



Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

CONSULTA Y PARTICIPACIÓN INDÍGENA: A DIEZ AÑOS DE LA
RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

**Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

MARÍA JOSÉ ELIZALDE ROA

Profesor Guía: Edmundo Vargas Carreño

Santiago, Chile

2018

Índice

Abstract / 4

Introducción / 5

Capítulo I Organización Internacional del Trabajo / 7

1. Temática indígena en la OIT / 8

2. Convenio 107 / 9

Capítulo II Convenio 169 de la OIT / 13

Capítulo III Tramitación del Convenio 169 de la OIT en Chile / 18

1. Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados. / 19

2. Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados. / 20

3. Discusión general en la Cámara de Diputados / 22

4. Comisión de Relaciones Exteriores del Senado / 24

5. Discusión general en el Senado / 29

Capítulo IV: Fallos del Tribunal Constitucional / 31

1. Sentencia ROL 309/2000 / 31

2. Sentencia ROL 1050/2008 / 44

Capítulo V: Consulta y participación del Convenio 169 de la OIT / 45

1. Decreto Supremo 66 / 46

2. Consulta y participación en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema /48

2.1 Caso Sollipull / 49

2.2 Caso Ducto CELCO / 52

2.3 Caso Plano Regulador San Pedro de Atacama / 63

3. Consulta y participación en el proceso constituyente chileno / 70

4. Proceso constituyente indígena chileno en Cortes de Apelaciones / 86

4.1 Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 2868/2017 / 86

4.2 Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017 / 89

Conclusión / 94

Bibliografía / 98

Abstract

¿En qué consiste el Convenio 169 de la OIT? ¿Cómo fue la discusión que ratifica el convenio mencionado en el Congreso Nacional? ¿Cómo ha sido la implementación del Convenio? Las preguntas enunciadas tienen por objetivo generar inferencias descriptivas respecto el impacto que ha tenido el Convenio en los procesos de consulta y participación de los pueblos indígenas en Chile. Mediante una revisión exhaustiva de la discusión suscitada en el Congreso Nacional que antecedió la ratificación de este convenio, se aportan los principales elementos de análisis para abordar tres fallos de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema que sientan jurisprudencia respecto del trámite de consulta de los pueblos indígenas y del estándar establecido para este por el Convenio 169. Además, se hace hincapié en el proceso de consulta constituyente iniciado por el gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), donde se avizoran críticas a la implementación del convenio, por parte de los propios pueblos indígenas y otros actores de la sociedad civil. Este elemento del derecho internacional, en una lógica de dos niveles, permea el ordenamiento jurídico interno e invita a cuestionar los avances del Estado chileno en el reconocimiento de las demandas históricas de los pueblos indígenas, generando una superficie propicia de mejora en la materia.

Introducción

En el presente trabajo se estudiará el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, desde su origen como heredero del Convenio 107 hasta su rol en el proceso constituyente indígena chileno.

Con base en lo anterior, las preguntas que se plantean en esta investigación son las siguientes: ¿Cuál es el sentido y alcance el Convenio 169 de la OIT? ¿Cómo fue la discusión que ratifica el convenio mencionado en el Congreso Nacional? ¿Cómo ha sido la implementación del convenio en nuestro país?

Las preguntas enunciadas tienen por objetivo generar inferencias descriptivas respecto el impacto que ha tenido el convenio en los procesos de consulta y participación de los pueblos indígenas. En este sentido, como se pondrá en cuestión más adelante, veremos cómo se tensionan dichos conceptos en la toma de decisión y el desenlace de medidas administrativas o legislativas que se impulsan en las distintas regiones de Chile, en las que se vean afectadas de forma directa comunidades indígenas. De este modo, frente al Convenio 169, los distintos *stakeholders* tomarán posturas determinadas respecto los aportes de dicho convenio. Por un lado, se encuentran aquellos actores que se inclinan por denunciar el convenio, mientras que, a contrario sensu, existen los que defienden la ratificación e implementación de este tratado internacional.

Mediante un rastreo de procesos se revisará la discusión legislativa, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República, desde el gobierno del Presidente Aylwin hasta su sumisión durante el gobierno de la Presidenta Bachelet, puesto que no dejan de ser relevantes los 18 años que demoró en ser ratificado por nuestro país, con dos fallos del Tribunal Constitucional incluidos. Lo

anterior, nos dará luces de las distintas posiciones políticas en juego, más que por el convenio en sí mismo, sobre la cuestión indígena.

Lo anterior, antecedido por una descripción exhaustiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Convenio 169. Dado que es necesario contextualizar porque el tema indígena es tratado en un Convenio con sede en la Organización Internacional del Trabajo y precisar que nace como respuesta a las demandas de los pueblos indígenas y tribales alrededor del mundo y al rechazo que generaba el Convenio 107, por asumir que los pueblos indígenas y tribales estaban destinados a asimilarse con los nacionales de los distintos países.

De este modo, se genera el contexto propicio para mirar en detalle los casos de consulta y participación en Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En este apartado, se hará mención del Caso del Plano Regulador de San Pedro de Atacama; el Caso del Ducto Celco; y el Caso de Sollipulli. Los tres casos tienen implicancias directas en la jurisprudencia del Convenio 169, su implementación y análisis.

En esta dirección, la aplicación dentro de la justicia ordinaria servirá como punta de lanza para inmiscuirnos en el proceso de consulta constituyente que llevo a cabo el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet. Así, se discutirá la puesta en marcha de las consideraciones que hace mención el Convenio 169 en el proceso de consulta y participación indígena en el camino hacia una nueva Constitución.

Finalmente, se dará paso a las conclusiones, las cuales en un esfuerzo de síntesis responderán las preguntas enunciadas en esta presente introducción. Así, a diez años de su ratificación ¿los actores en Chile reafirman la plena vigencia del Convenio 169?

Capítulo I: Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fundada en 1919, al alero del Tratado de Versalles, y ratificada en 1945 con la creación de las Naciones Unidas mediante la Carta de San Francisco, se configura como la organización internacional que persiste hasta la actualidad con más años de existencia, alcanzando en el año 2019 un siglo de historia y siendo el primer órgano especializado de las Naciones Unidas.

Su constitución tuvo lugar entre enero y abril de 1919, a partir del trabajo de la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, compuesta por nueve países, a saber, Bélgica, Polonia Reino Unido, la en ese entonces Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Cuba y Estados Unidos, basándose en ideas ya tratadas en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, que data de 1901.

Su preámbulo establece que las Altas Partes Contratantes estaban “movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo...”¹ estableciendo un claro nexo entre el estado de paz que se buscaba mantener, posterior a la guerra, y la justicia social, relacionada con las condiciones de trabajo y con los derechos de los trabajadores, a partir de la realidad de explotación propias del período de la industrialización.

La Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la OIT, de la década de los 40, se anexa al documento de su constitución, y señala como principios fundamentales de la organización, los siguientes:

- “(a) el trabajo no es una mercancía;
- (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;

¹ www.ilo.org

(c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;

(d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”².

En relación a su organización, cuenta con la particularidad de ser un organismo tripartito, compuesto por representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empleadores de los distintos países miembros, promoviendo el diálogo social entre los distintos actores del mundo del trabajo, en igualdad de condiciones y siendo sujetos plenos de Derecho Internacional. Actualmente, participan 187 países miembros, los que se reúnen una vez al año en Ginebra, sede de la OIT desde 1920 hasta la actualidad, en la llamada Conferencia Internacional del Trabajo.

Temática Indígena en la OIT

Es en este marco que en la década de los 20 surge preocupación a nivel internacional por el tema indígena, temática que es abordada por la OIT a partir de su estudio a los trabajadores rurales y a sus precarias condiciones de trabajos, existiendo dentro de ellos un porcentaje importante de indígenas. La primera acción concreta que la organización realiza, en lo que a esta materia respecta, se materializa en la creación de la Comisión de Expertos en Trabajo Nativo durante el año 1926, enfocada en los “trabajadores nativos” de las entonces colonias de países europeos.

² “Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944

Entre 1936-1957, se dictan una serie de tratados que son aplicables a la realidad de los trabajadores indígenas desde el mundo del trabajo, en materias como el trabajo forzoso, el acceso al empleo y los contratos de trabajo, por lo que durante este período el interés de la OIT hacia los pueblos indígenas es monotemático, es decir, sólo los protege en su calidad de trabajadores sin analizar más aristas que la laboral, cuestión que fue cambiando con el paso del tiempo, pasando a ser considerados como un grupo cultural, ampliando los aspectos a considerar, incorporando concepciones y prácticas religiosas, lingüísticas, políticas y jurídicas.

Este cambio tuvo sus primeros antecedentes en las reuniones celebradas por la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena. La primera, efectuada en 1951, trató principalmente tres temas relacionados con la realidad indígena: analizándose sus condiciones de vida, la legislación indígena de los países y, por último, los métodos y resultados de la integración. Su segunda reunión convocada para el año 1954 fue más allá al hacer referencia explícita a la existencia de un derecho indígena, pero dicha reunión se vio influenciada de forma considerable por el objetivo de lograr la integración de los pueblos indígenas a los respectivos Estados a los que pertenecían, por lo que se pretendía obtener una integración a nivel jurídico también, es decir, primando el derecho nacional por sobre el indígena.

Convenio 107 de la OIT

Teniendo entonces, dichas conclusiones como base, fue que en el año 1957 se aprobó el Convenio 107 de la OIT, primer instrumento jurídico internacional que versa sobre el tema, en el cual se reconoce a los indígenas como parte de un grupo cultural. Cabe mencionar que la discusión y posterior redacción del Convenio no contó con la participación de representantes de los pueblos indígenas, ello pues no integran la OIR según lo establece su Constitución. El

Convenio fue ratificado por 27 países y continúa en vigencia en la actualidad para 18 países.

Este Convenio se guía principalmente por los conceptos de integración y asimilación; y parte de la base que los pueblos indígenas son transitorios y atrasados, por tanto, deben ser parte de las sociedades nacionales para subsistir, es decir, para garantizar su sobrevivencia se estima indispensable fundirlas con las sociedades nacionales. Para lograr su cometido resultaba fundamental la educación y el entrenamiento profesional, de forma tal de integrar a las poblaciones indígenas a la fuerza laboral, momento en el que dejaría de ser relevante su protección a nivel internacional, puesto que pasarían a ser parte de las sociedades nacionales.

Dentro de sus considerandos encontramos una alusión explícita a la Declaración de Filadelfia, en tanto establece que “todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades”³ y al reconocimiento de la existencia de poblaciones indígenas y tribales que no se encuentran del todo integradas a la colectividad nacional de los países independientes, por lo que resulta de su interés el que se mejore la calidad de vida y las condiciones de trabajo e dichas poblaciones de forma tal de lograr su total integración. De lo que se desprende que las decisiones que atienden al desarrollo de los pueblos indígenas le corresponden a los Estados nacionales independientes. Existía, por tanto, un intento de integrar la cultura indígena a la nacional, lo que inevitablemente significaría la pérdida de su propia cultura mediante una unificación cultural.

Durante la década de los '80 surgen fuertes críticas al Convenio 107 desde el mundo internacional y de los propios pueblos indígenas y tribales, los cuales, con el correr del tiempo, habían adquirido mayores niveles de concientización, de

³ http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf

organización propia y de participación, en foros internacionales, como por ejemplo el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, establecido en 1982. Dicho grupo de trabajo se encontraba abierto a los representantes de pueblos indígenas, logrando que se configurará como un centro de coordinación de las actividades internacionales a favor de las causas indígenas, con alrededor de 700 personas asistiendo a sus reuniones anuales. “A partir de 1980, cuando el discurso de los derechos humanos alcanzó mayor impacto en el mundo, las organizaciones indígenas acentuaron las protestas y promovieron enérgicas denuncias ante los organismos internacionales por las violaciones a sus derechos colectivos (en tanto pueblos) e individuales (en tanto ciudadanos) por parte de sus respectivos Estado”⁴

Por su parte, las críticas al Convenio 107 apuntaban principalmente “a su carácter etnocentrista al hablar de “etapas menos avanzadas”, y a su perspectiva integracionista en la medida en que partió de la existencia de un modelo de desarrollo de carácter unidireccional (atraso-progreso) en diferencias culturales que parecen provocar situaciones de atraso. Asimismo, no contempló la existencia de estructuras de dominación y supuso que la única vía para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones indígenas es su integración cultural, económica y política a la sociedad nacional. Es bueno recordar que el Convenio entró en vigor el 2 de junio de 1959, en pleno auge de las políticas integracionistas”⁵

En esta preocupación por el tema indígena, además, emerge un estudio presentado entre 1981 y 1984 por el Sr. Martínez Cobo, "Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", en el cual se recomendaba la revisión del Convenio 107, con el objetivo de considerar las determinaciones y demandas de las poblaciones indígenas. Razón por la cual, en 1986 se realiza una Reunión

⁴ FLORES, Marcello. Diccionario Básico de Derechos Humanos “Cultura de los derechos en la era de la globalización” Pág. 260

⁵ LOMELI, Arturo. Etnicidad, democracia y Autonomía Pág. 107

de Expertos que sugiere la revisión del Convenio 107, que le permita actualizarlo y darle mayor importancia al tema indígena, cuestión que es apoyada por el Consejo de Administración de la época.

Se da paso entonces a un proceso de revisión del Convenio, en el que se consulta a varios pueblos indígenas y tribales, a título individual o mediante alguno de los estamentos de la OIT, ya sean representantes de gobierno, de empleadores o de trabajadores. Dicho proceso de revisión se lleva a cabo entre los años 1987 y 1989, culminando en junio con la dictación del Convenio 169. En dicho convenio se incorporan nuevos conceptos como la multiculturalidad, la pertenencia y la noción de pueblo, cambiando la relación jurídica existente entre las poblaciones indígenas y los Estados, lo que se traduce en la incorporación de su cosmovisión a la creación de políticas públicas, y se introducen los conceptos de consulta y participación.

Capítulo II: Convenio 169 de la OIT

El Convenio fue aprobado con 328 votos a favor, un voto en contra y 49 abstenciones, dentro de las que se encontraron el voto del gobierno y de los empleadores chilenos, los trabajadores, en cambio, votaron a favor.

Actualmente el Convenio ha sido ratificado por 22 Estados Miembros de la OIT, en Europa, Asia, África y América, alcanzando un número cercano a los 50 millones de personas miembros de pueblos indígenas o tribales.

El Convenio 169 se basa en un nuevo paradigma respecto de los pueblos indígenas, considerando que son de carácter permanente, razón por la cual tienen derecho de decidir e incidir en su propio desarrollo y futuro. La protección de los pueblos indígenas sigue siendo el objetivo principal, pero ya no se basa en la integración, distinto de convivencia social, si no que en el respeto de su propia cultura y todo lo que abarca. Dicho cambio en el paradigma se gráfica concretamente en el preámbulo del Convenio 169, toda vez que señala que “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”⁶

⁶ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Ya no se habla de poblaciones indígenas, si no de pueblos y se les reconocen no sólo derechos individuales, también derechos colectivos en tanto son considerados permanentes y no transitorios o asimilables a las sociedades nacionales. Esto no significa que dichos pueblos tengan privilegios respecto de los nacionales, más bien se trata de “igualar la cancha”, permitiendo que sus miembros tengan los mismos derechos y libertades fundamentales que todas las personas.

El Convenio está compuesto por 10 Capítulos y 44 artículos, que versan sobre diversas materias como educación, salud, seguridad social, empleo, lenguas, creencias religiosas, derecho consuetudinario y tierras, tema especialmente relevante para los pueblos indígenas y tribales.

En su primer capítulo, titulado Política General, se señala a quienes se aplica el convenio, esto es a pueblos indígenas y tribales. En relación a quienes pueden ser considerados como pueblos indígenas podemos remitirnos a lo señalado por José Martínez Cobo, relator especial para los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas “Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades se consideran distintos de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y cultura”⁷

Respecto de los pueblos tribales, podemos sostener que para nuestra región geográfica se la ha otorgado dicha categoría a las comunidades afrodescendientes. En el caso de nuestro país no nos encontramos con estos

⁷ AYLWIN, José MENA-LOPEHANDÍA, Matías YAÑEZ, Nancy. Los Pueblos indígenas y el derecho. 2013

pueblos, por lo que en lo que continúa nos referiremos solamente a los pueblos indígenas, en particular a los reconocidos por nuestra Ley Indígena.

Además, se establecen una serie de obligaciones para los gobiernos en el marco de garantizar a miembros de pueblos indígenas o tribales igualdad de derechos y de oportunidades, sin discriminación alguna por su origen étnico ni por su género y respetando las características propias de cada pueblo.

Un segundo capítulo aborda el tema "Tierras", fundamental en la cosmovisión de los pueblos indígenas, ocupando un rol central en su desarrollo económico, espiritual y cultural, esta realidad es reconocida por el convenio puesto que le da una "importancia especial" y le da un contenido mucho más amplio que el que tiene por ejemplo en nuestro Código Civil, puesto que incluye la totalidad del hábitat, concepto que excede la concepción clásica de propiedad.

La misma OIT explica el alcance del concepto señalando "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 las tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidad 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"⁸

Se establece en este capítulo, a partir de la importancia que tienen para los pueblos indígenas, una serie de normas que permiten a protección de sus tierras, concebidas con la amplitud ya señalada, y de los recursos naturales que las mismas disponen.

⁸ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

En un tercer capítulo se trata la temática laboral, propia de la OIT, en relación específicamente a la contratación y las condiciones de empleo, con el objetivo de evitar cualquier discriminación de la cual estos pueblos puedan ser objeto en lo relativo a distintos aspectos del mundo del trabajo, como son el acceso a este y las remuneraciones, por citar algunos ejemplos.

En el siguiente capítulo se mantiene la arista laboral haciendo énfasis en la formación profesional, debiendo los gobiernos garantizar que los pueblos indígenas tengan acceso en igualdad de condiciones a programas de formación profesional, considerando sus particularidades en tanto miembros de pueblos indígenas. Contiene también disposiciones que tratan en particular la artesanía y la industria rural, actividades características de los pueblos indígenas.

En su quinta parte, el Convenio 169 se refiere a los temas de la salud y de la seguridad social, garantizando su acceso y que este sea acorde a la realidad de cada uno de los pueblos.

En el sexto capítulo el Convenio se refiere a la educación, garantizando el acceso de niños, niñas y jóvenes a esta y de ser posible enseñarles a leer y a escribir en su propia lengua, debiendo también aprender la lengua nacional y los conocimientos que a los nacionales se les proporciona de forma tal de garantizar la igualdad en su participación en la comunidad y en la sociedad nacional. Además, en este capítulo se habla de recurrir a los medios de comunicación, de forma tal de dar a conocer a los pueblos indígenas sus derechos y deberes en relación a las diversas temáticas abordadas por el Convenio.

En el penúltimo capítulo, previo a las disposiciones generales, se señala que los gobiernos deben facilitar el contacto y la cooperación entre los distintos pueblos indígenas en lo económico, social, cultural, espiritual y medioambiental, facilitando la coordinación más allá de las fronteras nacionales.

Por último, el artículo 33 se refiere a lo administrativo-institucional, en tanto deben existir instituciones o mecanismos que permitan administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, siendo necesario que cuenten con el financiamiento para desarrollar dicha tarea.

Las disposiciones finales están compuestas por 2 artículos, que señalan dos ideas de especial importancia para la aplicación del Convenio. En primer lugar 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” y en segundo lugar que “ la aplicación de la disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.⁹”

Finalmente, las disposiciones generales tienen relación con la implementación del Convenio y la relación de los Estados miembros con la Organización Internacional del Trabajo.

⁹ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Capítulo III: Tramitación del Convenio 169 de la OIT en Chile

Al momento de realizarse la votación para aprobar el Convenio el Gobierno chileno se abstuvo, no obstante en fecha 1 de Diciembre de 1989 el entonces candidato a la presidencia don Patricio Aylwin Azócar suscribió con representantes de los pueblos indígenas mapuche, huilliche, aimara y rapa nui el "Acuerdo de Nueva Imperial", en el que se comprometió con tres reivindicaciones de dichos pueblos, como son, la creación de una ley de protección fomento y desarrollo, reconocimiento constitucional y por último, la ratificación del Convenio 169. A partir de este último compromiso, ya en su calidad de Presidente envió al Congreso Nacional el "Proyecto de acuerdo relativo al Convenio 169, adoptado por la OIT" mediante el Boletín N° 233-10 del 21 de diciembre 1990. Proyecto que fue finalmente ingresado con fecha 8 de enero 1991 con urgencia simple.

En dicho proyecto de acuerdo se señala a quienes se aplica el Convenio 169, a saber, a pueblos tribales e indígenas. En segundo lugar, se refiere a la utilización del término pueblo en el Convenio y a la diferencia que existe entre su significado y el que se le da normalmente en el Derecho Internacional, estableciendo un claro límite conceptual y destacando el aporte que significaría su aprobación para frenar intentos separatistas pues garantiza una mayor participación de los pueblos indígenas en el quehacer nacional. Además, hace referencia a la diferencia existente entre el Convenio 169 y su antecesor el Convenio 107, en relación al concepto de asimilación. Por último, realza la importancia que exista armonía entre el Convenio 169 y la legislación interna, por tanto, de ser necesario se abre completamente a que este objetivo se cumpla mediante declaraciones.

Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.

Luego de su ingreso y procedentes trámites legislativos, el proyecto pasa a ser revisado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, de la cual emana un informe analizando dicho proyecto. En él, en primer lugar, se hace referencia a las diferencias existentes entre el Convenio 107 y el 169 aludiendo a las razones por la que este último fue adoptado

Posteriormente, a partir de lo que dispone el Convenio respecto de a quienes este debe ser aplicado se señala que en el caso de nuestro país su aplicación corresponde a los siguientes pueblos indígenas: el aimara; el aimara-quechua; el atacameño; el mapuche, que comprende tres subgrupos: mapuche o araucano, pehuenche o mapuche-pehuenche y el huilliche o mapuche-huilliche; el kawésqar o alacalufe; el yagán, y por último el pascuense o rapanui, reconocido por nuestra Ley Indígena. Una vez establecido su ámbito de aplicación se procede a analizar el contenido del Convenio.

En primer término, se refieren a los derechos humanos y libertades fundamentales que el convenio les otorga a los pueblos indígenas, y en particular, al reconocimiento y audiencia de sus instituciones representativas, toda vez que se adopten medidas que puedan afectarlos, esto en relación al trámite de consulta que consagra el convenio. Además, se destaca la importancia del capítulo segundo relativo a tierras; de las disposiciones sobre contratación y condiciones de empleo y del aseguramiento de educación, y de enseñanza, difusión y preservación de su lengua. Posterior a este análisis se aprueba de forma unánime el texto de acuerdo.

Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados.

De la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía pasa a ser tratada en la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, también de la Cámara de Diputados, siguiendo un orden de discusión bastante similar, al aproximarse en primer lugar a los antecedentes generales que dan contexto al convenio, destacando que tiene como principales objetivos el superar la orientación hacia la asimilación y que busca prevenir cualquier tipo de discriminación; y en particular, atendiendo a la realidad indígena de nuestro país.

Luego se da lugar al análisis de contenido del convenio, dentro del debate destaca, en relación a la política general, los pueblos a los que se aplicaría, precisando el alcance jurídico del término pueblo, puesto que no se asemeja al concepto de nación ni les otorga titularidad de una subjetividad internacional distinta al Estado al que pertenecen, con la importancia que dicha prevención significa respecto de la potencial autodeterminación de estos pueblos. Es más, hay quienes sostienen -dentro del debate- que el convenio al mejorar las condiciones de vida de los indígenas sería un freno a cualquier tendencia separatista que pudiese existir o surgir.

Señalan, además que el primer artículo del convenio está en armonía con el primer artículo de la Ley 19.253, relativa a los pueblos indígenas. En relación a las principales normas sobre tierras, se pone el énfasis en el interés a que los gobiernos respeten la vinculación ancestral de los pueblos indígenas con las tierras que habitan. Respecto de las principales normas sobre contratación y condiciones de empleo, se enfatiza en que su principal objetivo radica en evitar

cualquier discriminación, objetivo que se condice con la normativa interna, en particular con lo dispuesto por el artículo segundo del Código del Trabajo.

Por último, se recalca que los gobiernos podrán determinar con flexibilidad las medidas que adopten para dar cumplimiento al convenio, tomando en consideración las condiciones propias de cada país, tal como lo dispone su artículo 34.

Posterior a este análisis, se abre un período de audiencias a fin de que diversas personas y organizaciones sean escuchadas por la Comisión con el objetivo de dar su parecer ante la aprobación del proyecto. Dentro de dichas opiniones cabe destacar en primer lugar la manifestada por el entonces ministro subrogante de Relaciones Exteriores, José Miguel Insulza, quien señala que el Presidente formulará declaraciones que se estimen necesarias para compatibilizar el convenio con el derecho interno. Responde además a la observación de un diputado en relación al artículo 15 N°2 sobre minas, aseverando que se harán las adecuaciones legales internas para establecer el permiso del indígena o de una autoridad para la realización de labores mineras en las tierras indígenas, con lo que se conciliará el convenio con el derecho que la Constitución Política otorga a todas las personas en los incisos sexto y séptimo del N° 24 de su artículo 19.

También concurre ante la Comisión el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Eduardo Vío Grossi, quien sostuvo que, en virtud del alcance dado, en el N° 3 del artículo 1 del Convenio, a la utilización del término "pueblo" se reconoce el principio de la integridad territorial de los Estados, al no admitir la autodeterminación de los pueblos, se garantiza la unidad territorial y la unidad nacional. Respecto del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Política de la República, indicó que él no se opone a la aceptación de peculiaridades, ya que no se trata de una igualdad mecánica y frente a esto destaca la importancia a que el reconocimiento de derecho a los pueblos indígenas, no puede afectar los derechos de los demás habitantes de Chile. Que,

además, dichos derechos que se reconocen corresponden a los individuos de los pueblos no a éstos como sujeto de derecho y que el reconocimiento del derecho a la tierra estará orientado a permitir que sea ejercitado por los individuos, en conformidad con la legislación nacional y en armonía con el principio de igualdad con los demás miembros de la comunidad nacional. Por último, sostiene que el juez en el derecho interno no tiene facultades para discriminar en materia de sanciones penales según el origen étnico del individuo.

Por su parte, los dirigentes indígenas que se encontraban presentes en la Comisión disiparon dudas respecto de sus intenciones de utilizar el Convenio como forma de justificar jurídicamente su autodeterminación e independizarse de los Estados Nacionales, negando que estuviera dentro de sus pretensiones y abogando a la aprobación del acuerdo en razón de los derechos que concede a los pueblos indígenas y del reconocimiento que hace de su cultura e identidad.

La Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana decidió, por mayoría de votos, recomendar la aprobación del Convenio N° 169, de la OIT, como proyecto de acuerdo propuesto por el mensaje.

Discusión general en la Cámara de Diputados.

Posterior al debate en las mencionadas comisiones se dio inició la Discusión General en la Cámara de Diputados, que tuvo lugar el 11 de abril del 2000 y que se desarrolló durante cuatro sesiones. En dicha discusión surgen múltiples voces de apoyo a la aprobación del Convenio 169, pero también son varias las aprensiones manifestadas por algunos diputados, principalmente de la oposición de la época, a las que nos referiremos para entender porque el trámite del citado convenio duró tanto tiempo y trajo una serie de complicaciones políticas en nuestro país.

Dentro de las críticas al convenio podemos mencionar, en primer lugar, el que su aprobación se traduzca en un sistema de segregación para los indígenas respecto de los nacionales, trasgrediendo lo dispuesto por el segundo numeral del artículo 19 de nuestra Constitución, es decir, el principio de igualdad ante la ley al respetar, por ejemplo, sus sanciones ante delitos penales, considerando sus costumbres. Por lo que se encontrarían en una condición distinta a la que la ley establece para el resto de los chilenos, generando una diferencia entre los nacionales de un mismo país. En ese tenor el diputado Gustavo Alessandri señala “se está segregando a nuestra nación y no integrándola, como debería suceder”¹⁰

También se sostiene que no se puede pretender su aprobación, en el marco de un acuerdo político y no su implementación, ni aprobarlo con reservas. El diputado Masferrer señala al respecto “es una declaración de intenciones que, obviamente, poco contribuye a resolver los problemas que afectan a las comunidades mapuche”¹¹ Se suma a las prevenciones la relativa al potencial conflicto entre el convenio y la Ley sobre Concesiones Mineras, puesto que el convenio estaría vulnerando la garantía constitucional de acceso a recursos naturales y condicionaría el ejercicio por el Estado de su derecho de dominio absoluto, exclusivo, inalienable sobre todas las minas, no obstante la propiedad que las personas naturales o jurídicas puedan tener sobre los terrenos. En esta misma línea se sostiene que algunas de las normas del convenio serían contrarias a la garantía constitucional consagrada en el número 24 del artículo 19 de la Constitución, es decir, afectarían el derecho de propiedad, como por ejemplo en el caso de consulta para enajenar tierras.

Los diputados se pronunciaron también respecto de la constitucionalidad del tratado sosteniendo algunos de ellos, que dicho análisis tiene que realizarse al momento de su aprobación y no en atención a declaraciones posteriores comprometidas por el Ejecutivo, al ser esta una acción unilateral y discrecional, es

¹⁰ <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=4728%20&prmTIPO=TEXTOSESION>

¹¹ <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=4728%20&prmTIPO=TEXTOSESION>

decir, el convenio tiene que ser constitucional al momento de ser aprobado y no en consideración de acciones futuras que podrían eventualmente garantizar su constitucionalidad. Ello generó un acalorado debate entre los parlamentarios señores Huenchumilla y Alessandri.

Además, durante todas las intervenciones de los distintos diputados se hace referencia a la historia de los pueblos indígenas en Chile, a su realidad actual y a como esta situación ha sido enfrentada por los distintos gobiernos, particularmente los de los últimos períodos ya en democracia.

Finalmente, el proyecto de acuerdo fue aprobado con 72 votos a favor y con la intervención final de la Ministra de Planificación, actual Ministerio de Desarrollo Social, Alejandra Krauss quien agradeció la aprobación del Convenio y sostuvo que sería aplicado con prudencia y pleno respeto al Estado de Derecho de nuestro país.

Posterior a la aprobación en la Cámara, un grupo de 31 diputados, representando más de la cuarta parte de los mismos presentó, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 número 2 de nuestra Carta Fundamental, un requerimiento de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto a la forma y al fondo del Convenio, con el objeto de declararlo inconstitucional. Dicho requerimiento fue rechazado en agosto del año 2000, reconociendo el Tratado como constitucional, cuyo fallo será analizado más adelante.

Comisión de Relaciones Exteriores del Senado

Establecida la constitucionalidad del Convenio y el quórum con el que debe ser aprobado, pasa a ser discutida por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, pero entre un trámite y el otro han transcurrido ocho años, por lo que la Comisión conoce del tratado recién en enero del año 2008. Con anterioridad, en

diciembre del 2007, el presidente de la mencionada Comisión señaló que el concepto pueblo contenido en el convenio podría significar una complicación en el debate, por lo que Chile eventualmente tendría que aplicar una reserva ante determinadas materias del mismo. El parlamentario declaró que “el desarrollo de este tema se ha ido complicando porque hay interpretaciones que se están haciendo y que provocan reacciones delicadas, entre ellas, la declaración que hizo las Naciones Unidas sobre el tratado de la OIT y se tienen ciertos temores sobre el concepto pueblo que tratamos de aclarar”¹² en clara alusión a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada tan sólo unos meses antes de sus aseveraciones.

En dicha Declaración se abordan, en 45 artículos, una serie de materias relativas a los pueblos indígenas, dentro de las cuales nos encontramos con la libre determinación, el autogobierno o la autonomía de los pueblos indígenas en cuestiones relacionadas con sus propios asuntos internos y locales, despertando las alarmas de varios de nuestros legisladores, que al parecer olvidaron que las declaraciones de las Naciones Unidas no son vinculantes. No obstante, las razones políticas y los temores, en particular respecto del pueblo Rapa Nui, condicionaron el debate que se dio en el Senado en razón de la aprobación del convenio.

Una vez en la Comisión se hace presente que los artículos 6°, N° 1; letra a), y N° 2, y 7°, N° 1, tienen el carácter de Leyes Orgánicas Constitucionales, según expresa el considerando octavo del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el requerimiento formulado en contra del convenio en discusión, por incidir en materias como Congreso Nacional y Gobierno y Administración Regional, respectivamente. Realizada esta prevención se pasa a discutir el objetivo del proyecto, considerando que tiene dos finalidades principales, por una parte, establece un marco legal de protección en beneficio de los pueblos tribales e indígenas en países independientes y, por otra, fija normas especiales aplicables a

¹² Declaraciones consignadas en www.senado.cl con fecha 5 de diciembre del 2007

las etnias en diversas áreas, tales como, laboral, educacional, salud y de procedimiento judicial, entre otras. En todo caso, tales preceptos no podrán contravenir la legislación nacional ni el régimen de garantías constitucionales.

Se discute, también, el contenido del mismo, de forma bastante similar a lo realizado por su homóloga en la Cámara de Diputados. Luego se da la posibilidad a quienes han asistido a la Comisión de emitir su opinión. La ministra de Planificación, sostiene que el Convenio es la respuesta a un anhelo de las comunidades, y considera, además, que la participación facilitará la integración al abrir canales legales e institucionales para los pueblos indígenas presentes en nuestro país.

A su turno el Encargado de Relaciones Internacionales del Consejo de Todas las Tierras Mapuche, Aucán Huilcamán, sostiene que con la aprobación del Convenio mejorará su relación con el Estado chileno, y que se logrará proteger y reforzar sus derechos. El representante de las Regiones de Antofagasta y Metropolitana del Consejo Nacional Aymara se refirió al principio de igualdad ante la ley señalando que lo que el convenio establece es una discriminación positiva en favor de los pueblos indígenas. Ambos coinciden en que no existe intención de parte de sus pueblos de independizarse del Estado chileno y que el concepto pueblo sólo se traduce en autodeterminación dentro de sus propias comunidades.

También en relación al concepto pueblo se pronuncia el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Claudio Troncoso, quien sostiene “que la expresión pueblos indígenas tiene un significado particular, de carácter acotado y limitado, especialmente en el marco del Convenio N°169 de la OIT, que, en caso alguno, podrá interpretarse en el sentido que se atribuye al concepto pueblo como titular del derecho a la libre determinación”¹³

¹³ Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional sobre aprobación del Convenio N°169 pág. 35

A partir de dicha discusión se analiza lo dispuesto por el artículo 35 del convenio que prescribe “La aplicación de las disposiciones del presente convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”¹⁴

Principalmente representando el temor que el presidente de la Comisión adelantara en sus afirmaciones, respecto de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la consagración de la autodeterminación de los pueblos. El Director del Departamento de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica, Hernán Salinas, sugiere como solución a dicha preocupación el que se realice una reserva al tratado. Siguiendo esta línea argumentativa, pero con una propuesta distinta, los Senadores señores Romero y Coloma solicitan el que se realice una declaración interpretativa, que exprese lo siguiente: “El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”¹⁵

La Comisión precisó que dicha declaración interpretativa tiene como objetivo excluir otros conceptos que pueden resultar equívocos como “recomendaciones”, “instrumentos internacionales”, “laudos, costumbres y acuerdos internacionales, de manera de limitar su aplicabilidad sólo a aquellos instrumentos en que existe un claro e inequívoco consentimiento del Estado, como son los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Al respecto, el Ejecutivo, representado por el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo y la Ministra de Planificación, señora

¹⁴ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

¹⁵ Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional sobre aprobación del Convenio N°169 pág. 62-63

Clarisa Hardy, se comprometió a efectuar una declaración interpretativa, en esos términos. Al lograrse el compromiso, la Comisión aprobó el proyecto de acuerdo en informe en los mismos términos en que lo hizo la Cámara de Diputados.

A partir de este compromiso por parte del Ejecutivo, con fecha 16 de Enero del mismo año, el ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera Gallo se dirigió al Director de la Oficina sub-regional de la OIT para el Cono Sur de América Latina, Guillermo Miranda con el objeto de solicitar a la Oficina que aclarece el sentido y alcance del artículo 35 del Convenio 169, de forma tal de disipar las dudas respecto del carácter vinculante o no de los instrumentos internacionales a los que se refiere el artículo, con especial énfasis a lo relativo a las recomendaciones.

El 6 de febrero del mismo año Cleopatra Doumbia-Henry, Directora del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, por petición del Director Guillermo Miranda envió respuesta a la consulta presentada por el Ministro.

En ella señala, en primer término, que el Convenio 107, antecesor del 169, contenía una disposición similar a la que se estaba cuestionando en su artículo 29, además de establecer que el artículo 35 surge al alero de lo dispuesto por el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT al establecer “normas mínimas que no deberían perjudicar el goce de normas más favorables que puedan existir a nivel nacional.” Afirma también que “en caso de que cualquier derecho o ventaja más favorable haya sido garantizado por el derecho o la costumbre del Estado miembro interesado en razón de, por ejemplo, la ratificación de ese país de un Convenio de la OIT o de la ratificación, por parte de dicho Estado, de cualquier otro instrumento internacional en conformidad con el derecho internacional de los tratados, dicho derecho o ventaja debe, en virtud del artículo 35, seguir siendo

respetado plenamente en el Estado miembro ya que no puede ser menoscabado por la aplicación de cualquier disposición del Convenio núm. 169¹⁶

En relación a la declaración interpretativa, resulta oportuno referirse además a una minuta de Diciembre del 2007 emanada del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia, que sostiene su procedencia en desmedro de una reserva, por las siguientes razones; en primer lugar, conviene la declaración porque permite mantener la imagen y prestigio del Estado chileno frente a la comunidad internacional, a lo que se suma que mediante su creación es posible fijar el sentido y alcance de ciertas normas, y por último, no existe en el Convenio 169 la posibilidad de realizar una cláusula de reserva y se discute su compatibilidad con el objetivo del Convenio.

En dicha minuta se analizan las prevenciones posibles ante la aprobación del Convenio relativas, en primer término al derecho de propiedad, señalando que no puede implicar modificar el actual régimen legal ni limitar el ejercicio de actividades económicas; en segundo lugar se refiere al régimen político al sostener que no puede propender a formas de autonomía u organizaciones que quiebren la unidad política y territorial de Chile; y por último, establece en relación al sistema penal que no puede significar una vulneración al principio de igualdad ante la ley.

Discusión general en el Senado

Como vemos dichas prevenciones no distan de algunas de las señaladas por los diputados en la discusión en la Cámara, prevenciones que se reiteran en la Discusión General en el Senado, con fecha 4 de marzo del 2008, pero con matices.

¹⁶ Correo electrónico enviado por Cleopatra Doumbia-Henry, directora del Depto. De Normas Internacionales del Trabajo al Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo

La discusión ya se encuentra bastante profundizada y se observa en el Senado la clara intención de aprobar el Convenio, por lo que, si bien se reitera lo relativo al concepto pueblo, al señalar que restringen los derechos de los individuos que los conforman y transfiere soberanía, como señala el senador Hernán Larraín, este asunto “ha sido zanjando con la propia discusión que hemos sostenido, en la cual nadie ha dejado de reconocer hasta ahora que el sentido que se debe dar al término "pueblos" es el asignado por el Tribunal Constitucional. Ya no solo se trata de una voz definitiva, por establecer en la materia ese organismo una jurisprudencia obligatoria, sino que además es la interpretación que todos los que aquí han intervenido quieren darle.”¹⁷

Y en el ámbito más político y menos relacionado con el contenido del Convenio propiamente tal, se criticó sostenidamente el fracaso de las políticas públicas impartidas por los gobiernos chilenos relativas a las materias indígenas y a la situación actual de dichos pueblos.

Finalmente, es aprobado el proyecto de acuerdo con el voto de 36 senadores de 38 en ejercicio cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 54 inciso primero y 66 inciso segundo de nuestra Constitución y con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, a quien corresponde posteriormente el control constitucional, en conformidad a lo dispuesto por el número uno del inciso primero del artículo 93 de nuestra Carta Fundamental. Control que es aprobado por el convenio en abril del año 2008, teniendo en consideración los mismos argumentos utilizados por dicho tribunal en control constitucional previo. Con fecha 14 de octubre del año 2008 el Convenio 169 es promulgado en el Diario Oficial, entrando en vigencia el 15 de septiembre del 2009, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación.

¹⁷http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=23310_P&idsesion=5554#Intervencion31

Capítulo IV: Fallos Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse en dos ocasiones respecto a la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT mediante dos fallos de los años 2000 y 2008 en el contexto de su aprobación en la Cámara de Diputados y del proyecto de acuerdo aprobatorio respectivamente. Dichas sentencias representan en gran medida la discusión que se dio en el Congreso y dan cuenta del complejo y largo debate que tuvo lugar en nuestro país previo a la aprobación final del convenio y que tiene claras implicancias en cómo éste ha sido aplicado en Chile desde su entrada en vigencia hasta la fecha

Sentencia ROL 309/2000

Con motivo de la tramitación del convenio y de forma posterior a su aprobación en la Cámara de Diputados, un grupo de diputados en ejercicio, específicamente 31, presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, haciendo uso de la consulta facultativa de constitucionalidad, representando más de la cuarta parte de los diputados en ejercicio.

La solicitud, de Julio del año 2000, contemplaba declarar la inconstitucionalidad del Convenio en su totalidad o de los artículos 9, 10, 14, 15, 17 n°2, 7 n°2, 6 n°1 y 22 n°2 y 3, aduciendo argumentos de forma y de fondo.

Argumentos de los recurrentes

A juicio de los diputados existían dos grandes razones para declarar la inconstitucionalidad del convenio. En primer lugar, señalan que no fue aprobado con rango de Ley Orgánica Constitucional, sino que fue considerado como ley común al momento de su aprobación, no obstante haberse cumplido con el

quórum que nuestra Constitución exige para aquellas normas que versen sobre materias orgánicas constitucionales.

En segundo lugar, sostienen que el convenio contraviene las bases de nuestra institucionalidad, al reconocer a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos de derecho público. Como bien se expresa en la siguiente cita: “Los diputados requirentes sostenemos que quienes promueven esta iniciativa, pretenden modificar la estructura del Estado y el concepto y el ejercicio de la soberanía sin reforma constitucional previa, segregando a los chilenos de origen indígena del resto de la comunidad nacional”¹⁸. Además, sostienen que el Convenio 169 estaría “transfiriéndoles atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía, comprometiéndose incluso a respetar la integridad la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos...”¹⁹.

A continuación, se remiten a la inconstitucionalidad de los siguientes artículos:

Artículo 9

Relativo a la costumbre en materia penal, sería inconstitucional por sostener que la condición étnica del infractor determina su aplicación, por lo que se estaría contraviniendo el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución y se estaría utilizando la aplicación de la costumbre como un método de discriminación arbitraria.

Artículo 10

Versa respecto a la aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento y les da preferencia, por lo que a juicio de los diputados establece una discriminación basada en argumentos racistas e impide tipificación del delito. Lo cuestionan de la

¹⁸ Requerimiento de Inconstitucionalidad en la causa ROL 309 7 de julio del 2000 pág. 2

¹⁹ Requerimiento de Inconstitucionalidad en la causa ROL 309 7 de julio del 2000 pág. 14

siguiente forma “¿Es acaso importante para la víctima y la sociedad, que un determinado delito sea cometido por un individuo de una etnia u otra?”²⁰

Ambos artículos estarían contraviniendo el artículo 19 número dos de nuestra Constitución relativo a la igualdad ante la ley, al establecer discriminaciones arbitrarias en favor de los pueblos indígenas, siendo relevante el que sean arbitrarias, es decir, carentes de razón lógica que las justifique.

Artículo 14

Referente a la propiedad indígena, donde a consideración de los peticionarios, el Estado asume la obligación de expropiar tierras transgrediendo el marco conceptual de la expropiación en Chile. Este artículo estaría vulnerando lo dispuesto por el artículo 19 número 24 incisos segundo y tercero de nuestra Constitución. Considerando además el artículo 13 del mismo Convenio establece un concepto más amplio de “tierras” que no se condice con el consignado por nuestro Código Civil.

Artículo 15

Relativo a los recursos naturales, sostienen que mediante este artículo el dominio del Estado, en relación a la actividad minera, se ve afectado y así también el derecho real de quienes poseen concesiones mineras, al imponerse limitaciones a favor de un grupo étnico, transgrediendo lo dispuesto por el artículo 19 número 24 de nuestra Constitución, en lo que al derecho de propiedad respecta.

Artículo 17 número 2

Señala el requerimiento que se limita, con este artículo, el derecho de dominio de los indígenas al obligarlos a consultar con su pueblo, de forma de colectivizar el

²⁰ Requerimiento de Inconstitucionalidad en la causa ROL 309 7 de julio del 2000 pág. 17

derecho de propiedad. Situación que sería contraria a la Constitución, puesto que el dominio sólo se puede limitar por ley. “Lo que implica en la práctica que los chilenos de origen indígena quedarán en lo relativo a sus derechos sobre bienes inmuebles sujetos a la voluntad de la decisión que desee adoptar el ente colectivo pueblo”²¹, estando nuevamente en jaque lo dispuesto por el artículo 19 número 24 de nuestra Constitución.

Observaciones del Ejecutivo

A lo expuesto por el grupo de diputados, el Ejecutivo responde realizando las observaciones que estima pertinentes, señalando que “claramente el Convenio 169 no sólo admite una interpretación acorde con la Constitución, sino que derechamente es constitucional”²²

En primer término, sostiene que los Tratados Internacionales deben ser aprobados con quórum simple, por lo que no existiría conflicto respecto a la votación realizada en la Cámara de Diputados. A esto se suma lo manifestado por Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara, instancia en la cual se resolvió que el convenio no contiene normas de carácter orgánico constitucional, por lo que tampoco procedería su aprobación como tal.

Respecto al posible vicio de constitucionalidad en relación al quórum de aprobación del convenio, si bien, como se señaló en un principio a juicio del ejecutivo los tratados deben ser aprobado con quórum simple, de existir el vicio que los diputados alegan éste se encontraría saneado, al haber sido aprobado por 72 votos, cumpliendo con el quórum exigido por nuestra Constitución para la aprobación de Leyes Orgánicas Constitucionales.

²¹ Requerimiento de Inconstitucionalidad en la causa ROL 309 7 de Julio del 2000 Pág 12

²² Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 20

Esgrimen como argumento también lo que se conoce como el principio de presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado, a partir de lo cual se presume dicha constitucionalidad en el actuar de la Cámara de Diputados al aprobar el Convenio. Sostiene que “conforme a la presunción de constitucionalidad, el acto emanado de un órgano público no viene viciado de ilegitimidad por el hecho de serlo, sino que, por el contrario, su inconstitucionalidad debe ser demostrado por quien la impugna”²³

El Ejecutivo sostiene en relación a la disputa originada en el significado del concepto pueblo, disputa que por lo demás también se dio en la tramitación del convenio en la Cámara, que el término pueblo se encuentra precisado en su propio texto en el párrafo tres de su artículo primero, y no tiene relación alguna con la acepción que se le da en Derecho Internacional, no dando pie a ninguna reivindicación en relación a la autodeterminación de los pueblos. Señala que “la acepción pueblo ocupada por el Convenio 169 no corresponde al expresado por la Carta Fundamental, y como consecuencia de ello, el convenio no establece mecanismos de transferencia y soberanía, sino tan solo procedimientos de participación y consulta”²⁴

Por último, señala que, si bien el convenio considera la participación y la consulta como mecanismo, su ejercicio no se traduce en el uso de potestades públicas o sustitución de órganos constitucionales. Además, sostiene que “los requirentes olvidan que la participación es un principio constitucional, que funda las bases de nuestra institucionalidad de conformidad a la redacción y contenido del artículo 1, inciso final de nuestra Constitución.”²⁵ En conclusión, “como se ha acreditado, el Convenio no establece que los pueblos indígenas ejerzan soberanía, porque no desempeñan ninguna potestad pública. Lo que establece es otra cosa: que los

²³ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 27

²⁴ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 45

²⁵ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 46

gobiernos deben garantizar mecanismos de participación atendidas las circunstancias”²⁶

En lo relativo a la inconstitucionalidad de los artículos anteriormente individualizados se remite, en primera instancia, a lo sostenido en relación a la vulneración del derecho de propiedad por los artículos 14 y 17 número 2 del convenio. Señalando que, en el primero de ellos, existen indicaciones programáticas y que no se entrega al pueblo la decisión unilateral para determinar las tierras, sino que dicha decisión corresponde al Estado, a partir de los criterios de tratarse de inmuebles, que hayan sido ocupados tradicionalmente y ajustándose a lo dispuesto en el derecho interno. Al igual que el artículo 14, el 17 número 2 no constituye un mandato imperativo para el Estado parte, además reconoce al ordenamiento jurídico interno la facultad para reconocer la capacidad de enajenar del pueblo interesado, a lo que se suma que no se pueden establecer más limitaciones que las que ya considera nuestra legislación interna, incluyendo la de función social establecida en nuestra Constitución, la que contempla la propia Ley Indígena y precisando que limitación no es sinónimo de privación para estos efectos.

En lo que a las concesiones mineras respecta, a partir de lo dispuesto por el artículo 15 del tratado, el Ejecutivo sostiene que “el convenio no otorga un derecho nuevo que hoy no contemple nuestro ordenamiento para cualquier persona, incluido el indígena”²⁷ A lo que se suma su coincidencia con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley Indígena y al régimen indemnizatorio considerado en nuestra legislación, por lo que el convenio “lejos de consagrar una innovación en materias de derecho interno, se ajusta plenamente a él”²⁸

Por último, respecto a la trasgresión de los principios penales de nuestro ordenamiento jurídico, en relación a lo dispuesto por los artículos 9 y 10 del

²⁶ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 48

²⁷ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 84

²⁸ Observaciones del Ejecutivo a la causa ROL 309 26 de julio 2000 pág. 99

convenio señala que al contrario de lo sostenido por los diputados reconocen los principios que rigen nuestro sistema penal. La aplicación del artículo 9 se encuentra condicionada a su compatibilidad con el sistema jurídico nacional y a su respeto por los derechos humanos.

Por todas las razones señaladas, el Ejecutivo solicitó que el requerimiento fuese desechado en todas sus partes.

Sentencia

A partir de los argumentos ya expuestos se pronuncia el Tribunal Constitucional con sentencia del 4 de agosto del 2000 de ROL 309.

Considerandos

A. Principio de hermenéutica constitucional e internacional

En primer lugar, el Tribunal hace referencia al principio de presunción de constitucionalidad o legitimidad para las normas aprobadas por los poderes del Estado. Presunción que se fundamenta en la separación de los poderes y en el recíproco respeto de los órganos del Estado. Señala el Tribunal que “se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”²⁹

En segundo lugar, se refiere a la gravedad que significa para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado por un órgano jurisdiccional interno, por lo que el intérprete debe hacer

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 18

todos los esfuerzos por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos constitucionales.

B. Inconstitucionalidad de forma

El Tribunal sostiene que no son materia de Ley Orgánica Constitucional los Artículos 15 n°2 y 22 n°2 y 3. Manifiesta que “las materias que regula el tratado son completamente diferentes a las que según la norma constitucional son propias de ley orgánica constitucional y no se divisa razón valedera para estimar, por ende, que las primeras modifican las segundas o que aquellas inciden en materias propias de ésta;”³⁰

En cambio, sí lo son el artículo 7 número uno en la medida en que modifica parcialmente el artículo 16 letra a) de la Ley 19.175, Orgánica Constitucional, sobre Gobierno y Administración Regional, relativo a la participación; y el artículo 6 inciso primero, al ser norma autoejecutable y por versar respecto a la tramitación interna de las leyes debiendo ser modificada la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

A juicio del Tribunal el convenio debe ser aprobado como un todo, es decir, en su totalidad y no por partes; y, además, debe ser sometido a los trámites de una ley, trámites que deben considerar los quórum de aprobación establecidos en nuestra Carta Fundamental.

Frente al tema de los quórum señala también que no se puede privar de relevancia jurídica el que se aprobará como un todo cumpliendo con 72 votos, es decir con un quórum superior a las cuatro séptimas partes de los diputados en ejercicio. “Lo anterior se traduce en que las disposiciones de dicho convenio que

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 20

son propias de leyes orgánicas constitucionales y que forma parte del todo aprobado, cumplieron con el quórum exigido”³¹

Por los argumentos expuestos el Tribunal Constitucional rechaza declarar inconstitucionalidad de forma.

C. Inconstitucionalidad por contravenir bases de la constitucionalidad

El Tribunal considera necesario “reiterar que el reproche que se formula descansa sobre una idea central, cual es, que el Convenio 169 interpondría entre el Estado y los chilenos a los pueblos indígenas a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía y que, por una parte, limitan la competencia de los órganos públicos y por la otra, los derechos de los nacionales de origen indígena” ³²

A lo que el Tribunal responde que el convenio no transfiere a los pueblos indígenas atribuciones que implican ejercicio de la soberanía, descartando que a partir de su aprobación se puede alegar la autonomía de los pueblos indígenas que residen en el territorio nacional y que, como tales, son parte del Estado de Chile.

Previene “que el vocablo pueblo es una de aquellas palabras que mayor cantidad de significados tienen tanto en el lenguaje común como en las ciencias sociales, políticas y jurídicas”³³, pero el propio Convenio clarifica el sentido del concepto pueblo, convicción que es compartida por el Tribunal Constitucional, y que se reafirma con lo declarado por el Presidente Ricardo Lagos, quien gobernaba en la época del requerimiento, al expresar que “la palabra pueblos indígenas está tomada, precisamente, en el sentido que se refiere al conjunto de personas de un lugar región o país. En tal sentido, dentro de un país existen distintos grupos de

³¹ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 35

³² Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 36

³³ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 37

personas con identificaciones propias, pero no por ello cada una forma una nación”³⁴

D. Inconstitucionalidad de preceptos determinados.

Para analizar la procedencia o no de la inconstitucionalidad de los artículos señalados en el alegato de los diputados, el Tribunal distingue entre cláusulas autoejecutables y las que no lo son, denominadas por la doctrina como normas “self executing” y “non self executing”. Puesto que el Tribunal sólo se pronuncia respecto de la constitucionalidad de las normas autoejecutables. En este sentido, se debe precisar que se entiende por normas autoejecutables, correspondiendo a aquellas aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. A diferencia de las normas no autoejecutables, las cuales requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen.

Agrega a este análisis, que el convenio contempla una norma de clausura que recoge el principio de flexibilidad aplicable a todas sus partes. Lo que trae como consecuencia que en su aplicación debe ser considerada la realidad de cada país contratante, cuestión que es reforzada por el mensaje presidencial que acompaña su tramitación en el Congreso, al sostener que tendrán lugar todas las declaraciones que sean necesarias, con el objetivo de aclarar el contenido del convenio.

A continuación, se refiere a la procedencia del alegato de inconstitucionalidad de cada uno de los artículos anteriormente señalados.

Artículo 9

Respecto del primer numeral del artículo el Tribunal sostiene que resulta incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos

³⁴ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 42

penales, por lo que no puede ser aplicado. Sin embargo, no es inconstitucional, puesto que el convenio dispone que la norma sólo será aplicada en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado parte.

En relación al segundo numeral señala que no es contrario a la Constitución, puesto que se limita a incorporar a la costumbre como antecedente que el juez podrá considerar al momento de fallar respecto de un caso determinado y sostiene “que el hecho de que un tratado o la ley entregue al juez nuevos elementos a considerar en una causa, no limita de manera alguna el ejercicio de la plena jurisdicción que le otorga la Carta Fundamental para hacer uso de ella a través del debido proceso”³⁵

Artículo 10

Sostiene el Tribunal que el presente artículo confirma principios que inspiran al Derecho Penal y que no viola igualdad ante la ley. Tal como se evidencia en la siguiente afirmación “no hace otra cosa que confirmar los principios que inspiran el proceso penal, que gira en torno al establecimiento del hecho punible, a la determinación de los participantes y a las circunstancias que puedan extinguir, aumentar o atenuar su responsabilidad en el mismo, todas las cuales conforman la convicción del juzgador, por lo cual no se divisa, al reafirmar el Convenio este principio, violación alguna a la igualdad ante la ley...”³⁶

En relación al contenido de su primer numeral señala que se encuentra incorporado como ley interna por el Artículo 54 de la Ley Indígena relativa a la costumbre en materia penal.

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 51

³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 52

El segundo numeral relativo a las penas alternativas, a juicio del Tribunal también tiene cabida en el derecho interno, dado que, en la actualidad, cuando la ley lo autoriza, los jueces pueden imponer penas no privativas de libertad

Artículo 14

Este artículo tiene relación con el tema de la propiedad indígena, tema que se encuentra regulado en la Ley Indígena en sus artículos 12 a 14.

Además, sostiene el Tribunal que no son preceptos autoejecutables, sino que para ser aplicadas deben ajustarse al sistema jurídico nacional al constituirse como disposiciones de carácter programático. “En efecto el número uno expresa “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado”³⁷

Artículo 15

Precisa que la supuesta inconstitucionalidad sería relativa al segundo numeral del artículo y que se constituye, al igual que las anteriores, como una norma programática. A criterio del Tribunal los procedimientos de consulta del convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, el propio Código de Minería contempla un procedimiento judicial en el que ante una violación de sus derechos todos los interesados tienen derecho a ser escuchados. Además, sostiene que la indemnización es procedente siempre que sea posible. Cierra el análisis aseverando que “deberá concluirse, en consecuencia, que el texto del artículo 15

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 55

del convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe, por sí mismo, la preceptiva constitucional;³⁸

Artículo 17 n°2

En relación a dicho numeral se sostiene que el tratado acude al ordenamiento jurídico interno para reconocer o no la capacidad de enajenar al pueblo interesado. Sostiene el Tribunal “que la consulta no opera automáticamente, sino solo, como ya se dijo, en la medida en que la legislación nacional otorgue al respectivo pueblo capacidad de enajenar o transmitir libremente los derechos sobre las tierras de que se trata en su calidad de tal;”³⁹ Razón por la cual, la consulta será necesaria en la medida en que la legislación interna otorgue plena libertad de enajenar al pueblo interesado.

Por todo lo expuesto se resuelve rechazar el requerimiento en todas y cada una de sus partes.

Argumentos complementarios

Se previene en la sentencia que los ministros señores Campbell y Álvarez tienen en consideración para rechazar la inconstitucionalidad, además de los argumentos ya señalados, los siguientes; en primer lugar que los tratados por su propia naturaleza son fuente de derecho interno, autónoma y distinta de la ley; y que corresponde al Tribunal Constitucional realizar la interpretación constitucional, por vía de la interpretación armónica, respecto a que se refiere la Carta Fundamental cuando señala que los tratados serán sometidos a todos los trámites propios de una ley. Además, para pronunciarse sobre esta materia el Tribunal debe tener en consideración el principio de legalidad. En consecuencia, concluyen, que los tratados, aunque contengan materias propias de ley orgánica constitucional, no quedan sometidos al control preventivo.

³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 58

³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 309 4 de agosto 2000 pág. 59

Sentencia ROL 1050/2008

Por oficio la Cámara de Diputado envió al Tribunal Constitucional el proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio 169 para que, al alero de lo dispuesto en el artículo 93 número uno inciso primero de nuestra Carta Fundamental, ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los artículos 6 número uno letra a) y número dos, y 7 número uno oración segunda de dicho Convenio.

En su sentencia el Tribunal Constitucional reitera que las normas citadas regulan materias propias de leyes orgánicas constitucionales, al regular en los casos que el convenio determina métodos de participación para los pueblos indígenas a nivel municipal, regional y nacional, obligando a que se realicen consultas que previamente eran meramente facultativas, por lo que modifica la ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, como se señaló en sentencia anterior del mismo Tribunal. Y en el caso específico del nivel municipal se modifican también las leyes orgánicas constitucionales 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional y 18.695, de Municipalidades.

Además, aclara que la consulta establecida en el artículo 6 del convenio no puede entenderse como ejercicio de soberanía, por lo que no podrá adoptar la forma de plebiscito o consulta popular vinculante. Agrega que, si bien se busca llegar a acuerdo mediante negociaciones, éste tampoco será vinculante y que la noción de participación consagrada en el convenio concuerda completamente con la otorgada por nuestra propia Constitución.

Respecto a la aprobación del convenio deja constancia que se ha logrado en ambas cámaras cumpliendo con las mayorías requeridas por la Carta Fundamental.

Por lo que declara constitucionales los artículos ya señalados contenido en el acuerdo aprobatorio del Convenio 169.

Capítulo V: Consulta y Participación del Convenio 169 de la OIT

En los artículos 6 y 7 del convenio se hace referencia a la consulta y participación de los pueblos respectivamente, permitiendo que puedan opinar respecto de las medidas administrativas o legislativas que les afectan directamente, siendo especialmente relevantes en la relación de los pueblos con los respectivos Estados.

Así lo señaló la Comisión de Expertos en su observación sobre el Convenio en su reunión del año 2008: “Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo. ... las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”⁴⁰

Cabe destacar que la obligación de consultar radica en los gobiernos de cada país, no en empresas o entidades privadas y que los consultados deben ser instituciones representativas de los pueblos determinadas por ellos mismos y no por terceros, de forma tal de poseer la legitimidad necesaria.

Se ha hecho especial hincapié en la importancia de la buena fe en la consulta, debiendo existir una real intención de las partes por llegar a acuerdo, debiendo establecerse mecanismos apropiados que cumplan con dicho objetivo y que se adapten a las circunstancias de cada caso en particular. No basta con informar a

⁴⁰ Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a reunión, 2008 (publicada en 2009)

las comunidades de las medidas que se pretenden adoptar, debe existir interés por llegar a un acuerdo, pero tampoco existe capacidad de veto por parte de las comunidades. Lo que se busca es entablar un diálogo y de ser posible, que la negociación llegue a buen puerto.

Por último, la consulta debe realizarse de forma previa a la adopción de una determinada medida administrativa o legislativa y no una vez implementada la misma, y debe realizarse de forma sistemática y transparente, es decir debe concretarse mediante procedimientos más o menos formalizados, replicables y de cara a la comunidad.

Por su parte la participación está intrínsecamente ligada a la consulta y se exige a los gobiernos que establezcan los medios necesarios para que la participación de las personas indígenas sea efectiva, reconociendo que se encuentran muchas veces en desventaja respecto de los nacionales en esta materia. Por tanto, la participación es uno de los pilares fundamentales del Convenio y lo podemos encontrar específicamente en el artículo 7 pero también en otros articulados respecto de otras áreas abordadas, señalando que deben participar activamente y proponer medidas, programas y actividades que construyan su desarrollo⁴¹.

Decreto Supremo 66

Aun cuando la sentencia del Tribunal Constitucional determinó que no era necesaria una normativa interna que regulará el trámite de consulta, el ejecutivo decidió lo contrario y dictaminó una serie de Decretos Supremos regulando la materia. El último del año 2013 y que rige en la actualidad es el Decreto Supremo 66. En él se establece cuáles son las medidas que deben ser consultadas, haciendo referencia tanto a medidas legislativas como administrativas, excluyendo

⁴¹ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

los proyectos de inversión, los cuales se encuentran regulados por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El decreto también regula la forma en que debe ser convocada la consulta y los plazos para que se realice, cuando se trata de medidas legislativas que deban iniciarse por mensaje presidencial cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 25 días hábiles. En el caso de las medidas administrativas, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles. No obstante, podrán de mutuo acuerdo el órgano responsable de la medida con los representantes de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, modificar estos plazos contando con motivos justificados, considerando la realidad particular que rodea una determinada consulta.

Cabe señalar que dicho Decreto Supremo se ha visto fuertemente cuestionado por las organizaciones indígenas, por múltiples informes de organizaciones internacionales y por la academia. Los cuestionamientos apuntan tanto a su origen como a su contenido, respecto del cumplimiento del deber de consulta, cuáles son los órganos a los que le es exigible la obligación de consulta, la definición del concepto de afectación directa y, por último, la aplicación parcial del reglamento en el caso de medidas administrativas adoptadas en el marco del SEIA.

Consulta y participación en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema

La falta de aplicación de la Consulta Indígena estipulada en el Convenio 169, desde su implementación, se ha traducido en nuestro país principalmente en la presentación de Recursos de Protección en Cortes de Apelaciones basados fundamentalmente en la existencia de actuaciones arbitrarias e ilegales por parte del Servicio de Evaluación Ambiental mediante la dictación de Resoluciones de Calificación Ambiental sin la debida fundamentación, lo que se traduce en una transgresión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

En nuestra jurisprudencia se ha producido un cambio considerable en como los jueces han resuelto los sucesivos recursos de protección interpuestos por comunidades indígenas.

En un primer momento, múltiples fallos igualaron la consulta del Convenio 169 a la establecida en la Ley de Bases del Medio Ambiente, considerando que bastaba con realizar la segunda para entender por efectuada la primera sin darle un trato diferente a los pueblos indígenas respecto del resto de la comunidad afectada. En relación a la participación contemplada en la Ley de Bases del Medio Ambiente, tiene lugar en tanto ingrese por estudio y concluya con una Resolución de Calificación Ambiental. Dicha participación tiene como finalidad que las observaciones realizadas por quienes se verán afectados por el proyecto en cuestión sean consideradas por el Servicio de Evaluación Ambiental.

En cambio, en un segundo momento, si bien no existe veto por parte de los pueblos indígenas, la no observación de los estándares propios de la Consulta establecidos en el Convenio puede llevar a que sea acogido un determinado recurso de protección tanto en la Corte de Apelación respectiva como en la Corte Suprema.

A continuación, analizaremos tres casos que fueron conocidos en última instancia por la Corte Suprema y que reflejan el cambio en la jurisprudencia, como se va asentando una línea jurisprudencial, pasando el voto de minoría a ser voto de mayoría.

1. Caso "Sollipulli"

- i) Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL 8.304/2009, 28 de septiembre de 2009. Novena sala, presidida por el ministro Mario Carroza Espinoza e integrada por la ministra Patricia González Quiroz y la abogada integrante Paola Herrera Fuenzalida.

Durante el mes de junio del año 2009 el Ministerio de Minería licitó la adjudicación de labores de exploración para instalar plantas de generación de energía geotérmica, dentro de las licitaciones se encontraba la concesión "Sollipulli", ubicada en la zona cordillerana de la región de la Araucanía. Dentro del territorio licitado se encuentran comunidades mapuche pehuenche.

Dicha licitación no consideró la participación de las comunidades indígenas, razón por la cual se deduce recurso de protección en favor de José Segundo Remulcao Porma y de las autoridades mapuches Víctor Curin Melivilu, Irene Romero Trecaman, Domingo Traipe Pereira, Mateo Raillan Valenzuela, Francisco Cayullán Alonso, Bernardino Huaiquiu Melillan, Cristian Ovando Lepin, Francisco Huenupi Montiel y Jaime Huenupi Ovando contra del Ministerio de Minería, "solicitando se acoja y se declare que la licitación pública para concesiones de exploración de energía geotérmica denominada "Sollipulli", por tierras indígenas y lugares de uso ancestral mapuche, deberá supeditarse a la normas especiales de la participación

indígena en los términos que exige la Ley N°19.253 y el Convenio 169 de la OIT⁴².

La parte recurrente agrega que el Ministerio de Minería ha actuado de forma arbitraria e ilegal, puesto que el territorio donde se encuentra el área licitada ha sido habitado y usado ancestralmente por las comunidades mapuche y pehuenche, lo que tiene especial relevancia considerando lo que significa la tierra en la cosmovisión de dichos pueblos, viéndose vulneradas una serie de garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República.

Por su parte el Ministerio de Minería solicita el rechazo del recurso señalando que la licitación se encuentra dentro de la legalidad, que se cumplieron con los plazos estipuladas para la misma y que se contó con informes de instituciones públicas especializadas, tales como la CONAF, la Dirección Nacional de CONADI, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Agricultura, entre otros, de forma previa a la convocatoria de la licitación. Además, sostiene que la exploración que se busca realizar es de carácter superficial por lo que no se vería afectado el ecosistema y el entorno del lugar.

En relación a la aplicación del Convenio 169, la parte recurrida señala que es necesario precisar que el Convenio entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009 y que el Estado chileno se encuentra en una búsqueda de reformas legales y administrativas para incorporar los procedimientos de consulta y participación con los estándares establecidos por el Convenio 169.

La Corte responde que el recurso de protección tiene lugar existiendo “actos u omisiones ilegales o arbitrarias que imponen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que se señalan en esa disposición; y tiene por finalidad obtener que se adopten, con la urgencia del caso las providencias que se estimen necesarias para restablecer el imperio

⁴² Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL 8.304/2009, 28 de septiembre de 2009

del derecho y asegurar la debida protección al afectado” Y agrega que, “a mayor abundamiento, esta corte no puede emitir pronunciamiento sobre un llamado a licitación que al momento de entablarse el presente recurso no es otra cosa que eso, un mero proyecto que está siendo evaluado por el organismo competente”⁴³.

Por lo anteriormente señalado, la Corte considera que el recurso carece de fundamentos, ni se logra demostrar que exista acto arbitrario o ilegal que vulnere las garantías constitucionales señaladas por el recurrente, y lo rechaza.

- ii) Corte Suprema. Sentencia ROL 8155/2009, 7 de diciembre de 2009. Tercera sala integrada por los ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el abogado integrante Domingo Hernández Empanza

La Corte Suprema sostiene en su sentencia la confirmación de la sentencia apelada.

Comentario

Respecto de esta sentencia, cabe señalar que el mayor argumento para la Corte de Apelaciones para rechazar el recurso tiene relación con el momento en que este es interpuesto, dado que nos encontramos ante un mero llamado de licitación, no configurándose como un acto arbitrario o ilegal que vulnere garantías constitucionales.

Distinta podría ser el razonamiento de la Corte si la licitación se encontrará en una fase posterior de exploración que generará efectos en el entorno, pudiendo exigir que se cumpla con la obligación de consulta consagrada en el Convenio 169.

⁴³ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL 8.304/2009, 28 de septiembre de 2009

2. Caso "Ducto CELCO"

- i) Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010
Primera sala, integrada por los ministros Juan Ignacio Correa Rosado, Ada Gajardo Pérez y la fiscal judicial Loreto Coddou Braga

Por resolución exenta N°027, de 24 de febrero de 2010 se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia" de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A., el proyecto busca la instalación y operación de un sistema de conducción terrestre y submarino, para desembocar en el mar las aguas residuales industriales de la Planta Valdivia.

La comunidad indígena Villa Nahuel, presenta un recurso de protección ante la aprobación de dicho proyecto, contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, señalando que vulnera garantías constitucionales del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, a saber, la igualdad ante la ley, la libertad de culto, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el ejercicio de una libre actividad económica, además de sostener que incumple con normativas de rango constitucional, legal y reglamentario. El recurso se funda además en las que serían, a juicio del recurrente, motivos de ilegalidad del acto recurrido la Resolución de Calificación Ambiental.

Un primero motivo de ilegalidad tiene relación con el incumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169 en lo que a la consulta se refiere, infringiendo dicho deber al no consultar a la comunidad indígena respecto del proyecto anteriormente individualizado. En relación a la obligatoriedad del Convenio, señalan lo siguiente: "a. El Convenio 169 se enmarca con el resto de los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación, por lo que tiene la calidad de tratado internacional de derechos humanos, entrando a formar parte de la Constitución, lo

que se traduce en que los derechos contenidos en él son límites para la soberanía del Estado, y que es deber de los órganos respetarlos y promoverlos.

b. La Constitución Política de la República, en su artículo 6, a través de los principios de supremacía constitucional y vinculación directa, consagra lo que se ha llamado su "eficacia directa"⁴⁴.

Un segundo motivo de ilegalidad se configura para los recurrentes, al no considerar el impacto que tiene la aprobación del proyecto en el uso consuetudinario que la comunidad indígena hace del borde costero marino. Afirman que existen una serie de "solicitudes por parte de diversas comunidades y asociaciones de comunidades indígenas, de constitución del "Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios" (ECMPO), institución creada por la ley 20.249 específicamente para mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero"⁴⁵.

Sostienen que el Estudio de Impacto Ambiental no considero la existencia de usos consuetudinarios del borde costero, por lo que en ningún momento en la evaluación del proyecto se consideró dicha circunstancia no considerándose en su totalidad el impacto que tendría la aprobación del proyecto.

Además de considerarlo un acto ilegal por los motivos recientemente expuestos, la parte recurrente sostiene que el acto administrativo es también arbitrario, toda vez que la decisión de la Comisión Regional Medio Ambiental carece de fundamentos tanto para aprobar el proyecto como para hacerlo obviando el deber de consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT.

Se refiere la Corte, en su segundo considerando, a informe de Celulosa Arauco y Constitución S.A, el cual sostiene que el proyecto fue aprobado en concordancia con el procedimiento administrativo establecido, ante el órgano competente y en

⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

⁴⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

conocimiento de las observaciones presentadas por los organismos públicos incumbentes, así como también de particulares, y que fueron tomadas en consideración.

Solicitan el rechazo del recurso por ser extemporáneo e improcedente, en tanto excede el ámbito propio de la acción constitucional. Respecto de la extemporaneidad del recurso, la parte recurrida señala que los recurrentes tuvieron conocimiento de la resolución en una fecha anterior a la que sostienen, puesto que participaron y existe registro de aquello, en la sesión de la Comisión Regional Medio Ambiental, en la que se calificó favorablemente el proyecto, haciendo uso de la palabra y realizando observaciones.

En relación a la infracción al Convenio 169 la parte recurrida señala que “la alegación se refiere a un pretendido conflicto interpretativo de normas jurídicas que para dar curso al recurso supondría, prima facie, aceptar los siguientes presupuestos que los recurrentes pretenden imponer como indiscutidos: (i) que el Convenio N° 169 de la OIT es un Tratado de Derechos Humanos; (ii) que dicho Convenio es autoejecutable en su conjunto; (iii) que, reuniendo las condiciones anteriores, es aplicable al caso concreto; y (iv) que, siendo aplicable al caso concreto, sus disposiciones han sido incumplidas. Y a contrario sensu, que el Convenio 169 tiene efecto retroactivo, que prima sobre la legislación chilena, especialmente el artículo 11 la Ley N° 19.300, que no es aplicable el Decreto N°124, reglamentario del art. 34 de la Ley Indígena en relación con el artículo 6.a.1 de dicho Convenio, etc.”⁴⁶

Respecto del segundo punto, los recurridos precisan que el Convenio 169 no es autoejecutable en su conjunto, sino que sólo en lo que al artículo 6.a.1 respecta, según lo fallado por el Tribunal Constitucional. Al no ser autoejecutables las demás disposiciones no pueden aplicarse directamente en el derecho interno. Y hace alusión a lo dispuesto en el artículo 34 del convenio en relación a la

⁴⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

flexibilidad con la que su contenido puede ser incorporado al derecho interno, en lo que se conoce como una norma de clausura.

Agregan que el trámite de consulta obligatoria es inaplicable, por razones de orden material y temporal. Respecto de esto último indican que a partir de lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena, el convenio no puede ser aplicado con efecto retroactivo.

Por último, el informe asegura que el proyecto no es una medida administrativa, puesto que corresponde a un proyecto de inversión, haciendo alusión al Decreto Supremo N°124/09 del Ministerio de Planificación y sostienen que “con independencia de la opinión que los recurrentes sostengan del reglamento antes referido, es claro que esta forma, guardando consistencia con el Convenio, la aplicación que de él han efectuado el TC, el gobierno y la propia OIT, mantiene la distinción entre medidas administrativas y aprobación de proyectos de inversión, estableciendo respecto de estos últimos que (i) se rigen por las respectivas normativas sectoriales; (ii) el procedimiento de consulta puede ser aplicada facultativamente, caso en el cual se rige por los plazos establecidos en la normativa sectorial. Y la norma referida no impone un derecho a veto a proyectos de inversión”⁴⁷

Agrega que la diferencia entre un proyecto de inversión, como sería el proyecto en cuestión, y una medida administrativa, que sería susceptible del trámite de consulta se encuentra consagrada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, que sólo se refiere a medidas administrativas o legislativas como objeto de consulta.

A juicio de los recurridos y así lo exponen en su informe, son asimilables el procedimiento de participación de la Ley 19.300 con el estándar de la consulta del Convenio 169. Y en la aprobación del proyecto se cumplió con la participación

⁴⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

ciudadana en concordancia con el reglamento del SEIA, realizando una serie de actividades con las comunidades indígenas, puesto que se trataba de un Estudio de Impacto Ambiental en el cual procede la participación ciudadana a diferencia de lo establecido para las Declaraciones de Impacto Ambiental.

Suman a sus argumentos el que la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó el proyecto contempla una serie de medidas de mitigación, compensación y reparación de forma tal de no generar efectos adversos en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19.300

Respecto del uso consuetudinario del borde marino sostienen “que obedece a un procedimiento administrativo, legalmente tramitado, y no a una pretendida situación de hecho. Por tanto, no bastaría con la mera enunciación por parte de los recurridos, ni correspondería que un Estudio de Impacto Ambiental o un recurso de protección se pronunciarán al respecto.” Agregan que, “a la fecha, esta solicitud se encuentra pendiente y aún no se ha requerido informe a la CONADI sobre el pretendido uso consuetudinario, de modo que el derecho correspondiente no se encuentra declarado, y mal puede ser privado perturbado o amenazado en su ejercicio”⁴⁸. Y que además la solicitud no corresponde a la totalidad de los recurrentes individualizados en el recurso presentado.

Se presenta también, un informe de la Comisión Regional del Medio Ambiente, el cual sostiene que la Resolución de Calificación Ambiental no puede considerarse como una medida administrativa a la que correspondería la aplicación de la consulta del Convenio 169 de la OIT, al no encontrarse definida la medida administrativa ni en el Convenio ni en la Ley Indígena cita al Decreto Supremo N° 124, que en su artículo 14 inciso segundo las define como “...las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos de desarrollo nacional o regional,

⁴⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

elaboradas por los órganos de la Administración del Estado, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados"⁴⁹

La Resolución de Calificación Ambiental correspondería entonces a un acto administrativo, no a una medida administrativa por lo que no sería procedente aplicar la consulta. "Agrega que, si se tiene claro que un acto administrativo es una declaración de voluntad de un órgano realizado en el ejercicio de una potestad pública, se puede concluir que no puede ser una política, un plan ni un programa"⁵⁰.

También sostienen que la aplicación de la consulta sería improcedente, en tanto no se afecta directamente a los pueblos indígena, puesto que no puede establecerse una relación directa entre la Resolución de Calificación Ambiental, que aprueba el proyecto, y la situación de las comunidades indígenas. Dicha causalidad es necesaria para la obligatoriedad de la consulta, puesto que el mismo convenio así lo estipula. Y a su juicio, las consecuencias alegadas por los recurrentes son hipotéticas y no pueden relacionarse de forma directa con la Resolución de Calificación Ambiental.

Respecto de la aprobación del proyecto propiamente tal, el informe indica que esta se encuentra debidamente reglada tanto por el reglamento del SEIA como por la Ley 19.300, y que en este caso en particular la Resolución de Calificación Ambiental cumplió con todos los trámites establecidos por la legislación ya mencionada.

De todas formas, sostiene que se ha cumplido con los estándares de la consulta del Convenio 169, puesto que se consideró la opinión de los pueblos indígenas y que esto se realizó de buena fe. Pero además suman dos argumentos a su análisis.

⁴⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

⁵⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

En primer lugar, que “la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación ya reconocido a nivel nacional en las normas vigentes, sin constituir una negociación obligatoria, sino una forma de recabar información que no resulta vinculante con las atribuciones privativas de las autoridades establecidas en la Constitución.” Y, en segundo lugar, que de una interpretación armónica entre Convenio 169, la ley indígena y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, concluye que el procedimiento mediante el cual se debe llevar a efecto la consulta es a través de los mecanismos establecidos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵¹.

Una vez enunciados y explicados los argumentos de la parte recurrente y la parte recurrida, la Corte de Apelaciones de Valdivia en el considerando séptimo del fallo descarta rechazar el recurso por extemporáneo y procede, en los considerandos siguiente, a referirse a la supuesta ilegalidad o arbitrariedad alegada por los recurrentes.

La Corte hace referencia a lo dispuesto en la Ley 19.253 en relación a la participación indígena, en particular en su artículo 34, que establece “que los Servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce dicha ley⁵². Y suma a lo indicado por esta norma, lo que establece el propio Convenio 169 en sus artículos 6 y 7, en lo que a la consulta y participación respecta.

Cita, además, lo señalado en otro artículo del Convenio, en el artículo 34 señalando que “establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad,

⁵¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

⁵² Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país⁵³. Dicha norma, como se estableció con anterioridad, fue citada por los recurridos dentro de su argumentación al momento de considerar la aplicación del Convenio 169 en este caso en específico. Y reconoce la vigencia del Convenio, pudiendo ser aplicadas en el presente fallo.

A juicio de la Corte de Apelaciones de Valdivia, la aplicación de la participación ciudadana establecida en la Ley 19.300 para los Estudios de Impacto Ambiental, como es el caso del proyecto en cuestión, sería suficiente. Y basa su argumentación en el contenido del Decreto Supremo 124 que reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 y que en su artículo 14 delimita que tanto la participación como la consulta serán aplicadas respecto de medidas administrativas y legislativas solamente, y comparte lo señalado por los recurridos, en razón de considerar la Resolución de Calificación Ambiental como un acto administrativo.

Agregan que, respecto del uso consuetudinario del borde costero, este no ha sido calificado por ningún órgano competente como tal, en conformidad con el procedimiento establecido para dicho efecto, por tanto, no estamos frente a un derecho adquirido, si no que se trata de meras expectativas de las comunidades indígenas involucradas.

Al existir la participación ciudadana propia del Estudio de Calificación Ambiental, la Corte considera que no existió discriminación arbitraria contra los recurrentes ni vulneración al principio de igualdad ante la ley, puesto que todos los interesados tuvieron la oportunidad de manifestar las observaciones que encontraran procedentes.

Por estas razones, la Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza el recurso, señalando que “es posible concluir que no hubo en la decisión de la Comisión

⁵³ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

Regional del Medio Ambiente que califica favorablemente el proyecto Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia algún acto que pueda identificarse como arbitrario o ilegal, que infrinja alguna de las garantías constitucionales invocadas por quienes recurren”⁵⁴.

- ii) Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010. Tercera sala integrada por los ministros Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Roberto Jacob Chocair.

Es necesario señalar, en primer lugar, que la Corte Suprema, elimina los considerandos undécimo, duodécimo, décimo sexto, décimo séptimo y décimo octava de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia y fundamenta su decisión con los argumentos que se expondrán a continuación.

La sentencia de la Corte Suprema, en sus considerandos primero y segundo, destaca lo alcanzado por el Convenio 169, en tanto materializa el derecho fundamental de la igualdad de oportunidades y garantiza su ejercicio, mediante la participación para los pueblos indígenas. Pero precisa, que el trámite de consulta no puede en ningún caso constituirse como una consulta popular vinculante, puesto que la soberanía reside en la Nación y es la Constitución la encargada de delimitar su ejercicio, y ninguna persona se encuentra por sobre la Carta Fundamental.

Repite el argumento de la flexibilidad en la aplicación del convenio a partir de lo dispuesto en el artículo 34 del propio convenio, debiendo considerar la realidad de cada país, debiendo buscar la debida compatibilidad entre las disposiciones contenidas en el Convenio y la normativa interna de nuestro país.

La Corte Suprema sostiene que “forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de

⁵⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

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”⁵⁵. Señala, además, que “se cumplió con las exigencias del trámite de consulta del Convenio 169, en tanto el proceso de participación se realizó de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo, y precisa que “el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental -previsto en el artículo 26 de la Ley N°19.300- es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169”⁵⁶

Por estas razones rechaza el recurso y confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones, con la salvedad señalada anteriormente respecto de algunos de sus considerandos.

Voto de Minoría

Se consigna en la sentencia de la Corte Suprema, el voto disidente del ministro Brito, quien estaba por revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones y ordenar la repetición de la calificación ambiental, por no haberse cumplido con el trámite de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT, basándose en los argumentos que se expondrán a continuación.

En primer lugar, el ministro sostiene que cualquier proceso que pueda afectar a pueblos indígenas debe ser abordado desde la particularidad, de forma tal de considerar su realidad que es distinta del resto de los ciudadanos que pueden ser parte de la participación ciudadana de la Ley 19.300. Por esto se establece la obligatoriedad de la consulta para los pueblos indígenas, y en ella no basta con informar, precisa que “este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr

⁵⁵ Sentencia Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010

⁵⁶ Sentencia Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010

otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente”⁵⁷

No comparte que de lo expuesto por los recurridos se pueda concluir que se ha cumplido con los estándares de la consulta del Convenio 169, pues “no se consideraron elementos particulares de la realidad de las comunidades indígenas involucradas y agrega que tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica "no igualar" para los efectos de resolver⁵⁸.

Comentario

La argumentación tanto de la empresa responsable del proyecto como de la Comisión Regional del Medio Ambiente, busca asimilar el deber de consulta del convenio a la participación ciudadana establecida en la Ley 19.300, respecto de los Estudios de Impacto Ambiental, por tanto, al cumplir con este último se estaría cumpliendo también con el estándar de la consulta, no siendo obligatorio que esta se realice.

La Comisión Regional del Medio Ambiente agrega que el proyecto no se trata de una medida administrativa o legislativa, sino de un acto administrativo, que además no afecta de forma directa a las comunidades indígenas, razón por la cual no sería susceptible del trámite de consulta.

Estos argumentos son compartidos tanto por la Corte de Apelaciones de Valdivia como por la Corte Suprema, al señalar que se cumple con el deber de consulta, mediante la materialización de la participación ciudadana contenida en el la Ley

⁵⁷ Sentencia Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010

⁵⁸ Sentencia Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010

19.300 y en el reglamento que lo regula, de tratarse de un proyecto que se califique mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

En términos de la evolución de la jurisprudencia en esta materia, es de especial relevancia el voto disidente del ministro Haroldo Brito, actual Presidente de la Corte Suprema, quien considera insuficiente la mera entrega de información, puesto que no permite influir de forma real en las decisiones que se adoptan y señala que no basta con la participación ciudadana, la consulta es la que permite un trato de iguales para los pueblos indígenas.

Compartiendo lo expuesto por el ministro Brito, cabe señalar que el estándar de la consulta es superior al de la participación ciudadana, que además sólo tiene lugar si la calificación se realiza mediante un Estudio de Impacto Ambiental, no así si procede la Declaración de Impacto Ambiental. La consulta debe realizarse de buena fe y con el objetivo de dialogar, de negociar, en busca de un entendimiento con los pueblos indígenas, y de forma previa, libre e informada. Además, busca igualar la cancha para las comunidades indígenas, por lo que su omisión es una vulneración a principio de igualdad que no se subsana con la implementación de la participación ciudadana consagrada en la Ley de Bases del Medio Ambiente.

3. Caso "Plano Regulador San Pedro de Atacama"

- i) Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 782/2010, 21 de diciembre de 2010. Segunda Sala, integrada por los ministros Enrique Álvarez Giralt, Laura Soto Torrealba y Oscar Clavería Guzmán.

Con fecha 14 de abril de 2010 ingresó a través de una Declaración de Impacto Medio Ambiental el proyecto "Actualización de Plano Regulador San Pedro de Atacama", que busca actualizar el plano regulador vigente en dicha comuna desde el año 1998, proyecto que es aprobado mediante resolución exenta del 15 de

septiembre de 2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta.

Recurren de protección contra la Comisión Regional del Medio Ambiente, a partir de la Resolución de Calificación Ambiental que aprueba el proyecto previamente individualizado, la Asociación Indígena de Pueblos Atacameños y la comunidad Atacameña Toconao, por vulnerar las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 correspondientes los principios de igualdad ante la ley, libertad de conciencia y ejercicio de una libre actividad económica.

Solicitan, además, que el proyecto ingresé mediante Declaración de Impacto Ambiental, puesto que cumple con los requisitos legales para que así sea, y que se cumpla con el trámite de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT. Ambas omisiones, a juicio de los recurrentes, debiesen ser consideradas como motivos de ilegalidad para la aprobación del proyecto.

Sostienen que, “de la sola lectura del expediente de evaluación ambiental, no es difícil concluir que la COREMA ha realizado un acto ilegal al haber dictado una Resolución de Calificación Ambiental favorable al proyecto sin haber realizado la consulta previa a esta medida administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades atacameñas presentes en el área”⁵⁹. Sumado a la ilegalidad del acto, indican que existiría una arbitrariedad, en tanto la calificación favorable al proyecto se encontraría dentro del ámbito de discrecionalidad de la Comisión Regional del Medio Ambiente.

En relación a la vulneración al principio de igualdad ante la ley, los recurrentes señalan que debe considerarse más allá de la igualdad formal, de forma tal de permitir discriminaciones positivas a favor de determinados grupos para evitar los privilegios de otros, en tanto no sean arbitrarias, interpretación que se encuentra en concordancia con el contenido de la Ley Indígena.

⁵⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 782/2010, 21 de diciembre de 2010

Por su parte, el recurrido, en este caso el presidente de la Comisión de Evaluación Medio Ambiental de la Región de Antofagasta su Intendente, alega que no existe legitimación activa por parte de los recurrentes, puesto que es interpuesto por organizaciones y no por personas naturales debidamente individualizadas, quienes son realmente afectados por vulneraciones a sus derechos fundamentales, razón por la cual el recurso debiese ser rechazado por la Corte de Apelaciones. Además, señala, que las comunidades no se verían directamente afectadas, dado que el cambio en el Plan Regulador no incluye las localidades de Toconao y Peine, las que seguirían siendo regidas por el Plano Regulador de 1998. Y, por último, que las materias en disputa son altamente técnicas por lo que no corresponde sean dirimidas mediante una acción de protección.

En relación a la aplicación del trámite de consulta, la Comisión Regional del Medio Ambiente indica que sí se realizó y que consta en el anexo H de la Declaración de Impacto Ambiental, a partir de lo estipulado en el artículo 2.1.1 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que señala “la obligación de informar el proyecto de plan regulador a los vecinos, realizar una o más audiencias públicas, consultar la opinión del Consejo Económico y Social, exponer el proyecto a la comunidad, consultar a la comunidad por medio de una audiencia pública, etc.”⁶⁰ Pero de todas formas no correspondería la aplicación de la consulta, al no existir una afectación directa a las comunidades indígenas, y sólo consecuencias hipotéticas por causas remotas; y por tratarse de un acto administrativo, no de una medida administrativa o legislativa

A esto se suma, que “no comparte la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental y asegura que su cumplió con todos los procedimientos establecidos por la ley para la aprobación del proyecto mediante la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental, por lo que el segundo motivo de ilegalidad alegado por el recurrente tampoco tendría lugar. Además, precisa que la solicitud de invalidación de un acto administrativo debiera fundarse en la existencia de algún

⁶⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 782/2010, 21 de diciembre de 2010

vicio en alguno de los elementos del acto administrativo, pero en ningún caso en la vulneración de una garantía constitucional”⁶¹.

La Corte, por su parte, se refiere en primer término a la legitimación activa de los recurrentes, señalando que se puede interponer por otra persona capaz de comparecer en juicio, sin ser necesario que conste autorización por escrito o mandato especial para aquello, por lo que no correspondería que el recurso fuese rechazado por dicho argumento.

En relación al fondo del recurso, se refiere en primer lugar a la procedencia o no de un Estudio de Impacto Ambiental, en vez de una Declaración de Impacto Ambiental que ninguna de las instituciones competentes, que fueron consultadas para la aprobación del proyecto, estipuló la necesidad de que este fuese calificado mediante un Estudio y no una Declaración, y que además la elaboración del proyecto si contó con participación ciudadana, en concordancia con lo estipulado en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

La Corte asegura que la Comisión Regional Medio Ambiental actuó dentro de sus atribuciones y conforme a la ley, descartándose cualquier arbitrariedad o ilegalidad en su actuar, ni vulneración alguna a las garantías constitucionales señaladas por los recurrentes, razones por las cuales rechaza el recurso de protección.

- ii) Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011. Tercera sala, integrada por los ministros Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz, María Eugenia Sandoval Gouet y por los abogados integrantes Jorge Lagos Gatica y Ricardo Peralta Valenzuela.

La Corte Suprema precisa en su primer considerando en relación a la acción de protección que por el recurso de protección de garantías constitucionales no se verifica por la autoridad judicial el mérito del acto cuestionado, sino, únicamente,

⁶¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 782/2010, 21 de diciembre de 2010

su legalidad y/o arbitrariedad, y la afectación de alguna garantía constitucional a objeto de disponer medidas de resguardo⁶².

Se pronuncia respecto de la procedencia de un Estudio de Calificación Ambiental para la calificación ambiental del proyecto, señalando que en ningún momento la autoridad cuestionada negó que el proyecto afecte a poblaciones recursos y áreas protegidas, por lo que si se configuran los requisitos legales para la procedencia de un Estudio.

Respecto del Convenio 169 la Corte señala que establece un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional. Y que, por tanto, debe aplicarse cuando se ve afectada la realidad de los pueblos indígenas, agregando 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 reprocha⁶³.

No basta con la mera información para dar por cumplido el trámite de consulta, puesto que en ese contexto las comunidades indígenas no tienen posibilidades reales de influir en el proyecto en cuestión.

Si bien reconoce que el objetivo de la autoridad es atender a los cambios de vida que significan para las comunidades indígenas el crecimiento de la comuna de San Pedro, se ha buscado lograr ese objetivo sin atender a las opiniones y consideraciones de los propios pueblos.

⁶² Sentencia Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011.

⁶³ Sentencia Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011.

Respecto de la afirmación de estar ante un acto administrativo y que por tanto no sería susceptible del trámite de consulta, la Corte Suprema responde señalando que “la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta”, y añade que “tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica "no igualar" para los efectos de resolver”⁶⁴.

Por los argumentos ya descritos, la Corte Suprema resuelve que lo procedente es calificar el proyecto mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaración, puesto que la primera considera la participación ciudadana dentro de su desarrollo, pero además precisa que dicha participación debe ajustarse a lo dispuesto por el Convenio 169 en relación a los estándares propios de la consulta. Por tanto, revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y acoge el recurso de protección presentado por las comunidades indígenas respectivas.

Comentario

Tiene especial relevancia para efectos de la aplicación de la consulta y la participación en nuestro país el trasfondo del razonamiento empleado en el fallo de la Corte Suprema para dar lugar al recurso de protección, razonamiento que vimos anteriormente en el voto disidente del Ministro Brito, pero que en este fallo pasa a ser voto de mayoría, siendo respaldado de forma unánime por la totalidad de integrantes de la tercera sala.

En primer lugar, cabe destacar la aproximación del fallo al principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Carta Fundamental y su relación con la consulta, puesto que la Corte señala que “al omitirse dicho trámite se niega trato

⁶⁴ Sentencia Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011.

de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver⁶⁵. Por tanto, lo que hace la consulta, como señalábamos anteriormente es igualar la cancha, es garantizar la igualdad ante la ley para los pueblos indígenas mediante una discriminación positiva fundamentada y no arbitraria. Se busca entonces, una igualdad más allá de la formal, que permita a las comunidades indígenas igualdad de condiciones ante procedimientos o medidas que pueden afectar su realidad particular.

Un segundo elemento, tiene relación con la asimilación que se realiza en el fallo anterior de la participación ciudadana dispuesta en la Ley 19.300 con la consulta establecida en el Convenio 169. Asimilación que no puede justificarse, en tanto la consulta tiene un estándar diferente, un estándar mucho más alto. No basta con informar, debe existir una real intención de llegar a acuerdo y de establecer un diálogo entre los pueblos indígenas y la autoridad respectiva, y dicho diálogo debe considerar las particularidades de todo tipo que presentan las distintas comunidades indígenas y, debe realizarse de buena fe.

El mismo fallo precisa que deberá efectuarse un Estudio de Impacto Ambiental, que, además se ajuste a los términos del Convenio 169, por lo que no basta con la participación ciudadana propia del Estudio.

Ambos elementos nos permiten sostener que si bien existe armonía entre las distintas normativas relacionadas con esta materia como son la Ley Indígena y la Ley de Bases del Medio Ambiente, éstas no pueden suplir ni reemplazar el trámite de consulta tal como se estipula en el Convenio 169, porque tiene sus propias particularidades y en específico, no es asemejable a la participación que se ha estipulado para todos los nacionales

⁶⁵ Sentencia Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011.

Consulta y Participación en el Proceso Constituyente chileno

Una de las promesas de campaña de la presidenta Michelle Bachelet consignaba la creación de una nueva Constitución nacida en democracia, haciendo eco a las múltiples críticas a nuestra actual Constitución, tanto por su origen como por su contenido. Y ya en su programa de gobierno adelantaba temáticas a considerar en esta nueva Constitución dentro de las cuales se encontraba el garantizar “Derechos colectivos y reconocimiento de los pueblos indígenas”⁶⁶, teniendo en consideración que Chile junto a Uruguay son los únicos países del continente que no hacen referencia a los pueblos indígenas en sus respectivas constituciones.

Señalaba además en el capítulo destinado específicamente a la temática indígena los siguientes compromisos: “Garantizaremos la participación plena de los Pueblos Indígenas en todo el proceso de debate y decisión sobre una Nueva Constitución, teniendo presente la idea de un Estado pluricultural que garantice sus derechos colectivos. Y adecuaremos los marcos regulatorios actualmente vigentes a las normas del Convenio 169, de manera de velar por su adecuada implementación y respeto”⁶⁷

El programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet no es el primer intento por darle reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, desde 1990 a la fecha se han presentado ocho proyectos de reforma constitucional que buscaban lograr ese objetivo, es más, el último proyecto fue presentado en el primer gobierno de la misma presidenta.

Es por esto que en el año 2016 se inicia el Proceso Constituyente definido como “el mecanismo de cambio constitucional que incorpora la discusión pública sobre

⁶⁶ Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018

⁶⁷ Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018

los asuntos constitucionales, de manera institucionalizada, permitiendo el diálogo y la convergencia para la construcción de acuerdos de las personas sobre la Constitución. Es abierto a la ciudadanía, por cuanto los ciudadanos participan y pueden incidir en la discusión constitucional por medio de los diferentes espacios de participación contemplados para ello”⁶⁸. Para garantizar la imparcialidad del proceso se nombró un Consejo Ciudadano de Observadores, compuesto por una serie de personalidades destacadas de distintos ámbitos, como el deporte, la cultura, el mundo empresarial y la academia.

Una vez iniciado contó con una serie de etapas en las que los ciudadanos, siendo posible para los pueblos indígenas participar en este proceso puesto que no es excluyente de la participación en su calidad de indígenas, de forma individual y colectiva pudieron expresarse respecto de las distintas temáticas propias de una Constitución, priorizando y ahondando en los contenidos de la misma y que culminó con la sistematización de las Bases Ciudadanas para una nueva Constitución, documento que fue entregado a la Presidenta de la República.

En forma paralela, amparado en lo dispuesto en el Convenio 169 sobre consulta y participación, se dio paso a lo que se denominó como Proceso Constituyente Indígena, definido como un proceso de diálogo con las distintas comunidades indígenas representantes de los nueve pueblos indígenas presentes en nuestro país, reconocidos por la Ley 19.253 y al igual que el Proceso Constituyente Nacional contó con observadores para darle legitimidad y garantías a los participantes, en este caso se conformó un Consejo de Seguimiento, órgano autónomo, en el que concurrían distintas representantes de organizaciones de Naciones Unidas como de la Organización Internacional del Trabajo, del Alto Comisionado de Derechos Humanos y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y parte de los Consejeros Indígenas de la CONADI. Se sumó como observador del proceso el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁶⁸ Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía. Guía metodológica para la etapa participativa territorial. Abril-agosto de 2016

Se suscribió un Memorándum de Entendimiento entre el Sistema de Naciones Unidas de Chile y el Ministerio de Desarrollo Social para el apoyo al Proceso de Consulta a los pueblos indígenas en el marco del Proceso Constituyente en Chile, en el cual se establecieron los objetivos de su participación, que serían:

- i) “Asegurar que el proceso de consulta indígena vele por el cumplimiento de principios básicos que orientan y motivan el proceso de Consulta Previa Indígena, incluyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT
- ii) Acompañar el proceso, garantizando el respeto de los principios mínimos acordados a través de sistemas estandarizados.
- iii) Proponer estrategias y/o metodologías que favorezcan el desarrollo del proceso”⁶⁹.

El proceso se llevó a cabo en torno a dos grandes etapas, una primera etapa de participación y una segunda etapa de consulta, las cuales pueden disgregarse en cinco fases a saber:

1. “Planificación del proceso: i) Entrega de información preliminar, ii) definición de intervinientes, roles y funciones, iii) determinar metodología o forma de llevar a cabo el proceso, registro de reuniones y pertinencia de contar con observadores y/o ministros de fe.

2. Entrega de información y difusión del proceso: poner a disposición de los participantes todos los antecedentes de la medida a consultar, empleando métodos y procedimientos socioculturalmente adecuados y efectivos, de acuerdo a

⁶⁹ Memorándum de Entendimiento entre el Sistema de Naciones Unidas de Chile y el Ministerio de Desarrollo Social para el apoyo al Proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas en el marco del Proceso Constituyente en Chile

lo establecido en la etapa de planificación en conjunto con los representantes de las organizaciones de los diferentes pueblos

3. Deliberación interna de los pueblos indígenas: posibilita que los pueblos que los pueblos indígenas puedan analizar, estudiar y determinar sus posiciones, de manera de preparar la etapa de dialogo sin la presencia del gobierno.

4. Diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado: El objetivo es buscar el acuerdo sobre las medidas propuestas en cada una de las localidades en que se desarrollen las reuniones, obteniendo una propuesta por cada pueblo indígena. Dentro del plazo establecido para esta etapa deberán realizarse reuniones entre los pueblos indígenas y el órgano convocante.

5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta: El informe incluye la descripción del desarrollo de cada una de las etapas y los acuerdos alcanzados y la explicación fundada de los disensos producidos⁷⁰.

En relación a las modalidades de participación, los pueblos indígenas contaron con tres herramientas:

1. Individualmente mediante una plataforma web, www.constituyenteindigena.cl, en la cual se registraron 538 participaciones, los que se concentraron principalmente en la región Metropolitana y declararon en su mayoría 85% pertenecer al pueblo mapuche. La participación se materializa al completar un formulario de 21 preguntas cerradas, en el que se consulta por demandas históricas de los pueblos indígenas, siendo la demanda territorial la más conocida. También se abordan principios derechos e instituciones que debiesen estar presentes en la redacción de una nueva Constitución, destaca el reconocimiento

⁷⁰ Sistematización del proceso participativo constituyente indígena (2017)

constitucional de los pueblos indígenas, seguido por la pluriculturalidad y plurinacionalidad. Los derechos más mencionados son la consulta y participación, la participación política y la tierra, territorio y recursos naturales. Y en relación a las estructuras nacionales la que tiene mayores menciones es la representación política.

2. Encuentros auto convocados, se realizaron 350 de estos encuentros, registrándose la mayor cantidad en la región de la Araucanía y participando un total de 11.124 personas, con un mayor porcentaje de participación femenina. Las organizaciones o agrupaciones debían inscribirse vía web y correspondía a ellos ejecutar los encuentros.
3. Encuentros convocados, participaron en ellos 5.354 personas en 255 encuentros, concentrándose también en la novena región y con mayoría de mujeres, ejecutados por determinadas Universidades regionales en convenio con el Ministerio de Desarrollo Social. Este mecanismo operó principalmente para organizaciones y autoridades tradicionales de los pueblos indígenas.

Tanto en los encuentros convocados como en los auto convocados destacaron una serie de derechos y principios, que a juicio de sus participantes debiesen considerarse constitucionalmente, que se encuentran descritos en la Sistematización del Proceso Participativo Constituyente Indígena, entre ellos destacan:

- i) Reconocimiento constitucional y Estado Plurinacional, en concordancia con los tratados internacionales suscritos por Chile y en consideración a la diversidad cultural existente en nuestro país, siempre destacando que los pueblos indígenas descienden de los primeros habitantes de nuestro territorio. Se busca reforzar su identidad cultural y garantizar una mayor

participación de los pueblos en las decisiones que los afectan directamente y en las que afectan al país en su conjunto.

- ii) Derecho a la autonomía y libre determinación, tiene relación con el respeto por su cosmovisión y la capacidad para decidir respecto de determinados asuntos que son propios de cada pueblo.
- iii) Derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales, tema abordado en el capítulo II del Convenio 169 de forma más amplia que en la legislación nacional, reivindican en los encuentros la existencia de la propiedad colectiva y de los recursos naturales asociados al territorio. “Desde el punto de vista administrativo, el reconocimiento del territorio de los pueblos indígenas debe incluir: mecanismos para acelerar la devolución de tierras entendida como un derecho; mecanismos para la gestión de los territorios; autonomía para la toma de decisiones sobre el desarrollo económico; exención del pago de contribuciones; establecimiento de zonas protegidas; mecanismos de mediación para la devolución de tierras son de propiedad particular; y un plan de fomento con subsidios a la productividad”⁷¹.
- iv) Derechos políticos, se busca la participación e incidencia de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en todos los niveles y en todos los poderes del Estado, en el marco de un proceso de descentralización en la toma de decisiones. En este punto también se atiende a la necesidad de garantizar a nivel constitucional la libertad de culto y la preservación de las tradiciones de los distintos pueblos indígenas.
- v) Derechos lingüísticos, se reivindica el rescate y revitalización de las lenguas indígenas, declarándose el Estado chileno como multilingüe o

⁷¹ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

plurilingüe, dándole a las lenguas indígenas una categoría equivalente o similar al castellano.

- vi) Derechos sociales, se busca un mejor acceso, asociado principalmente a las dificultades propias de lo rural, lo que empuja muchas veces a los indígenas a migrar a la ciudad perdiendo contacto con sus tradiciones y cultura. Se demanda acceso gratuito, universal y de calidad principalmente a la salud y a la educación.

Estas materias fueron, posteriormente, discutidas en el Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas, compuesto por el Ministerio del Interior, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y el Ministerio de Desarrollo Social, encomendándose a este último la realización de la consulta indígena, la que se llevó a cabo durante el segundo semestre del 2017, siendo la primera que se realiza en el contexto de un proceso constituyente en el mundo, en ella participaron representantes de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la ley chilena.

En un primer momento, entre los días 1 y 14 de octubre se realizaron 18 encuentros regionales, a cargo de las Secretarías Regionales Ministeriales del Ministerio de Desarrollo Social en coordinación con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los que participaron 619 personas, encabezando la mayor concurrencia la región de Los Lagos, seguida por la región de la Araucanía. La sistematización de los encuentros regionales estuvo a cargo de la Universidad de Chile, en cooperación con la Universidad Alberto Hurtado y la Universidad de la Frontera.

Estos encuentros regionales fueron seguidos por un gran encuentro nacional, con representantes elegidos en los cierres regionales, contando con un total de 144 participantes, de los cuales un 54% corresponde a hombres y un 46% a mujeres, teniendo la mayor representación la región de la Araucanía, seguida por Los

Lagos y la Metropolitana, y siendo el pueblo mapuche el que contó con una mayor cantidad de representantes.

En la inauguración de esta última etapa realizada en las dependencias de la FAO participó la presidenta de la República, quien en su discurso señaló las temáticas más relevantes a su parecer, que serían discutidas durante las jornadas de trabajo, tales como: “el reconocimiento explícito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como de su pre-existencia con antelación al establecimiento del Estado de Chile. Del mismo modo, consagra el derecho a la preservación, conocimiento y difusión de la historia, cultura, lenguas, tradiciones e instituciones de los pueblos indígenas, así como el deber del Estado de promover la diversidad cultural del país. Además, establece la existencia de territorios especiales indígenas donde también serán oficiales el idioma propio, su emblema y símbolos, y gozarán de un Estatuto Especial de Autonomía para su uso y el de los recursos naturales. Junto con ello, se instituyen los mecanismos que permiten asegurar su presencia en las instancias políticas, mediante cupos especiales de representación”⁷².

Por su parte Silvia Rucks, Coordinadora Residente del Sistema de las Naciones Unidas en Chile, destacó estar ante un proceso histórico, y enfatizó que se trataba de “un evento de DIÁLOGO. Implica el intercambio de posiciones y el contraste de argumentos, requiere la voluntad de llegar a acuerdos, y, por lo tanto, es una actividad que se funda en la buena fe de las partes”⁷³. En clara alusión a los principios que rigen la consulta del Convenio 169, donde tiene vital importancia la buena fe a lo largo del proceso y la voluntad para llegar a acuerdo.

Como modalidad de trabajo se optó por conformar nueve grupos, uno por cada pueblo y considerando un criterio territorial:

⁷² Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

⁷³ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

1. Mapuche, Mapuche Williche, Lafkenche Pehuenche y Picunche
2. Aymara
3. Diaguitas
4. Lican Antai
5. Kolla
6. Rapa Nui
7. Kawashkar Yagán Mapuche-Huilliche región de Aysén
8. Quechua
9. Mapuche-Williche, Williche de Chiloé, Williche de Magallanes

En este primer momento se discutió en base a la primera propuesta del Gobierno y a la sistematización de la Universidad de Chile, generándose una dinámica de propuesta y contrapropuesta entre el gobierno y los pueblos. En total el Gobierno generó cuatro propuestas a lo largo del diálogo, a las que se les fueron incorporando nuevos conceptos y propuestas planteadas por los pueblos indígenas.

Se presentó una primera propuesta por parte del Ejecutivo, cuyo contenido se centraba en cuatro medidas principalmente para ser consultadas y discutidas por los representantes de los distintos pueblos indígenas en sus respectivos grupos de trabajo. Una primera medida respecto del reconocimiento de los pueblos indígenas, luego una medida en relación al reconocimiento de sus territorios,

además de sus derechos lingüísticos y culturales, y finalmente, una medida a partir de la participación política de los pueblos indígenas.

En base a las propuestas de los grupos de trabajo, el Gobierno presentó una segunda, una tercera y una cuarta propuesta, con las siguientes medidas y respectivas observaciones de los representantes de los pueblos indígenas.

1. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

- i) Reconocimiento a su preexistencia desde tiempos ancestrales o pre-colombinos y la importancia de la tierra para su existencia y para su cultura.
- ii) Reconocimiento de su derecho para conservar, fortalecer y desarrollar su cultura, historia, identidad, idioma, autoridades ancestrales, idioma y tradiciones propias
- iii) Reconocimiento de la diversidad cultural del país y deber del Estado para preservarla.
- iv) Interpretación constitucional debe realizar en conformidad con su contenido, con los derechos que ésta y la ley reconocen a los pueblos indígenas, y, además, con consideración del contenido de los Tratados Internacionales.

2. Reconocimiento territorial

Reconocimiento a la existencia de Territorios Indígenas

3. Reconocimiento de derechos lingüísticos y culturales

- i) Reconocimiento de su patrimonio cultural, material e inmaterial.
 - ii) Reconocimiento a conocimientos tradicionales y prácticas culturales propias de los pueblos indígenas, teniendo el Estado el deber de preservarlas.
 - iii) Reconocimiento de emblemas y símbolos propios de cada pueblo indígena, debiendo existir participación de los mismos para definirlos.
 - iv) Reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idioma oficial en los territorios en que ellos habitan.
 - v) Reconocimiento de los sistemas de educación de los pueblos indígenas, promoviendo su cultura, historia y cosmovisión en concordancia con el sistema general de educación.
4. Reconocimiento a la participación y representación política de los pueblos indígenas
- i) En instancias tales como el Congreso Nacional, mediante mecanismos que garanticen efectiva representación, como escaños reservados, y que, además, aseguren la paridad de género.
 - ii) Una ley establecerá la forma y mecanismos de participación política, debiendo ser consultada según los estándares del Convenio 169.

Se sumaron además nuevas medidas a las inicialmente propuestas

- 5. Reconocimiento al derecho a la salud, a la salud intercultural, a su medicina, y a la salud tradicional, en conformidad con el sistema de salud nacional.

6. Reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas a no ser discriminados de forma alguna en el ejercicio de sus derechos.
7. Reconocimiento del deber del Estado de “consultar mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas, susceptibles de afectarles. La consulta debe ser previa, realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas”⁷⁴.

No fue tarea fácil puesto que en todo momento los distintos representantes de los pueblos indígenas cuestionaron la metodología, la disposición del Gobierno y el poco tiempo con el que contaban para debatir y decidir respecto de temáticas tan complejas como las que se trataron. Existía desconfianza, tanto por la historia de los pueblos indígenas en su relación con el Estado como por la novedad que significaba realizar por primera vez una consulta en los términos planteados, pues como se señaló anteriormente es la primera vez que se realiza una experiencia de este tipo en el mundo.

Tanta fue la dificultad que transcurridos los cinco días estipulados para la discusión ⁷⁵ representantes de los pueblos indígenas solicitaron un plazo de dos semanas para poder discutir en profundidad junto a sus comunidades y dar una respuesta a la última propuesta realizada por el gobierno. Mediante un Acta Solicitud de Extensión del Diálogo señalaron: “en virtud del principio de flexibilidad procedimiento adecuado, a la integridad cultural, territorial de los pueblos; el principio de buena fe, el derecho a la libre determinación, al derecho a la consulta que requiere información completa, veraz y oportuna, hemos decidido tomar el tiempo necesario de dos semanas para proceder a la deliberación de las últimas

⁷⁴ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

propuestas del gobierno sobre el estatuto constitucional de los pueblos indígenas con las comunidades, asociaciones y demás instituciones que representamos”⁷⁵.

La respuesta del gobierno consistió en otorgar un plazo hasta el 30 de octubre para que los distintos representantes de los pueblos indígenas pudiesen entregar sus observaciones y comentarios. Y propusieron constituir una mesa de diálogo para conversar respecto de los disensos, el día 3 de noviembre.

Además, el Sistema de Naciones Unidas en Chile levantó un Acta Resultados del Diálogo Nacional del Proceso de Consulta para el Reconocimiento Constitucional de los Derechos de los Pueblos Indígenas, con fecha 21 de octubre a las 3 de la madrugada, firmada por 35 de los 145 representantes y sin la presencia de los pueblos kawésqar, yaganes y quechua. En dicha acta se dejó constancia de las materias respecto de las que existía acuerdo total, acuerdo parcial o no existía acuerdo, las que se expondrán a continuación.

1. Acuerdo total

- i) Reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio, desde los tiempos pre-colombinos o ancestrales, y de la importancia que tiene la tierra para su cultura y existencia.
- ii) Reconocimiento de su derecho para conservar, fortalece y desarrollar su cultura, historia, identidad, idioma, autoridades ancestrales, idioma y tradiciones propias
- iii) Reconocimiento de la diversidad cultural del país y deber del Estado para preservarla y en general toda manifestación de la cosmovisión de los pueblos indígenas

⁷⁵ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

- iv) Reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas a no ser discriminados de forma alguna en el ejercicio de sus derechos, y reconocimiento al principio de igualdad ante la ley.

2. Acuerdos parciales

- i) Interpretación constitucional debe realizar en conformidad con su contenido, con los derechos que ésta y la ley reconocen a los pueblos indígenas, y, además, con consideración del contenido de los Tratados Internacionales.
- ii) Reconocimiento a la participación y representación política de los pueblos indígenas, mediante mecanismos que garanticen efectiva representación, como un 10% de escaños reservados, y que, además, aseguren la paridad de género.
- iii) Reconocimiento al derecho a la salud, a la salud intercultural, a su medicina, y a la salud tradicional, en conformidad con el sistema de salud nacional.
- iv) Reconocimiento al deber del Estado de consultar en concordancia con los estándares del Convenio 169
- v) Reconocimiento a la libre determinación de los pueblos indígenas, pudiendo determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

3. Sin acuerdo

Reconocimiento de Territorios Indígenas, cuando corresponda, mediante una ley creada para tal efecto.

4. Exigencias adicionales de los pueblos indígenas

- i) Reconocimiento del Estado plurinacional
- ii) Reconocimiento y otorgamiento de rango constitucional al Convenio 169 de la OIT y a la Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

Con posterioridad y siguiendo con lo propuesto por el gobierno se creó la Comisión de seguimiento de acuerdos y diálogo sobre disensos, donde nuevamente no se logró alcanzar acuerdo entre el Gobierno y los pueblos indígenas. Señalando que, si bien existe acuerdo en diversas materias, estos no son suficientes, cuando no hay conformidad respecto de temáticas tan relevantes como la disputa por los territorios ancestrales, el deber de la consulta con rango constitucional, reconocimiento de la plurinacionalidad y de los pueblos indígenas como naciones originarias.

Además, señalaron que se guardaban el derecho de recurrir ante los Tribunales de Justicia para salvaguardar sus derechos. Y acusan al gobierno de intransigencia y de perder una oportunidad histórica de llegar a acuerdo. El documento contó con la firma de 27 representantes de los pueblos indígenas.

El Sistema de Naciones Unidad en Chile, redacta una última acta donde se mantienen los acuerdos totales alcanzados en la instancia anterior y se suman

1. Interpretación a la nueva Constitución, considerando lo dispuesto por los Tratados Internacionales, y en particular por aquellos que establecen derechos para los pueblos indígenas

2. Reconocimiento a la libre determinación, debiendo ejercerse en el marco de la nueva Constitución.

Los demás acuerdos parciales se mantienen, y se deja constancia de las observaciones de los pueblos indígenas respecto de algunas de las medidas en discusión

1. Reconocimiento a la representación y participación política, se deja en claro que para los pueblos indígenas no considera sólo el Congreso Nacional, si no también cualquier órgano colegiado de elección popular, y que solicitan un aumento en el
2. Reconocimiento del deber de consulta, es insuficiente en tanto no se le de rango constitucional a la totalidad del Convenio 169 y de la Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas.
3. Reconocimiento a la existencia de Territorios Indígenas, si bien existe acuerdo respecto de la necesidad de normar, no así respecto del contenido de dicha normativa. Y que es muy relevante para los pueblos indígenas, que dentro del concepto "territorio" se considere el agua, en todos sus estados y formas y los territorios ancestrales.

Finalmente, se estipula un mecanismo de seguimiento y trabajo respecto de todas las áreas trabajadas a lo largo del proceso de consulta.

Una vez finalizado el trámite de la consulta, se hizo entrega, por parte del Ministro de Desarrollo Social de un informe final, que "contiene todos los documentos oficiales, propuestas, contrapropuestas y actas relevantes en el desarrollo del Proceso de Consulta Constituyente Indígena para la elaboración de las medidas que serán incluidas en el proyecto de ley de nueva Constitución"⁷⁶, a la presidenta

⁷⁶ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

Michelle Bachelet, con la presencia también de los ministros del Interior, Mario Fernández, de la Secretaría General de la Presidencia, Gabriel de la Fuente, y de los representantes de los organismos internacionales partícipes en el proceso.

En la última semana de su mandato, en el año 2018, la presidenta de la República envió el proyecto de ley de Reforma Constitucional que establece una nueva Carta Fundamental para Chile, concluyendo un proceso iniciado en el año 2015. Instancia en la que sostuvo que “con este proyecto de ley se reconoce a los pueblos indígenas como parte fundamental de nuestro orden constitucional, debiendo el Estado promover y respetar su integridad, sus derechos y su cultura. Al mismo tiempo, se reconoce el derecho a contar con representación parlamentaria en el Congreso Nacional y se hace cargo de nuestra deuda histórica con los pueblos indígenas, reconociendo sus derechos culturales y lingüísticos”⁷⁷

Proceso Constituyente Indígena en Cortes de Apelaciones

1. **Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 2868/2017, 5 de enero de 2018.** Segunda Sala integrada por los ministros Dinko Franulic Cetinic, Myriam Urbina Perán y Jasna Pavlich Núñez.

Con motivo del proceso constituyente indígena se realizó una primera reunión con fecha 4 de agosto de 2017 en el sector Alto Loa, para dar inicio a la planificación del proceso, momento en el que las comunidades asistentes plantearon la necesidad de respetar los tiempos necesarias para la realización de la consulta, considerando el respeto a sus actividades y festividades religiosas.

⁷⁷ Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

Durante el mes siguiente, enviaron una propuesta de trabajo a la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social de la Región, encargada de llevar a delante el proceso, quienes respondieron mediante Orden N°0510, con fecha 15 de septiembre del mismo año, señalando que "...Teniendo presente los lineamientos impartidos por el nivel central, quien ha conocido la referida propuesta mediante el documento indicado en el ANT., y teniendo en consideración la urgencia que reviste tener un pronunciamiento del Pueblo Atacameño Lickanantay para ser incluidos en la futura Constitución y que en definitiva cuente con la visión de Uds. Como pueblos así también la de los otros pueblos indígenas, cumpliendo por otro lado el requisito de que esta consulta sea previa al envío del proyecto constitucional al Congreso Nacional por nuestra Excma. Presidenta el cual se espera sea ingresado en Noviembre de este año, en virtud del compromiso adquirido en su discurso del 01 de junio pasado; es que se requiere de Uds. también puedan pronunciarse respecto de las medidas y temáticas que consideren necesarias de ser incorporadas en el referido proyecto, antes del 14 de octubre del año en curso, de modo tal que puedan participar del encuentro nacional los días 17 y 18 de octubre. En mérito de lo anterior, y teniendo presente que es posible adaptarse a las necesidades planteadas en la propuesta presentada, en la medida que ésta encuadre dentro de los plazos planteados y esperando contar con vuestra comprensión e indudable aporte que como pueblo sin duda puedan realizar en este gran paso que queremos dar en conjunto, saluda atentamente. Loreto Nogales Gutiérrez Secretaria Regional Ministerial de Desarrollo Social Región de Antofagasta"⁷⁸

Dicha respuesta a juicio de las comunidades vulnera lo estipulado por el Convenio 169, en tanto propone plazos en extremo acotados que no son coherentes con el trámite de consulta, sólo se les da un día para su deliberación interna y dos para el diálogo, con el objetivo de cumplir con lo prometido en el último mensaje presidencial de la presidenta Michelle Bachelet. Razón por la cual presentan un

⁷⁸ Sentencia Corte de Antofagasta ROL 2868/2017, 5 de enero de 2018

recurso de protección, las siguientes organizaciones y personas naturales, Corporación Consejo de Pueblos Originarios Alto Loa, Comunidad Atacameña de Ayquina-Turi, Comunidad Atacameña de Caspana, Comunidad Indígena de Cunchuri, Comunidad Atacameña de Toconce, Asociación Indígena de Agricultores y Regantes de Chiu Chiu, Asociación Indígena Atacameña Likan Tatay, Asociación Indígena de Sanadores Lickan Hampitur, Erika Alicia Reyes Sandon, Esteban Mauricio Araya Toroco, Ramón Felix Galleguillos Aymani, Dagoberto Félix Corante Cruz, y Miguel Arcángel Urrelo Valdivia, sosteniendo que dicha orden es un acto ilegal y arbitrario. Sería ilegal por no respetar los plazos estipulados por el Convenio 169 para llevar a cabo la consulta y arbitrario por establecer dichos plazos por consideraciones políticas, imponiendo un itinerario al pueblo indígena.

Señalan los recurrentes, que dicho acto estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución Política de la República, al no darles el tiempo necesario y pertinente para realizar el proceso de consulta, dando una legitimidad sólo aparente a las conclusiones presentadas para el proceso constituyente. Solicitan, por tanto, que se realicé la consulta dentro de plazos razonables cumpliendo con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y con el Decreto Supremo N°66, de forma tal de reestablecer el imperio del derecho.

Se presenta un informe del Ministro de Desarrollo Social, Marcos Barraza Gómez, en el que se solicita el rechazo de la acción de protección. A juicio del ministro, el recurso carece de fundamento, puesto que en el proceso de la consulta se cumplió tanto con las normas nacionales como con las internacionales que la regulan, contando incluso con observadores internacionales que actuaron como garantes del mismo. Y precisa, además, que los plazos fueron consensuados por las partes y que el acto impugnado sólo solicitó a la comunidad atender a que se trataba de un proceso a nivel nacional y que, por tanto, debían respetarse los plazos previamente establecidos.

La Corte sostiene que el acto impugnado es parte de un proceso a nivel nacional y que es de público conocimiento que dicho proceso ha terminado, por lo que la acción constitucional carecería de oportunidad. Además, no existiría discriminación alguna puesto que los plazos fueron iguales para todos los participantes a nivel nacional, sin excepciones, y aun cuando los plazos no cumplieren con la extensión que los pueblos desean, esta no es razón suficiente para alegar la vulneración al principio de igualdad ante la ley o para asegurar que no se ha actuado de buena fe. Por lo que se rechaza el recurso sin condena de costas para los recurrentes.

2. Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017, 5 de enero de 2018.

Pronunciada por Ministro Titular Pedro Guiza Gutiérrez, Ministro Suplente Frederick Roco Alvarado, y Fiscal Judicial Jorge Araya Leyton.

La Secretaría Regional Ministerial de Desarrollo Social de la Región de Tarapacá, llevo a cabo el proceso de consulta constituyente indígena en dicha región y a juicio de los recurrentes, Guillermo Samuel Pacha Quenaya, Adimelia Palmenia Moscoso García, David José Esteban Moscoso, Alejandro Javier Capetillo Caqueo, Juan Carlos Mamani Lucas, Aline Patricia Papic Tiaina, y Alexander Wilfredo Valderrama Olca, se han vulnerado los estándares propios de la consulta consagrada en el Convenio 169 de la OIT.

Agregan una serie de deficiencias que creen se vieron a lo largo del proceso, tales como, llamados de última hora para convocar a los dirigentes y no por los medios más idóneos, falta de garantías en la metodología de trabajo al no contar las comunidades indígenas con asesoría o talleres previos a la realización de la consulta propiamente tal, dificultando la deliberación interna de las comunidades por no contar con plazos e información pertinentes. Por último, sostienen que no pudieron participar de forma adecuada en el encuentro nacional, por cambios de fechas y por no ser debidamente escuchados por la autoridad competente.

En relación a las garantías constitucionales vulneradas, “denuncian que el proceso de consulta está viciado e infringe los derechos de igualdad y no discriminación, por la actuación de mala fe de la recurrida, que dejó fuera del proceso de consulta a un gran número de comunidades que participaban legítimamente en él, lesionando arbitrariamente la igualdad ante la ley.”⁷⁹

Por los argumentos expuestos, solicitan que la consulta se deje sin efecto y se realice nuevamente o que en su defecto se mantenga hasta la etapa que se estime conveniente teniendo en consideración los derechos de los pueblos indígenas afectados.

Al igual que en el recurso anterior, el ministro Barraza, presentó un informe en respuesta a las alegaciones de los recurrentes, argumentando contra cada una de ellas y sosteniendo que el recurso carece de fundamentación, puesto que el proceso de consulta se realizó apegado a la legislación nacional e internacional, realizándose de forma previa, libre e informada.

Respecto de la acción constitucional propiamente tal, señala que esta sería extemporánea, puesto que el proceso constituyente indígena culminó el 21 de octubre del 2017, y el recurso fue presentado el 3 de diciembre del mismo año. Y agrega, que los recurrentes carecerían de legitimación activa, en tanto personas naturales, dado que el Convenio 169 entrega capacidad procesal a los pueblos interesados y a sus instituciones representativas, y que la acción de protección no es de aquellas que se consideran de carácter popular. Sumado a que dichas personas no cuentan con la autorización para representar a las comunidades y organizaciones que dicen representar. Finalmente, asegura que “no existe un comportamiento reprochable a su repartición que implique privación, perturbación amenaza de derechos fundamentales, en específico, un trato desigual, razones por las que reitera su petición de rechazo.”⁸⁰

⁷⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017, 5 de enero de 2018

⁸⁰ Sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017, 5 de enero de 2018

La Corte responde analizando las distintas normativas que regulan la consulta, primero los artículos del Convenio 169 en relación a las obligaciones y deberes de los gobiernos para la realización de dicho trámite, y en segundo lugar se remite a lo dispuesto por el Decreto Supremo N°66, el cual establece los principios que rigen la aplicación de la consulta, debiendo ésta realizarse de forma previa, de buena fe y mediante un procedimiento adecuado.

Desarrollan estos tres principios en el considerando décimo: “El carácter previo implica que la consulta se lleve a cabo con la debida antelación, que se entregue al pueblo indígena la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente, que, en el caso de las medidas legislativas, debe realizarse antes del envío al Congreso del mensaje del Presidente de la República. En cuanto al procedimiento adecuado se considera como tal aquel que se ajuste a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, y en el que los órganos responsables consideren la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada. En cuanto al principio de la buena fe importa que todos los intervinientes actúen de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable, no pudiendo realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso, impidan alcanzar su finalidad o burlen o desconozcan los acuerdos alcanzados. Respecto del Estado le exige actuar con la debida diligencia, entendiendo por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente”.⁸¹

⁸¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017, 5 de enero de 2018

A partir del análisis citado, la Corte concluye que el procedimiento aplicado no fue el más adecuado y que se actuó de mala fe. Sostiene que no se entregó oportunamente la información necesaria ni se consideró la realidad de las diversas comunidades indígenas presentes en la región. Tampoco contaron con la asesoría que necesitaban y no fueron convocados, más allá de una convocatoria genérica a la participación en el proceso. Por último, asegura que “no se entregaran a los consultados las condiciones necesarias para que pudieran manifestar un consentimiento previo, libre e informado, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo.”⁸² Razones por las que le resta legitimidad al proceso, teniendo los pueblos que tomar decisiones con falta de información y bajo presión por la falta de tiempo para poder deliberar.

Concluye la Corte que el proceso de consulta adolece de vicios de ilegalidad y arbitrariedad, al no respetar los estándares y exigencias para realizar la consulta estipulados tanto en el Convenio 169 como en el Decreto Supremo N°66. Manifiesta que lo que se estableció fue una estructura formal, pero que no resultó un proceso efectivo, en tanto las comunidades no fueron debidamente respetadas y consideradas. Si bien el objetivo de la consulta es incluir a los pueblos indígenas en el debate constitucional, si esta no se realiza de la forma debida, sólo perpetúa la discriminación que dichos pueblos han sufrido a lo largo de la historia.

En lo relativo a los vicios de forma del recurso, particularmente en lo que a la extemporaneidad y a la falta de legitimación efectiva se refiere, la Corte señala que dichos argumentos no podrán ser considerados. En relación a la extemporaneidad sostiene que existe un acta con fecha 3 de noviembre del encuentro nacional, y que el proceso debe ser entendido como un proceso único e integral, por lo que el recurso se encontraría dentro del plazo de 30 días para ser deducido. Y respecto de la falta de legitimación activa, la Corte se remite a un acta regional, en la que los recurrentes aparecen como representantes de

⁸² Sentencia Corte de Apelaciones de Iquique ROL 916/2017, 5 de enero de 2018

determinadas organizaciones y donde participan en calidad de delegados regionales, por lo que tendrían toda la legitimidad para actuar.

Por todos los argumentos expuestos, la Corte acoge el recurso y deja sin efecto el proceso de consulta indígena y ordena que se realice nuevamente, debiendo respetarse lo dispuesto en el Convenio 169 y en el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social.

Conclusión

A partir de lo expuesto en el desarrollo de esta memoria es posible analizar el estado de aplicación del Convenio 169 de la OIT en nuestro país, desde una perspectiva institucional, jurisprudencial y en relación al proceso para la creación de una nueva Constitución.

Lo anterior principalmente en lo relativo a los derechos de consulta y participación, y teniendo en consideración que nos encontramos a 10 años de la ratificación del Convenio por parte de Chile y a tres años del inicio de su período de denuncia, plazo que se establece a partir de la segunda ratificación realizada por México el 5 de septiembre de 1990, entrando en vigencia al año siguiente. Por tanto, nuestro país podrá denunciar el Convenio, si así lo considerase, entre el 5 de septiembre del 2021 y el 5 de septiembre del 2022. Cabe señalar que, a la fecha, ninguno de los 22 Estados miembros del Convenio lo ha denunciado.

Múltiples voces han surgido a partir de esta posibilidad próxima de denunciar el Convenio, tanto a favor como en contra de la denuncia. El 20 de febrero del presente año, una Editorial del diario El Mercurio, señalaba que “hay quienes acusan que ese instrumento se ha convertido en una seria traba para el desarrollo de las inversiones, por lo que abogan por discontinuar la adhesión del mismo”⁸³ evidenciando el principal argumento de quienes están por aconsejar al Presidente Sebastián Piñera para que denuncie el Tratado en su último año de gobierno.

Por su parte, las organizaciones indígenas, académicos y políticos, se han mostrado contrarios a la denuncia, en tanto consideran un avance para los pueblos indígenas y sus derechos la vigencia del Convenio, principalmente en lo que a la consulta respecta puesto que no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno nada que se le asemeje. Como bien, se expuso en materia jurisprudencial

⁸³ El Mercurio 20 de febrero de 2018 Editorial

y en el cambio que experimentó la Corte Suprema en sus fallos, la consulta exige un estándar más alto de participación de los pueblos indígenas que permite nivelar la cancha en el ejercicio de sus derechos.

Además, es muy difícil garantizar la viabilidad de un proyecto de inversión en nuestro país que no cuente con la participación de los pueblos indígenas y desconocería un avance significativo en lo que a derechos de los pueblos indígenas se refiere, traduciéndose en un conflicto político-social entre los pueblos y el Estado de Chile.

Para Sebastián Donoso, académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, "salirse del convenio, o "denunciar" el convenio -que es el término jurídico correcto para tratados internacionales- no tiene sentido. El momento para discutirlo fue hasta el 2008 y hoy políticamente es inviable, pues no solo regula proyectos productivos sino una serie de materias sociales relevantes para las comunidades. Sería como denunciar la Biblia"⁸⁴

La aplicación del Convenio, entonces, ha significado un avance en los derechos de los pueblos indígenas, pero no ha sido un camino de mil sobre hojuelas. Tuvo una serie de trabas para ser ratificado por nuestro país, no fue tarea fácil llegar a acuerdo tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado. Tampoco es casual que su tramitación se prolongará por 18 años y que fuera objeto de dos fallos del Tribunal Constitucional, que declararon las normas relativas a consulta y participación como autoejecutables.

En los 10 años de vigencia del Convenio, su aplicación ha sido de forma paulatina, tanto para los tribunales de justicia como para los organismos gubernamentales. En un principio se asimiló a la participación estipulada en la Ley de Bases del Medio Ambiente, al proceso de consulta, sin atender al estándar propio de esta

⁸⁴ El Mostrador 22 marzo de 2018 "Indígenas e intelectuales denuncian campaña para que Chile abandone durante mandato de Piñera el Convenio 169 de la OIT"

última. A medida que fueron aumentando los recursos de protección en esta materia fue cambiando la opinión mayoritaria tanto en las Cortes de Apelaciones como en la Corte Suprema, fallando en favor de los recurrentes cuando ante una medida administrativa o legislativa que les afectaba directamente no se aplicaba la consulta.

Cabe señalar, que nuestros tribunales de justicia no sólo han tenido conocimiento de casos respecto de consulta y participación, que son los que analizamos en este trabajo, si no también respecto de otros derechos estipulados en favor de los pueblos indígenas, como los relativos al agua y a las tierras e incluso un caso como atenuante en materia penal.

El mayor avance en términos de aplicación del Convenio en lo que a participación y consulta se refiere, tuvo lugar en el proceso constituyente indígena encabezado por el Ministerio de Desarrollo Social de la anterior administración. Por primera vez en un país miembro del Convenio, se utilizó la consulta en materia constituyente. Si bien significó un gran avance, el proceso dejó varias lecciones que deben ser consideradas para el futuro.

En primer lugar, y así se observa en los recursos de protección expuestos anteriormente, los pueblos indígenas no consideraron que el proceso fuese llevado en sujeción estricta a lo establecido en el Convenio 169, tanto en lo relativo al derecho de participación como el de consulta. Lo anterior, pues no se dispuso del tiempo suficiente y adecuado para discutir ni se entregaron las herramientas necesarias para un debate informado al interior de las comunidades que les permitiera dar respuesta a las propuestas y contrapropuestas presentadas por el Ejecutivo. Ello además limitó las temáticas a tratar en una eventual nueva Constitución. Razones por las que finalmente, no todos los representantes de los nueve pueblos indígenas concurrieron a la firma del último acuerdo.

En segundo lugar, el resultado final no cumplió con las expectativas de los pueblos indígenas y parte del mundo académico, según han manifestado públicamente. La propuesta de nueva Constitución presentada el 6 de marzo del presente año, no recogió las demandas históricas de las comunidades que participaron del proceso constituyente indígena, como por el ejemplo el reconocimiento de un Estado plurinacional o de su autodeterminación. Demandas que los pueblos enarbolan desde 1990 y que varios gobiernos comprometieron acoger.

En el acuerdo de Nueva Imperial, de diciembre de 1989, suscrito entre organizaciones de los pueblos indígenas mapuche, huilliches, aimaras y rapa nui, y el en ese entonces candidato a la presidencia don Patricio Aylwin, ya existía la reivindicación por un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos fundamentales, y hoy, a casi 30 años de ese compromiso, el Estado chileno sigue pendiente.

Bibliografía

Convenio N° 107, Organización Internacional del Trabajo, 1957.

Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Constitución Política de la República. Chile. 1980.

Ley N° 19.253 sobre pueblos indígenas.

Propuesta de gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° Y 7° del Convenio N° 169 de la OIT.

OIT (Organización Internacional Del Trabajo):

- “Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, 2007.

- “Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944”

- “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ginebra, 2007.

- “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, 2009.

- “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”, 2013.

Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a reunión, 2008 (publicada en 2009)

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL 8.304/2009, 28 de septiembre de 2009

Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia. ROL 148/2010, 26 de mayo de 2010

Sentencia Corte Suprema. ROL 4078/2010, 14 de octubre de 2010

Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 782/2010, 21 de diciembre de 2010

Sentencia Corte Suprema. ROL 258/2011, 13 de julio de 2011.

Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018

Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía. Guía metodológica para la etapa participativa territorial. Abril-agosto de 2016

Memorándum de Entendimiento entre el Sistema de Naciones Unidas de Chile y el Ministerio de Desarrollo Social para el apoyo al Proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas en el marco del Proceso Constituyente en Chile

Sistematización del proceso participativo constituyente indígena (2017)

Informe Final Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena (2018)

AYLWIN, José MEZA-LOPEHANDÍA, Matías YAÑEZ, Nancy. Los pueblos Indígenas y el derecho.

CONTESSE, Jorge El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT: notas para su implementación en Chile.

FLORES, Marcello. Diccionario Básico de Derechos Humanos “Cultura de los derechos en la era de la globalización”

LOMELI, Arturo. Etnicidad, democracia y Autonomía

MARTÍNEZ COBO, José. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas Vol. V (Conclusiones, propuestas y recomendaciones)

MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Una visión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile.

PAGINAS WEB

<http://www.constituyenteindigena.cl/sistematizacion-de-resultados-2017/>

<http://www.ilo.cl>