceptible de afectar directamente a la Comunidad.

La Comunidad sostiene, además, que el terreno entregado al Club de Rodeo fue adquirido por la Municipalidad de manos de persona indígena, y conforme al artículo 13 la Ley N° 19.253, las tierras indígenas no pueden enajenarse sino a otras personas o comunidades indígenas. Por tanto, la adquisición por la Municipalidad adolece de objeto ilícito.

La falta de aplicación de la Consulta Indígena previa a la adopción de la medida administrativa, constituye una violación a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, puesto que implica un desconocimiento de la protección especial a la que la ley somete a las personas indígenas, según lo dispuesto en la Ley N° 19.253.

La corte solicitó informe tanto a la Dirección Nacional como a la Subdirección de CONADI, y a la Municipalidad de Padre Las Casas. La Dirección Nacional de CONADI sostuvo que la consulta indígena es facultativa para las Municipalidades, porque no se encuentran entre los órganos de la administración del Estado que están obligados por el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena a aplicarla, en caso de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. CONADI manifiesta, además, que si bien se le encomienda al organismo la asistencia a aquellos órganos de la administración del Estado para implementar procedimientos de consulta indígena, no corresponde a CONADI determinar ni su procedencia ni la forma en que deba implementarse. Por último, hace presente que el terreno adquirido por la Municipalidad de Padre Las Casas y posteriormente entregado en comodato al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas, no cumplía previamente con el requisito de estar en posesión de personas indígenas, y por tanto, no habría ilicitud en la enajenación. Esto último es apoyado por el informe de la Subdirección de CONADI, que agrega que el dueño anterior no era persona indígena, y que el terreno mismo tampoco se encontraba registrado como Tierra Indígena.

La Municipalidad de Padre Las Casas, en su informe, rebate la ilegalidad y arbitrariedad que se acusa en la adopción de la medida administrativa municipal, porque se habría dictado conforme a un procedimiento reglado por la Ley. En el mismo sentido anterior,

reitera que la consulta indígena es meramente facultativa para las Municipalidades, por lo que la no aplicación en el caso en análisis corresponde al ejercicio de la facultad que el Reglamento del Procedimiento de Consulta Indígena le reconoce.

Decisión del caso.

Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones de Temuco, en su sentencia, considera que “la Municipalidad recurrida no ha realizado el proceso de consulta indígena en los términos exigidos en las normas precedentemente indicadas, por lo que se ha vulnerado, en este caso, la garantía constitucional de igualdad ante la ley, privando a la recurrida del derecho de que éstas puedan influir en la gestación y forma del desarrollo del acuerdo que pretende adoptar el Concejo Municipal de Padre Las Casas, teniendo en especial consideración la necesidad de protección de los derechos de estos pueblos indígenas y su integridad” (C. 7). **Acoge**, por tanto, el recurso de protección incoado, ordenando a la Municipalidad recurrida realizar un procedimiento de consulta indígena, en el evento de perseverar en la intención de aprobar por Concejo Municipal la entrega en comodato del terreno disputado al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas.

Corte Suprema

La Municipalidad de Padre Las Casas apeló a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco. Conociendo de dicha apelación, la Corte Suprema considera que lo relevante es determinar “si el emplazamiento de una media luna en un predio vecino a una comunidad indígena, y sobre el cual ésta reclama derechos que sin embargo no parecen estar amparados por la legislación vigente, constituye o no una medida que afecte directamente a dicha comunidad” (C.3). Responde a lo anterior sosteniendo que las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas son aquellas que causan directamente un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, y afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. Los factores determinantes de dicha definición son culturales, de manera que no es necesario que se produzca una afectación

material, económica o perjuicio de derechos jurídicamente definidos que una medida afecte directamente a los pueblos indígenas, para entender que existe afectación directa.

Aclarado el concepto, pasa a reconocer que el rodeo corresponde a una manifestación cultural de costumbres que no son propias del pueblo mapuche.³⁶⁹ Si bien no hay motivo para impedir dicha manifestación cultural, es necesario atender a lo dispuesto en el Convenio N° 169, en el sentido de alcanzar acuerdos entre las comunidades involucradas, y que éstos sean consentidos por los pueblos indígenas. Si bien el terreno en cuestión es relativamente pequeño y colinda con el predio de la comunidad indígena mapuche de Entuco, esto no obsta a que la medida efectivamente constituya una afectación directa que impacta significativamente las costumbres y tradiciones indígenas ancestrales, especialmente considerando que se trata de la promoción de la manifestación de una tradición cultural históricamente antagónica al pueblo mapuche.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema **confirma** la sentencia apelada, manteniendo la medida ordenada por la Corte de Apelaciones de Temuco. Un voto de minoría, sin embargo, sostuvo que la sola colindancia de los predios no es suficiente fundamento para entender que hay afectación directa, si no se explicita en qué forma se produce el impacto.

³⁶⁹Corte Suprema, Sentencia del 04 de abril de 2016, Rol 36728-2015. Considerando Sexto: Que el emplazamiento de la media luna tiene por objeto la difusión de costumbres y la realización de un rodeo anual. Éstas no son costumbres indígenas. Esto no significa que ellas no puedan manifestarse, pero una finalidad del Convenio No. 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.

2. Análisis jurisprudencial

2.1. Introducción.

Para realizar un análisis jurisprudencial de las sentencias recopiladas, es necesario situar el hito temporal de especial relevancia para hacer un correcto estudio de nuestra jurisprudencia. La entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en nuestro país fue el día 15 de septiembre del año 2009. A partir de esa fecha, si bien aún no existe una vasta jurisprudencia que verse sobre la aplicación de este instrumento internacional, es interesante de analizar en virtud de las materias que se convoca en torno a su aplicación, ya sea ambiental, penal, religioso, cultural y forestal.

En general, las sentencias revisadas en su gran mayoría involucran como temática preponderante las evaluaciones ambientales de los proyectos de inversión y la transgresión al derecho de consulta indígena. En ese sentido, no ha habido una concordancia en la interpretación y alcance del Convenio 169 entre los fallos de la Corte Suprema y los tribunales ad quo, revocando en algunos casos las sentencias de primera instancia.

En un análisis más detallado, la Corte Suprema ha estimado vulneradas distintas garantías constitucionales, incluso frente a hechos de igual naturaleza y significación. Por ello, para realizar un alcance amplio de la evaluación de vulneración de garantías constitucionales por parte de nuestros Tribunales Superiores, en especial nuestra Corte Suprema, es que nos centraremos en realizar un análisis situado en dos perspectivas (i) desde las garantías que se han entendido vulneradas por nuestras Cortes, estableciendo cinco categorías: a) Artículo 19 N°1 “Derecho a la vida”; b) Artículo 19 N°2 “Igualdad ante la Ley”; c) Artículo 19 N° 6 “Libertad de culto”; d) Artículo 19 N°8 “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y e) Artículo 19 N° 24 “Derecho de Propiedad”;³⁷⁰ y (ii) desde el mecanismo de interpretación de los procesos de consulta indígena a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

³⁷⁰La presente modalidad de análisis fue recogida de INSUNZA, Ximena. “Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales”. En Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental N°4- Diciembre 2012.

2.2. Análisis de las garantías constitucionales entendidas vulneradas por nuestra jurisprudencia nacional.

2.2.1. Artículo 19 N° 1: Derecho a la vida.

Respecto a esta garantía, sólo un fallo de los recopilados acoge un recurso de protección por vulneración a este derecho, el fallado por la Corte de Apelaciones de Concepción en “Presidente Comunidad Indígena Chilcoco y otros contra I. Municipalidad de Arauco y Concejo Municipal”, conocido también como el caso “Cerro Colo Colo”.

Este caso en particular reviste especial importancia toda vez que la Corte de Apelaciones resalta expresamente la fuente normativa del proceso de consulta, el Convenio 169 en su considerando séptimo de la sentencia:

“Que el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue ratificado por Chile el año 2008 y se encuentra vigente como ley de la República. En su artículo 13 dispone que al aplicar sus disposiciones los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera. El artículo 6 del mismo Convenio exige a los gobiernos, al aplicar sus disposiciones, consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” (el destacado es nuestro)

Por tanto, la Corte estima que el reproche jurídico viene en no realizar un proceso de consulta a la comunidad afectada a pesar de la certeza de la importancia del lugar para su cultura y tradiciones. Dicha afectación, la Corte estima que transgrede los artículos 6 y 13 del Convenio 169 de la OIT, y orienta dicha transgresión hacia la vulneración de la garantía del artículo 19 N°1, tal como deja registro en su artículo duodécimo:

“Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda

que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República.”

En definitiva, el caso “Cerro Colo Colo” es interesante de analizar en virtud de que entiende que la cultura y la vinculación de las comunidades indígenas con su territorio tiene una perspectiva vital para su subsistencia, y que la transgresión de dichos derechos vulnera su derecho a la vida.

2.2.2. Artículo 19 N° 2: Igualdad ante la ley.

En relación a esta garantía constitucional analizaremos en primer término el fallo de la Corte Suprema del caso del “Plan Regulador de la comuna de San Pedro de Atacama”. En relación al razonamiento de la sentencia de la Corte Suprema se entregan algunas directrices que configuran la vulneración a la garantía de “la igualdad ante la ley” que se consagra en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Primero, la Corte en su considerando sexto destaca que el mismo instrumento de planificación territorial consigna que uno de sus aspectos relevantes es “la necesidad de conservar los modos de vida existentes”³⁷¹ Luego, como explica el fallo, si bien el objetivo primordial era la preservación de la cultura indígena allí existente y el desarrollo sustentable del territorio, no se realizó el proceso de consulta dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT.³⁷²

De dicha manera, la Corte Suprema sienta un precedente importante respecto al correcto procedimiento de realización de un proceso de consulta que se adecúe a lo dispuesto por la normativa internacional, al determinar que “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación,

³⁷¹Corte Suprema. Rol 258-2011. Considerando 6°.

³⁷²Ibíd. Considerando 7°.

en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”³⁷³

En consecuencia, la Corte considera que al no haberse efectuado el proceso de Consulta bajo los estándares que mandata el Convenio 169 de la OIT, derivó en una falta de autoridad administrativa, ya que al omitirse un imperativo legal que resguarda los derechos de las comunidades indígenas afectadas, se les niega la igualdad ante la ley, ya que la omisión implica no igualar para efectos de resolver.

Bajo la misma lógica opera nuestra Corte Suprema en el fallo del Caso “Parque Eólico Chiloé”, en la cual afirma nuevamente que “el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”³⁷⁴, por lo que en definitiva la RCA que aprueba el proyecto carece de legalidad al omitirse un trámite esencial en la dictación del acto administrativo.

Finalmente, en el fallo del caso “Medialuna Padre Las Casas”, la Corte de Apelaciones de Temuco entendió vulnerado la garantía de igualdad ante la ley de la Comunidad Indígena Entuco al resolverse por parte del Concejo Municipal la realización de una medialuna de rodeo sin la realización de una consulta indígena, transgredía el derecho de la comunidad indígena de influir debidamente en la gestación de la decisión y la forma del desarrollo del acuerdo. La Corte Suprema confirma el fallo, realizando un análisis del alcance de la “afectación directa” que exige el mandato internacional y el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena. En dicho sentido, la Corte sienta un importante precedente al establecer que los factores determinantes para dirimir si una medida administrativa puede afectar directamente o no a una comunidad indígena, son de índole cultural, no siendo necesario que se produzca una afectación material o económica a los pueblos indígenas.³⁷⁵ Por tanto, en base a ello se determinó que pese a que el proyecto se emplazaría en un predio colindante al territorio de la comunidad si podría impactar significativamente a las costumbres y tradiciones indígenas

³⁷³Ibíd. Considerando 8°.

³⁷⁴Corte Suprema, Sentencia 22 de marzo de 2012, Rol 10090-2011. Considerando 8°.

³⁷⁵Corte Suprema, Rol 36728-2015. Considerando 5°.

ancestrales, y que la omisión del proceso de consulta entonces implicaba una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley.

2.2.3. Artículo 19 N° 6: Libertad de Culto.

Respecto al análisis que ha hecho nuestra jurisprudencia respecto a la vulneración de esta garantía, hay que remitirse al fallo del denominado “caso kintuantú”³⁷⁶, en la cual la Corte de Apelaciones de Valdivia acoge un recurso de protección por la tala de árboles milenarios que de acuerdo a los recurrentes formaban parte esencial de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche.

El tribunal ad quo en primer término da por establecida la existencia de una relación entre el terreno donde se produjo la tala de árboles y la significancia religiosa para las comunidades recurrentes, en virtud de lo dispuesto por los informes de la CONADI, en los cuales se indican que “la casa del Kintuante es un sitio de significación cultural mapuche, entendiéndose por tal los lugares o sitios ambientales de relevancia ritual o ceremonial (sagrado, público o reservado)”³⁷⁷

Por tanto, una vez que la Corte da por acreditada la tala sin previo plan de manejo realizado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la Corte de Apelaciones de Valdivia profundiza sobre la vulneración de la garantía de la libertad de culto de las comunidades indígenas ahondando en lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, esgrimiendo que “Que por su parte, el artículo 4 del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5, señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio”³⁷⁸

³⁷⁶Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia de 04 de mayo de 2012, Rol 501-2011; Corte Suprema, Sentencia de 21 de septiembre de 2012, Rol 3863-2012.

³⁷⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 501-2011, Considerando 10°.

³⁷⁸ Ibid. Considerando 13°.

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Valdivia utilizó tres elementos para configurar la vulneración de la garantía de la libertad de culto contenida en el artículo 19 n° 6 de la Constitución “(i) la existencia de un lugar sagrado (Ngen Mapu Quintuante), el corte ilegal de árboles (no hay plan de manejo) y la normativa (Convenio 169) que incorpora la cosmovisión de la comunidad mapuche, todos estos necesarios para configurar el atentado a la garantía de libertad de culto y otorgar, por ende, la debida protección”³⁷⁹

Finalmente, la Corte Suprema, conociendo por vía de apelación, revoca la sentencia del tribunal ad quo aduciendo que las tierras en cuestión no tenían el carácter de indígena de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 19.253, por lo que la comunidad al efectuar una ocupación no justificada del predio estaba recurriendo a la autotutela.

Aún así, el fallo tanto del tribunal ad quo como del tribunal ad quem tienen como especial importancia el reconocimiento expreso que las normas del Convenio 169 respecto a los valores sociales, culturales y religiosos son subsumibles dentro de la garantía de libertad de culto plasmada en nuestra Constitución, por lo que son objeto de protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno. Es valorable a su vez el ejercicio de control de convencionalidad realizado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, no sólo por dotar de contenido a la garantía que se alegaba vulnerada por los recurrentes por medio de un análisis del Convenio 169 de la OIT, sino que incorporar en su razonamiento la aplicación de ésta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2.4. Artículo 19 N° 8: Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El fallo más relevante que trata la vulneración de la garantía contenida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución es el pronunciado por la Corte de Apelaciones de Temuco y posteriormente ratificado por nuestra Corte Suprema sobre el caso “Francisca Linconao contra la Sociedad Palermo Limitada”. La relevancia de este fallo no solamente es el tratamiento que realiza la Corte a la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de

³⁷⁹INSUNZA, X. “Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales”. En Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental N°4- Diciembre 2012. P. 230.

contaminación, sino que por vez primera nuestra Corte adoptó la decisión de acoger un recurso de protección tomando en consideración una transgresión al Convenio 169 de la OIT, que si bien no se encontraba ratificado por nuestro país al momento de conocer el Tribunal el recurso interpuesto, la Corte lo valoró como un elemento normativo más de convicción para adoptar la decisión.

En primer lugar la Corte de Apelaciones de Temuco realiza una aproximación conceptual a la garantía en cuestión, determinando que este derecho “está destinado a afianzar el proceso normal de la vida y del desarrollo del hombre en la comunidad. Se trata de existir y coexistir con otros en un ambiente de equilibrio ecológico, con la salud protegida”³⁸⁰.

Sin embargo, dicho concepto positivista de protección al medio ambiente, tiene una visión mucho más amplia desde la concepción indígena; su relación con la naturaleza es la manera en que determinan su organización, su cultura y sus tradiciones. De esta manera, “tanto en el pasado como en la actualidad la manera en que los pueblos originarios manejan los recursos naturales, supone un vínculo con la naturaleza que le otorga al indígena lo necesario para la subsistencia.”³⁸¹

Luego, en relación a la vulneración de la garantía contenida en el artículo 19 N° 8 establece que **“es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido.**(énfasis agregado) Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente

³⁸⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia 16 de septiembre de 2009, Rol N° 1773-2008, Considerando 4°.

³⁸¹ HERVÉ ESPEJO, D., PÉREZ CORREA, S. “I. La adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de los recursos naturales” en El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 15- 110.

que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas. Se debe precisar que en la contestación de la acción de protección el denunciado, en primer lugar, niega que existan manantiales. En segundo lugar, que se haya hecho una corta y tala ilegal y, en tercer lugar, no discute en modo alguno que la explotación forestal de corte y de tala está afectando los manantiales en las distancias señaladas por la ley forestal”³⁸²

La importancia de este razonamiento no sólo es el reconocimiento expreso por parte de la Corte de la transgresión a la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación a la actora, sino que amplía el concepto de medio ambiente asociándolo directamente a la vinculación sagrada que tienen los mapuches con su territorio.

Así lo reafirma en su considerando décimo quinto al esgrimir que **“tomando como base el concepto 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 (...).”**³⁸³[La negrita es nuestra].

En definitiva, y en lo que respecta a la interpretación de la Corte sobre la vulneración del artículo 19 N°8, la sentencia no sólo recoge el Convenio 169 de la OIT como legislación aplicable, sino que lo utilizó como elemento fundante de su convicción, y sentó un precedente importante para el respeto de la cultura y tradición del pueblo mapuche.³⁸⁴

Otro caso donde los Tribunales Superiores se pronunció favorablemente a la vulneración del artículo 19 N° 8 de la Constitución fue el denominado “Caso Pepiukelen” en el cual fue acogido en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en razón de la transgresión al artículo 19 N° 2 por el desconocimiento de la calidad indígena de las personas al momento de la evaluación del proyecto que derivó en la omisión de la Consulta Indígena.

³⁸²Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008. Considerando 14°.

³⁸³Ibid. Considerando 15°

³⁸⁴CAMPOS DEL PINO C., HERRERA MERILLÁN E. y OSSA CONTRERAS, C.. “Caso Linconao con Palermo. Análisis del reconocimiento jurisprudencial a los pueblos indígenas”. En: Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N°1. Centro de Estudios Democracia y Justicia, Universidad de Talca, 2012. P.85

Sin embargo, la Corte Suprema si bien confirmó el fallo del tribunal ad quo, lo hizo en razón de la transgresión al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, aduciendo que “la actuación de la recurrida genera efectos importantes sobre el medio ambiente que afecta a las comunidades vecinas, de manera que vulnera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que les asiste, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.”³⁸⁵

Vale destacar al mismo tiempo el voto de prevención del Ministro Muñoz quien estuvo por confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero en consideración a que por los efectos que produce el proyecto, éste debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental, garantizando en él un proceso de participación ciudadana que se adecuara a los estándares del Convenio 169 de la OIT,³⁸⁶

2.2.5. Artículo 19 N° 24: Derecho de Propiedad.

Respecto a la vulneración de esta garantía, debemos analizar el fallo del caso Proyecto Minero El Morro³⁸⁷, en el cual la Corte de Apelaciones de Antofagasta recoge la calidad de persona indígena que dispone el artículo 1° de la ley 19253, donde se determina la tierra como el fundamento principal de su cultura y existencia. Aún más, la Corte concluye que “Es deber

³⁸⁵ Corte Suprema, Sentencia de 15 de octubre de 2010, Rol N° 5757-2010.

³⁸⁶ Que en relación a la aplicación de las normas legales a la situación de hecho, corresponde tener en consideración que la Ley 19.300 en su artículo 26 dispone: “Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten, en el mismo sentido el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo -vigente en Chile el 15 de septiembre de 2009, de conformidad con lo que éste dispone en su artículo 38 párrafo 3- 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; de forma tal que corresponde efectuar la consulta pertinente a las personas que conforman las culturas a las cuales se refieren estas disposiciones. La conclusión anterior se impone además desde el momento que el artículo 11 letra a) de la Ley 19.300 establece: Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; puesto que cualquier líquido que no sea de carácter natural y que contenga sustancias químicas o de cualquier otra entidad semejante constituye, ciertamente, peligro para la conservación de la salud de los habitantes del lugar. Que bajo los supuestos de hecho y la aplicación de las normas legales en referencia, se conculcan las garantías del N° 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución, desde que existe amenaza a las mismas.

³⁸⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia del 17 de febrero del 2012, Rol 618-2011; y Corte Suprema, Sentencia del 27 de abril de 2012, Rol 2211-2012.

de la sociedad en general y del Estado, en particular, a través de sus instituciones 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”.³⁸⁸

De dicha manera entonces, la Corte entiende que ha habido una vulneración al derecho de propiedad de la comunidad indígena sobre su territorio al no atender debidamente en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto la relación que tienen los recurrentes con sus terrenos, así finalmente lo concluye el razonamiento de la Corte al momento de acoger el recurso

*“Este desconocimiento se ha mantenido en el informe reseñado de la recurrida en cuanto se acepta que la comunidad agrícola fue escuchada en diversas reuniones pero **sus integrantes no fueron considerados como indígenas, como tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros** respecto de un vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas y que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar, denominado Estancia Los Huasco Altinos, ocupado por la comunidad integrada por aproximadamente doscientos sesenta comuneros y sus respectivas familias, quienes descienden de las comunidades Diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado el territorio, lo que está reconocido en la legislación nacional según se ha venido razonando, de manera que **desconocer su existencia, en términos de sujetos activos para las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones, constituye una ilegalidad que representa una amenaza concreta a su derecho de propiedad;** existiendo por tanto dos rubros que obligan a acoger el recurso; la desigualdad ante la ley que priva la garantía constitucional del N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por hacer diferencias que no tienen justificación y que son ilegales y arbitrarias; y la amenaza al derecho de propiedad como consecuencia del desconocimiento*

³⁸⁸Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011. Considerando noveno.

de la calidad de indígenas que requieren un tratamiento especial para los aspectos ya señalados en el Estudio de Impacto Ambiental.” (énfasis agregado)

Así, la relevancia de este fallo, que luego fue confirmado por la Corte Suprema, es que por primera vez nuestra jurisprudencia se pronunció sobre “Las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones en relación al concepto de indígenas y tierras indígenas cuando la evaluación de impacto ambiental se da en el marco de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una Declaración de Impacto Ambiental”³⁸⁹

2.2.6. La aplicación de la consulta previa en la jurisprudencia nacional

Uno de los hitos fundamentales en la materia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. A partir de dicho momento, su aplicación e invocación en nuestra jurisprudencia ha tenido estándares dispares, sobre todo en aquellos casos de judicialización de los proyectos de inversión y conflictos medioambientales.

En dichos casos, como aspecto central, se ha discutido sobre la suficiencia de los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental para cumplir con los estándares de consulta indígena que se dispone en el Convenio. En este sentido, la jurisprudencia no ha tenido un criterio uniforme, mientras algunos fallos han considerado que los mecanismos de participación ciudadana incorporados en la legislación interna eran suficientes para cumplir con los requisitos contenidos en el Convenio 169, otros pronunciamientos de nuestra jurisprudencia han considerado que el proceso de participación contenidos en la ley ambiental³⁹⁰ eran disímiles a la consulta indígena prevista en la normativa internacional.

En primera instancia, nuestra tendencia jurisprudencial se inclinó por estimar que la consulta tenía un carácter flexible, que debía integrarse a la normativa nacional y que en

³⁸⁹INSUNZA, X. 2012. “Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales”. Op.cit. P.239.

³⁹⁰Al respecto, es importante señalar que muchos de estos fallos se pronunciaron bajo la vigencia del antiguo reglamento del SEIA (D.S. 30/1997) el cual no contemplaba una regulación específica sobre el proceso de consulta indígena. Con la entrada en vigencia del nuevo reglamento del SEIA (D.S. 40/2013) se integraron en ésta normas específicas sobre el proceso de consulta indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

definitiva las normas de participación ciudadana eran suficientes para celebrar una consulta previa con los estándares exigidos por el Convenio. Por ejemplo, en el denominado caso “Aeropuerto Quepe”, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que el Convenio es un “instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, [por lo que] se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N°19.300.”³⁹¹ En el mismo sentido, la Corte Suprema en el caso “Ducto Celco” estimó que “En concordancia con lo antes descrito, el artículo 34 del Convenio N° 169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno, disponiendo que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”³⁹². Así, nuestra Corte Suprema concluye que **“conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 al 21 de la citada ley establecen”**³⁹³ (énfasis agregado).

Las conclusiones adoptadas por nuestra jurisprudencia en este sentido, de operativizar el deber de realizar un proceso de consulta previa adecuándose a la realidad de cada país, no puede significar que su proceso y regulación no deban cumplir con ciertos requisitos mínimos que son determinados en el mismo Convenio.³⁹⁴

De esta forma, los procesos de participación ciudadana establecidos en el antiguo reglamento del Servicio de Evaluación Ambiental no cumplían con algunos estándares que exige el Convenio, convirtiendo el proceso de consulta en una carga para las comunidades y no un deber del Estado ,toda vez que la ley 19.300 establecía que la responsabilidad de participar en el proceso de participación correspondía a los interesados, no siendo la autoridad

³⁹¹Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 31 de enero de 2011, Rol 1794-2010. Considerando 7°.

³⁹²Corte Suprema, Rol 4078-2010, Sentencia de 14 de octubre de 2010. Considerando 5°.

³⁹³Ibid, Considerando 7°.

³⁹⁴NASH, Claudio. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Op Cit. P. 82.

la que debía acercarse a las comunidades para instar su participación.³⁹⁵ La Corte de Apelaciones de Santiago estableció en el caso aeropuerto Quepe que “las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes”.³⁹⁶ Y más aún, para concluir que el proceso se había realizado bajo los estándares del artículo 6 del Convenio 169, la Corte concluyó que “la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas”³⁹⁷

Bajo la misma línea, la Corte Suprema, enumeró una serie de instancias que consideró determinantes para considerar que, en el caso Ducto Celco, el mecanismo de participación se adecuaba a las exigencias del Convenio 169, entre las que cuenta:

“Se realizaron seis talleres de información ambiental (...), tres casas abiertas o exposiciones (...). Adicionalmente se recibieron ciento ochenta observaciones ciudadanas, de las cuales cincuenta y nueve cumplían los requisitos legales y de las que se hizo cargo la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto. [Finalmente] se escuchó a diversas organizaciones, entre estas, indígenas”³⁹⁸

En definitiva, este proceso informativo malamente podría cumplir con los estándares mínimos fijados por el Convenio, y la Corte no da una explicación tampoco del por qué los talleres informativos deben considerarse como parte formante de un proceso de buena fe a la luz del tratado internacional.³⁹⁹

Misma interpretación tuvo la Corte de Apelaciones de Concepción en la sentencia del 1 de diciembre del año 2010 en el caso “Mini Central Cayucupil”. En el fallo en cuestión, la

³⁹⁵ CONTESSE, J. y LOVERA, D. El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. En Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, 2014. P. 147.

³⁹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1794-2010. Considerando 7°

³⁹⁷ Ibid. Considerando 8°.

³⁹⁸ Corte Suprema, Rol 4078-2010. Considerando 10°.

³⁹⁹ CONTESSE, J. *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012. P. 218.

Corte argumenta para rechazar el recurso que el proceso de consulta establecido en el Convenio debe ajustarse a la normativa interna, y que aun que se considerara que el Convenio tuviera un rango constitucional, entendiendo que el derecho a la consulta tiene rango de derecho fundamental, “ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla”⁴⁰⁰. Pero, “para que pueda existir una colisión de derechos, tiene que haber al menos dos derechos en colisión. En este caso, la Corte no aduce con qué derecho entraría en colisión el derecho a la consulta argüido por los recurrentes.”⁴⁰¹

Esta tendencia jurisprudencial se fue revirtiendo de manera paulatina, desarrollando una nueva tendencia orientada a reconocer las particularidades de la consulta establecida en el Convenio y la necesidad de cumplir los estándares mínimos dispuestos en el Tratado.

De esta manera, en el caso “Caso Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen” la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso de protección aduciendo que “Los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. **En efecto, una cuestión es el derecho a la participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a la participación que consagra el artículo 6 N°1 y 2 del Convenio 169**, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y **si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante, no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta**”⁴⁰²(el énfasis es nuestro)

La importancia de este fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt es que manifiesta, a diferencia de interpretaciones jurisprudenciales anteriores, es que no es posible compatibilizar los instrumentos de participación dispuestos en la normativa ambiental con la consulta indígena establecida en el Convenio. Además, en segundo lugar, “establece la

⁴⁰⁰Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia 01 de diciembre de 2010, Rol 401-2010. Considerando N° 10.

⁴⁰¹CONTESSÉ, J. Op Cit. P. 219.

⁴⁰²Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia de 27 de julio de 2010, Rol 36-2010. Considerando 9.

obligatoriedad de realizar la consulta, bajo ciertos parámetros, de manera independiente a si se encuentra regulada en el derecho interno”⁴⁰³

De ahí en más, la Corte Suprema sumó una serie de fallos en que amplió la visión restrictiva desarrollada por el Tribunal Constitucional en un inicio y estableció que “la consulta no es sólo una forma de despliegue de información, sino que tiene por objeto la real participación e influencia de los afectados en el proceso de toma de decisiones”⁴⁰⁴ Por ejemplo, en el caso “Consejo de Pueblos Atacameños”, el tribunal superior determinó que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella”⁴⁰⁵. A su vez, en el caso “Plan Regulador San Pedro de Atacama”, estableció que “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”⁴⁰⁶.

Finalmente, en el fallo más recientemente analizado, es importante establecer que la Corte Suprema ha reafirmado su convicción de que el proceso de consulta indígena, debe realizarse “sobre todas aquellas medidas que afecten directamente las comunidades indígenas (...) Los factores determinantes de dicha definición son culturales, de manera que no es necesario que se produzca una afectación material, económica o perjuicio de derechos jurídicamente definidos que una medida afecte directamente a los pueblos indígenas, para entender que existe afectación directa”⁴⁰⁷

Pese al evidente avance en interpretación de la Corte Suprema, en el orden a atender las especificidades dispuestas en el Convenio 169 respecto a la aplicación de la consulta indígena, la introducción del proceso de participación ciudadana y aplicación de consulta a los pueblos indígenas en el nuevo Reglamento del Servicio de Evaluación Ambiental (D.S. 40) ha

⁴⁰³NASH, C. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Op Cit. P. 82.

⁴⁰⁴Ibid. p. 86.

⁴⁰⁵Corte Suprema. Rol 10090-2011, considerando 5°.

⁴⁰⁶Corte Suprema. Rol 258-2011, considerando 5°.

⁴⁰⁷Corte Suprema. Sentencia del 4 de abril del 2016, rol 36.728-2015, Considerandos 4° y 5°.

provocado que en algunos fallos nuestra jurisprudencia considere la pertinencia de la realización de la consulta indígena dentro del proceso estipulado en el Reglamento mencionado.⁴⁰⁸ Por otro lado, la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales⁴⁰⁹, ha provocado que nuestra jurisprudencia considere que “la competencia para conocer de las ilegalidades de las RCA estaría radicada en aquellos, sin perjuicio de que por la acción de protección se pueda conocer de situaciones que requieran de una cautela inmediata”.^{410 411}

⁴⁰⁸En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia en el fallo del caso “Central Pasada Huentelufu” (rol 1944-2013) desestimó la acción de protección arguyendo que “se desarrolló dentro del procedimiento de evaluación ambiental, un proceso de participación ciudadana que cumplió con las exigencias legales” (Considerando 12).

⁴⁰⁹Ley N° 20.600 “Crea los Tribunales Ambientales” de 28 de junio de 2012.

⁴¹⁰NASH, C. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Op Cit. P. 89.

⁴¹¹Un ejemplo de esto, es el fallo de la Corte Suprema del 7 de octubre de 2014, Rol 11299-2014, referente al caso “El Morro”, en el cual a pesar de acoger el recurso de protección interpuesto por las comunidades indígenas por vulneración a garantías constitucionales, realiza la prevención que todo conflicto suscitado en un procedimiento de evaluación ambiental debe resolverse en sede de Tribunales Ambientales.

CONCLUSIONES.

Culminado nuestro estudio e investigación podemos señalar que hemos cumplido el principal objetivo que nos hemos propuesto, esto es, un análisis detallado de las principales cuestiones normativas e institucionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas, en especial en su derecho de propiedad, sea a nivel nacional como internacional.

Así mismo hemos podido identificar una diferencia en los estándares de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos originarios entre nuestra normativa nacional y ciertos sistemas de Derecho Comparado, e incluso respecto de la situación de los pueblos originarios en el concierto internacional.

Identificamos una situación uniforme en el Estado de Chile en su relación con los pueblos originarios que no solo se grafica en la normativa deficiente que se ha dictado, sino que también en la institucionalidad vigente que se ha diseñado a partir de un visión paternalista y que busca asimilar a los pueblos indígenas a la cultura chilena, en perjuicio de su autodeterminación y cosmovisión.

En este escenario cobra importancia la influencia y fuerza normativa con que el Derecho Internacional debe ser aplicado en el ámbito interno. Hemos reconocido en este punto que de acuerdo a la norma de reenvío constitucional en su inciso segundo del artículo 5, los tratados internacionales que se refieran a las garantías fundamentales de las personas y/o grupos (como el caso de los pueblos indígenas), estos instrumentos tendrán la misma jerarquía normativa que la Constitución, por lo tanto se ubicarán en la cima de la pirámide normativa interna.

De igual manera, desde obligación de garantía de los Derechos Humanos, de todas las personas y/o grupos, asumida por el Estado, surge el llamado control de convencionalidad, el cual debe ser aplicado por toda autoridad pública nacional, sea el poder judicial (tribunales de justicia), legislativo o ejecutivo y todo el aparato institucional del Estado.

Por ello, el Estado en su conjunto tiene el deber de garantizar y promover el ejercicio de estos derechos fundamentales, sea mediante la aplicación directa de las normas internacionales que los consagren o la exclusión de aquellas normas que contradigan los principios internacionales. Actuando siempre dentro del marco de sus competencias.

En este sentido, y según el detalle que hemos estudiado, reconocemos que existe una sensible brecha en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a partir de nuestra normativa interna, principalmente en lo que respecta a la Ley N° 19.253 y el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social que desarrolla el derecho y procedimiento de consulta previa. Este sensible vacío se configura a la luz de los estándares generados desde el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Así mismo, existe un compromiso pendiente desde ya casi tres décadas, sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Si bien, se valoran los diversos intentos que ha habido por impulsar un proceso este proceso de reconocimiento, creemos que estos no han prosperado principalmente por falta de voluntad política. Desde ya, constituye un pésimo antecedente que luego de la reforma constitucional de 2005, que fue calificada como “el fin de la transición a la democracia”, no se haya aprovechado el momento político para incluir esta reforma.

Por ello, el reconocimiento de los Derechos Colectivos de los pueblos originarios a nivel constitucional o legal, es una promesa inconclusa, toda vez que el único avance que se reconoce es la dictación de la Ley Lafkenche, la cual reconoce el uso consuetudinario de los pueblos indígenas, no existiendo otra situación a nivel legal e institucional que haga eco de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

De igual manera, creemos que actualmente existe una institucionalidad difusa. Hoy está en funcionamiento la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, pero que sin embargo ha querido ser derogada por la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas y una Agencia de Desarrollo Indígena, que no se logran conjugar con otro proyecto iniciado por el mismo gobierno de la Presidenta Bachelet en su primer mandato, cuál es la creación de una Subsecretaría de Asuntos Indígenas, que no deroga a la CONADI.

Por tanto, no queda claro si la Subsecretaría vendría a complementar al Ministerio de Asuntos Indígenas, o serían instituciones paralelas que funcionen de manera independiente y autónoma.

De igual manera, existen dos proyectos de ley en simultánea tramitación sobre la creación de los Consejos Indígenas enviados por la Presidenta Michelle Bachelet, uno en su primer mandato presidencial (2009) y otro más reciente (2016).

De igual manera es necesario destacar que la jurisprudencia ha evolucionado desde la entrada en vigencia del Convenio 169. Lo anterior puede ser explicado por “la natural e indispensable necesidad de adecuar la acción de protección constitucional a un nuevo instrumento internacional de derechos humanos”⁴¹²; lo que ha provocado la evolución en materia de protección de las garantías constitucionales cuando se encuentran involucrados alguna materia de carácter indígena, estableciéndose que pueden vulnerarse distintas garantías respecto a los derechos alegados. A su vez, las sentencias han empezado a recoger en sus fundamentaciones criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o lo establecido por los relatores especiales de la ONU para el tema indígena.

Para ejemplificar el avance jurisprudencial en materias indígenas es importante analizar los fundamentos de las sentencias respecto a aquellos proyectos de inversión susceptibles de generar impactos ambientales. Anteriormente, se estudiaba en base a la “deferencia técnica” de la jurisprudencia; es decir que la actuación de órganos administrativos en la determinación de una decisión basada en argumentos técnicos, no daba pie a la judicatura para ser el ente idóneo en abordar pronunciamientos en materias ambientales⁴¹³. Sin embargo, esta posición luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT sostuvo un cambio considerable, introduciéndose un ejercicio de ponderación respecto al instrumento adecuado para el ingreso del proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dejando de lado la antigua “deferencia técnica” y fundamentando sus sentencias en base a la utilización de razonamientos técnicos como evidencia.⁴¹⁴

Si bien es dable considerar que la jurisprudencia judicial ha otorgado una mayor valoración del factor indígena en el análisis de sus fallos, aún persisten ciertas inconsistencias preocupantes con la implementación de la consulta indígena. “En ese sentido, la jurisprudencia ha tendido a equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación

⁴¹² INSUNZA, X. “Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales”. Op. Cid. 239.

⁴¹³ Ibid. P. 240

⁴¹⁴ Ibid.

ambiental con los estándares sobre consulta del Convenio. En segundo lugar, en vez en vez de abrazar una interpretación pro libertatis, como ordena la implementación de tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia ha ido restringiendo el alcance de las normas sobre consulta, o amplificando la sentencia del Tribunal Constitucional para negar valor a las normas del Convenio. En tercer lugar, (...)la aprobación del Convenio habría resultado jurídicamente irrelevante toda vez que, antes de su incorporación, el ordenamiento jurídico ya habría contado con herramientas legales que permiten satisfacer –al menos en materia de consulta– los mismos objetivos.”⁴¹⁵

En definitiva, la incorporación del Convenio 169 de la OIT como factor de análisis en la hermenéutica judicial ha permitido tener una interpretación más amplia y flexible que la dispuesta por nuestro Tribunal Constitucional en su momento, respecto al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en predominancia a los derechos individuales⁴¹⁶. Pareciera que estamos ante un nuevo escenario en donde las garantías constitucionales previstas en la Constitución avanzan en pos del “objetivo de proteger a aquellos que han sido despojados de sus derechos por cientos de años, y cuya condición de vulnerabilidad es innegable a la luz de la evidencia.”⁴¹⁷

Sin embargo, el Convenio N° 169 de la OIT a pesar de ser el instrumento rector en materia de reconocimiento, garantía y promoción de los derechos más esenciales de los pueblos originarios sigue siendo un instrumento ajeno a nuestra realidad legal e institucional, toda vez que el diseño de nuestro sistema interno de protección de los derechos de los pueblos indígenas comienza desde una base diferente a la establecida en el Convenio. La gran tarea para un debido reconocimiento y protección de estos derechos ancestrales y colectivos no parte solo desde una modificación legal e institucional, sino que en primer lugar desde el reconocimiento de la autodeterminación y en segundo término de la debida aplicación de estos estándares internacionales.

⁴¹⁵ CONTESSE, J. y LOVERA, D. 1 Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Op Cit. P. 150.

⁴¹⁶ Sentencia 4 de Agosto del 2000. Rol 309, Considerando 44°.

⁴¹⁷ INSUNZA, X. Op Cit. P. 241.

BIBLIOGRAFÍA.

TEXTOS CONSULTADOS.

- 1.-ACOSTA ALVARADO, P. “Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”. Estudios constitucionales vol.14 no.1 Santiago jul. 2016, Disponible en: <ISSN 0718-5200> [Consulta: 1 de agosto de 2016].
- 2.-AGUILAR, G. LA FOSSE, S. ROJAS, H. STEWARD, R. “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina”, «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», publicado en Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2, septiembre de 2010, página 7. <<http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONA%20COMPARADO%20PPII.pdf>> [Consulta: 12 de diciembre de 2016].
- 3.-ANAYA, James. “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”. Edición Trota, Universidad de Andalucía, Madrid, 2005.
- 4.-ANAYA, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, Noviembre de 2012.
- 5.-ANINAT, I. Los Desafíos Pendientes del Convenio 169. En Revista Centro Estudios Públicos, Edición 369, Abril 2014.
- 6.- AVENDAÑO PINTO, S. “Áreas de Desarrollo Indígena en el norte de Chile. Negociaciones y disputas en torno a espacios territoriales”. Tesis para optar al Grado de Magíster en Ciencias Sociales Mención Sociología de la Modernización. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Posgrado, 2009.

- 7.-AYLWIN, J. El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y el Territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales. Disponible en: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4941>> [Consulta: 30 de noviembre de 2016]
- 8.-AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDÍA, M., YÁÑEZ, N. “Los pueblos indígenas y el derecho”. LOM Ediciones, 1º Edición, 2013.
- 9.-AYLWIN, J. “Pueblos indígenas en el Derecho Internacional y comparado”. Disponible en: <<http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>> [Consulta: 18 de agosto de 2016].
- 10.-AYLWIN, J. “Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación”. En Derecho Humanos de los Grupos Vulnerables. Disponible en: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf> [Consultado: 20 de septiembre de 2016].
- 11.-BELLO, Álvaro. Territorio, cultura y acción colectiva indígena: Algunas reflexiones e interpretaciones. En: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de la Frontera, 2004. P. 98.
- 12.-BENGOA José. La división de las tierras mapuches. Decreto Ley 2568, Grupo de Investigaciones Agrarias, 1982.
- 13.-BENADAVA, S., Derecho Internacional Público, Santiago, Chile. Editorial Universitaria S.A, 1997.
- 14.-CAMPOS DEL PINO C., HERRERA MERILLÁN E. y OSSA CONTRERAS C. “Caso Linconao con Palermo. Análisis del reconocimiento jurisprudencial a los pueblos indígenas”.

En Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N°1. Centro de Estudios Democracia y Justicia, Universidad de Talca, 2012.

15.-CEA EGAÑA, J.L. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002.

16.-CONTESSE, J. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012.

17.-CONTESSE, J. y LOVERA, D. El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. En Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, 2014.

18.-CORDERO QUINZACARA, E. 2006. “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”. Revista derecho (Valdivia) v.19 n.1 Valdivia, julio 2006. Disponible en: <ISSN 0718-0950> [Consulta: 15 de octubre de 2016].

19.-CORDERO VEGA, L. “Derecho administrativo y convenio 169: La procedimentalización de los conflictos como consecuencia de soluciones incompletas”, en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Editora Olea Rodríguez, Helena. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

20.-FOERSTER, Rolf y MONTECINO, Sonia. Organizaciones, líderes y contiendas mapuches (1900-1970). Ediciones CEM, Santiago, 1988.

21.-FUENTES TORRIJO, X. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja. En: Artículo parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1070185, 2007.

22.-GARCIA LINERA. A. “Identidad Boliviana, Nación, mestizaje y plurinacionalidad. La Paz, Bolivia”, Vicepresidencia del Estado Plurinacional. Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015.

- 23.-HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. Revista IIDH, Volumen 39, 2004.
- 24.-HENRÍQUEZ VIÑAS, M. 2008. “Jerarquía de los Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el análisis de casos”. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008. Disponible en: <Versión On-line ISSN 0718-5200> [Consulta: 15 de octubre de 2016].
- 25.-HERVÉ, D. y PÉREZ, S. 2012. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Dirección de Extensión y publicaciones, 2012.
- 26.-INSUNZA, Ximena. “Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales”. En Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental N°4-Diciembre 2012.
- 27.-QUEZADA, F, “El derecho de propiedad privada en la constitución chilena: un intento de sistematización”. Repositorio Académico Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2011.
- 28.- LÓPEZ BÁRCENAS, F. Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México. En Constitución y derechos indígenas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002.
- 29.-LÓPEZ DE MATURANA, C. y ROGERS, S. El Convenio 169 de la OIT y la Consulta Indígena. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2013.
- 30.- MARTÍNEZ COBO, J. Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Vol V Conclusiones, propuestas y recomendaciones) Nueva York, Naciones Unidas, 1987.

- 31.-MEREMINSKAYA, E.** El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y experiencias comparadas. En Centro de Estudios Públicos, Edición 121, 2011.
- 32.-MEZA LOPE-HANDIA, M.** Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile, Una mirada desde el ordenamiento jurídico y chileno y la urgencia del Reconocimiento. Repositorio Académico Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2009.
- 33.-MEZA-LOPEHANDIA, Matías.** El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Los Pueblos Indígenas y el Derecho. LOM Ediciones, Primera Edición, Santiago, 2013.
- 34.-MÍGUEZ NÚÑEZ, R.** “Estado chileno y tierras mapuches: entre propiedades y territorialidad”. En Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Centro de Derechos de Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013.
- 35.- MONTT, S. y MATTA, M.** “Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile”. En Estudios Públicos 121, 2011.
- 36.-NASH ROJAS, C.** La Codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿Continuidad o cambio? Santiago de Chile, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación (2), 2005.
- 37.-NASH ROJAS, C.** Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). 2° Edición, Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.
- 38.-NASH ROJAS, C.** 2010. Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos. En: “SIMPOSIO HUMBOLDT: Internacionalización del Derecho Constitucional – constitucionalización del Derecho Internacional” 4-6 Octubre 2010, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires.

39.-NASH ROJAS, C. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.

40.-NASH ROJAS, C. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.

41.-NASH, C. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: BAZÁN, V. y NASH, C. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico. Colombia, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

42.-NOGUEIRA ALCALÁ, H. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007.

43.-NOGUEIRA ALCALÁ, H. Los derechos esenciales o humanos contenidos en tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis. Año 9. N° 1, 2003. Disponible en: <versión On-line ISSN 0718-0012> [Consulta: 15 de agosto de 2016].

44.-PEÑAILILLO ARÉVALO, D. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales, Santiago, Chile, Editorial Jurídica. 2009.

45.-RIBERA NEUMANN, T. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. Estudios constitucionales, año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007.

46.-REGINO, A. La Reconstitución de los pueblos indígenas, en BARTOLOMÉ, Miguel y BARABAS Alicia (coord.) Autonomías étnicas y Estados nacionales, México, CONACULTA, INAH, p.416 citado en BELLO, Álvaro, territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones. En Derechos Humanos y pueblos indígenas: Tendencias

internacionales y contexto chileno. Instituto de estudios indígenas/ Universidad de la Frontera, Temuco, Chile. 1° Edición, 2004.

47.-SANHUEZA CUBILLOS, C. 2013. “La consulta previa en Chile: Del dicho al hecho”, en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión. Editora Olea Rodríguez, Helena. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago.

48.-SANHUEZA, C; SABER, D; CAVALLERO, J; CONTESSE J; RODRÍGUEZ, CÉSAR. 2013. “No nos toman en cuenta. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

49.-SEELEAU, L. Y SEELEAU, R. “Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile”. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

50.-STAVENHAGEN, R. Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales, San José, Costa Rica, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 15, 1992.

51.-STAVENHAGEN, R. Derechos de los Pueblos Indígenas. Santiago, Chile. Derechos Humanos Hoy, Balance Internacional, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008.

52.-SQUELLA NARDUCCI, A. Introducción al Derecho, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000.

53.-TENNANT, Chris. “Indigenous People, International Institutions and the International Legal Literature from 1945-1993”. Human Rights Quarterly, Vol 16, 1994.

54.-VALENZUELA M. La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno. Santiago, Tesis, Universidad de Chile, 1992.

55.-ZALAUQUETT DAHER, J. “La declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas”, Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.

56.-ZÚÑIGA URBINA, F. “Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución” En: Ponencia a XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 8 y 9 de noviembre de 2007.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1.-Caso “Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

2.-Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172

3.-Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

4.-Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

5.-Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador NASH, C. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Centro de Derechos Humanos, 2014. 58p.

6.-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.

7.- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE.

- 1.-Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000.
- 2.-Sentencia de 8 de abril de 2002. Rol 346-2002.
- 3.-Sentencia de 13 de junio de 2007. Rol 786-2007.
- 4.-Sentencia de 3 de abril de 2008. Rol 1050-2008.
- 5.-Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Ro1.288-2008.
- 6.-Sentencia de 3 de marzo de 2003. Rol 1298-2009-INA.
- 7.-Sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012 y 2388-2012, acumulados.

SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- 1- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N°3125-2004.
- 2.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 3452-2006.
- 3.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 17.393-2015.
- 4.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 9868-2013.
- 5.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 258-2011.
- 6.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 36.728-2015.
- 7.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 5757-2010.
- 8.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 1773-2008.
- 9.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 4078-2010.
- 10.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 10090-2011.
- 11.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 258-2011.
- 12.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 36.728-2015.
- 13.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 3863-2012.
- 14.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N°2211-2012.
- 15.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° Rol 618-2011.
- 16.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N° Rol 289-2010.

- 17.-Sentencia de Sentencia de 1 de diciembre de 2010, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 401-2010.
- 18.-Sentencia de 8 de noviembre de 2011, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique. Rol 472-2011.
- 19.-Sentencia de 20 de enero de 2011, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 349-2011.
- 20.- Sentencia de 18 de octubre de 2010, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 1944-2013.
- 21.- Sentencia de 16 de septiembre de 2009, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 1773-2008.
- 22.-Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 4 de mayo de 2012. Rol N° 501-2011.
- 23.- Sentencia de 17 de febrero de 2012, Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 618-2011.
- 24.-Sentencia de 5 de agosto de 2011, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 1794-2010.
- 25.-Sentencia de 27 de julio de 2010, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010.
- 26.- Sentencia de 18 de octubre de 2013, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 1944-2013.

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS.

- 1.-Constitución Política de la República de Chile.
- 2.-Convención Americana de Derechos Humanos.
- 3.-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 4.-Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
- 5.-Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo.
- 6.-Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- 7.-Código Civil de Chile.

- 8.-Ley N° 19.253.
- 9.-Historia de la Ley N° 19.253.
- 10.-Ley N° 20.600.
- 11.-Ley N° 19.300.
- 12.-DS N° 60.
- 13.-DS N° 124.
- 14.-DL 2568.

PROYECTOS DE LEY.

- 1.- Boletín N° 6018-06.
- 2.- Boletín N° 6726-06.
- 3.- Boletín 6743-06.
- 4.- Boletín N° 10.526-06-
- 5.- Boletín N° 5522-07.

INFORMES DE ORGANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES.

- 1.-CIDH, Segundo Informe Sobre la Situación de loa Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1111, Doc. 59 rev., 2 de Junio de 2000, Capítulo X, párr.16.
- 2.- Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe de la misión de observación”, bibliotecadigital.indh.cl.
- 3.-Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Asamblea General de Naciones Unidas. UN Doc. A/68/317, 14 de agosto de 2013, párrafo 65.
- 4.-Aplicación de la Declaración de la OUN sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Manual para parlamentarios N° 23. “UIP/ONU-DAES/ACNUDH/PNUD/FIDA”. 22p. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/167-1984.html> consultado 06.10.2016

5.-Organización Internacional del Trabajo, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009, páginas 95-96. <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Derechos%20de%20los%20PI%20en%20la%20Practica%20-%20una%20Guia.pdf> [Consultado el 1 de diciembre de 2016].

6.-Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana. (Artículo 74 y 75).

- Comisión de expertos, 73ª sesión, observación a Perú, publicación 2003, párrafo 7.

7.-Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. Asamblea General de Naciones Unidas, 15º Periodo de sesiones, 8 de enero de 2009.

8.- Relator especial de naciones unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”²⁴ de abril de 2009. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/393-ppios-consulta.html>> [Consulta 23 de diciembre de 2016].

9.-Discurso del Presidente de la República de Chile, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, 21 de mayo de 1999. <http://historiapolitica.bcn.cl/mensajes_presidenciales>. [Consulta 18 de octubre de 2016].

PÁGINAS WEB

1.-

<http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>.

2.-http://www.iwgia.org/images/stories/sections-esp/regiones/america-del-norte/docs/MI2015/Canada_MI2015web.pdf

- 3.-<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/265/derecho-propiedad.pdf?sequence=1>
- 4.-<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6957>
- 5.-http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/ILO-SR/ILO-SR_NS35_span.pdf Consultado 05.10.2016
- 6.-<http://www.eldesconcierto.cl/pais-desconcertado/politica/2014/01/03/sergio-grez-pacificacion-de-la-araucania-es-un-eufemismo-para-designar-un-acto-violento-de-despojo>.
- 7.-https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf
- 8.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1105&prmBoletin=513-07
- 9.-<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/11.125-162.Roman.pdf> Consultado el 20.11.2016.
- 10.-http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf
-<http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/mision-institucional>
- 11.-http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144507_doc_pdf.pdf
- 12.- http://www.dipres.gob.cl/595/articles-147191_doc_pdf.pdf
- 13.- http://www.dipres.gob.cl/595/articles-147191_doc_pdf.pdf
- 14.-
http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/enlace_publicacion/ley_de_presupuesto_2012.pdf
- 15.-http://www.dipres.gob.cl/595/articles-144665_doc_pdf.pdf
- 16.-http://www.dipres.gob.cl/595/articles-147191_doc_pdf.pdf
- 17.-
http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/enlace_publicacion/ley_de_presupuesto_2012.pdf .
- 18.-<http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/areas-de-desarrollo-indigena>
- 19.-http://www.dipres.gob.cl/595/articles-139541_informe_final.pdf
- 20.- <http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-propertyvalue-50834.html> Consultado 01-11-2016.

- 21.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6400&prmBoletin=6018-06
- 22.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7118&prmBoletin=6726-06
- 23.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7139&prmBoletin=6743-06
- 24.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5710&prmBoletin=5324-07
- 25.-https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10947&prmBoletin=10526-06