

## Cuestión Indígena: Interpretaciones Judiciales del Convenio 169

En las últimas semanas, dos importantes fallos han emanado de la Corte Suprema vinculados a la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. El primero de ellos se vincula a la actividad forestal en la región de la Araucanía, en tanto el segundo dice relación con los derechos de agua y la actividad económica en la zona de Iquique. Si bien ambas sentencias se refieren a actividades muy diversas -y a juicios procesalmente diferentes- ambos contienen conclusiones e interpretaciones difíciles de conciliar con las normas y principios contenidos en la Carta Fundamental, constituyendo un preocupante precedente jurisprudencial.

### **El caso Linconao con Agropecuaria Palermo**

El primer fallo trata sobre un recurso de protección interpuesto por una machi alegando una corta ilegal de árboles por parte de una empresa forestal en el límite de éste y que afecta a los denominados "Menokos" o manantiales, lo que vulneraría la garantía constitucional consistente en el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Para ello, y acogiendo el recurso<sup>1</sup>, la Corte de Apelaciones de Temuco utiliza un concepto amplio de medio ambiente e invoca una serie de autores, normas legales e internacionales, todo lo cual fue confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema hace algunos días<sup>2</sup>.

El problema del fallo tiene dos fuentes: una formal y otra de fondo. La primera se refiere a los fundamentos del fallo que invoca el Convenio 169, el cual no estaba vigente al momento de ocurrir los hechos objeto del recurso. Esta situación es incluso reconocida por el propio fallo, el que sin embargo señala que "el que un tratado o convenio esté o no vigente como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional."

Lo anterior implica una cuestionable interpretación del Derecho en cuanto implica desconocer el rol soberano que tiene el poder Legislativo para aprobar o rechazar tratados internacionales. Siguiendo el razonamiento de la Corte, esta facultad constitucional no tiene importancia alguna, pues ésta se atribuye la capacidad de invocar normas que no han sido ratificadas por el órgano constitucional competente donde reside el fundamento democrático de la sociedad. Esta aproximación de la Corte constituye una lesión al Estado de Derecho y a la separación de Poderes, ya que precisamente se arroga la facultad de invocar normas que no se encontraban vigentes en el ordenamiento jurídico chileno, pasando a llevar a quien

---

**Las sentencias, de algún modo, justifican la idea de que el Estado pueda disponer de los derechos de las personas libremente y sin el debido reparto de los costos de una política pública, cosa que no contiene ni la ley, ni los tratados, ni mucho menos la Constitución. Peligroso e incierto entonces es el camino que han tomado nuestros tribunales.**

---

tiene constitucionalmente este poder, esto es, el Congreso Nacional.

Pero aún en el caso que dicho Convenio se encontrara vigente, la interpretación de éste y de todas las normas invocadas por la sentencia vulnera la manera en que debe aplicarse dicha norma en conformidad a la Constitución. En efecto, el fallo cita repetidamente la ley indígena (Ley N° 19.253) que señala que es deber de la sociedad en general y del Estado, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas; cita igualmente normas similares de la Ley de Bosques, de la Ley de Fomento Forestal y del propio Convenio 169 al señalar que “dispone que se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.”

Nada tiene de objetable que ciertas normas legales puedan ofrecer protección a grupos determinados, pero lo que no puede suceder es que dicha protección sea a costa de un grupo específico, ya que como señala la propia normativa invocada, esto es deber “de la comunidad toda y del Estado” y no de una empresa específica que debe soportar individualmente el peso de una carga que va en beneficio de un grupo que la propia ciudadanía ha querido proteger a través de sus leyes.

Esta es precisamente la razón en virtud de la cual el constituyente ha consagrado la igualdad ante las cargas públicas como un derecho constitucional. Aplicar normas legales que involucran ciertas restricciones al derecho de propiedad implica que nunca pueden interpretarse ni menos aplicarse dichas normas legales en contradicción a los preceptos consti-

tucionales, es decir, contra la igualdad ante las cargas públicas. Así, cuando se quiere disponer de la propiedad de alguien o del uso o goce de esa propiedad, es que la Constitución preceptúa que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad” sin que reciba por ello la “indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado” que es la manera en que el Estado se encarga de socializar la carga que se le ha impuesto a un individuo en particular con el objeto de establecer beneficios o protección a un grupo determinado. Y

es, por lo tanto, responsabilidad del Poder Ejecutivo –no de los tribunales, ni menos de los particulares- llevar a cabo esta obligación. Por lo demás, nunca es lícito para el legislador afectar otros derechos en su esencia, ya que esto también constituye una garantía constitucional. No obstante, la interpretación que dan los tribunales en este caso lleva a omitir dicha disposición de rango constitucional.

Así lo ha señalado expresamente el propio Tribunal Constitucional conociendo precisamente de la constitucionalidad del Convenio 169, señalando que no se trata de un convenio autoejecutable, sino

de aquellos denominados “programáticos”<sup>3</sup>. Tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado, por lo tanto, “requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno”. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.”

---

**Nada tiene de objetable que ciertas normas legales puedan ofrecer protección a grupos determinados, pero lo que no puede suceder es que dicha protección sea a costa de un grupo específico, ya que como señala la propia normativa invocada, esto es deber “de la comunidad toda y del Estado” y no de una empresa específica que debe soportar individualmente el peso de una carga que va en beneficio de un grupo que la propia ciudadanía ha querido proteger a través de sus leyes.**

---

Finalmente, el fallo excede los objetivos del recurso de protección, el cual es de naturaleza cautelar y tiene por objeto resolver una contienda rápida, aparente o inminente, pero no a discutir hechos de fondo. Uno de los puntos fundamentales del recurso trataba sobre si la tala de bosques había sido cercana a los manantiales, lo que está prohibido por ley. Sin embargo, dos órganos competentes (la Dirección de Aguas y CONAF) tenían diagnósticos completamente contradictorios sobre la existencia de dichos manantiales, lo que por tratarse de un asunto de peritajes complejos, debió haber sido discutido en un juicio de lato conocimiento y no en un Recurso de Protección.

### **Comunidad Aimara Chuzmiza y Uzmaga con Agua Mineral Chusmiza**

La segunda de las sentencias se refiere a la disputa existente entre una comunidad indígena y una empresa de Agua Mineral sobre derechos de agua. Se trata de un juicio ordinario de casi 13 años de duración, donde ya hubo pronunciamiento de primera y segunda instancia, y cuyo último fallo es de noviembre pasado y fue dictado por la Primera Sala de Corte Suprema, recaído en un recurso de casación en la forma y en el fondo.

El juicio involucra un conflicto de derechos entre una comunidad indígena, que alega derechos de agua ancestrales, y una empresa de Agua Mineral, la cual tenía derechos de agua inscritos.

El fallo acoge la tesis de la comunidad por una serie de argumentos legales. El defecto radica -una vez más- en la total ausencia de una interpretación de la ley que armonice con el texto constitucional, haciendo caso omiso de este último.

Así, el fallo se sustenta en el Artículo 64 de la Ley Indígena que dispone que “serán considerados bienes de propiedad y de la comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentran en terrenos de la comunidad (...), sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”. El punto en conflicto es que para interpretar qué debe entenderse por “terrenos de la comunidad”, la Corte señala que son “aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas”, invocando la Ley Indígena. El tribunal altera la esencia de dicha norma y la toma en su acepción menos compatible con la Constitución, ya que piensa que el deber de protección a determinadas comunidades recae sobre un individuo en particular, esto es la empresa Agua Mineral Chusmiza, privándole de su derecho de propiedad sobre las aguas inscritas, y no, como señala el texto, en “la sociedad en general y el Estado”. Esta interpretación inconstitucional, al igual que en el caso anterior, vulnera la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas y la garantía que prohíbe que las leyes violen la esencia de los derechos garantizados, en este caso el derecho de propiedad.

Luego, el fallo vuelve a caer en los mismos errores respecto del Convenio 169 donde cita el concepto amplio de “territorio”. Vale por lo tanto, una vez más, la interpretación rotunda y categórica que ya hizo el Tribunal Constitucional cuando resolvió sobre este tema señalando expresamente que dicha norma es constitucional en el entendido que requiere para su implementación normas, leyes y reglamentos que compatibilicen dicha normativa internacional con la legislación chilena, y que de otro modo –señala el propio fallo del Tribunal Constitucional- ese concepto atentaría contra el Derecho de Propiedad consagrado en la Carta Política.

## Conclusiones

Por más que la ley o los tratados quieran proteger a determinados grupos o individuos (sin olvidar que según nuestro Texto Político, en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados”), dicha protección no pueden ser nunca a costa de los derechos constitucionales de algunos individuos en particular. En este sentido, nunca la aplicación de una ley o un tratado puede ser abiertamente opuesta al texto constitucional, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional al conocer el Convenio 169. Por el contrario, el Estado de Derecho y la Supremacía Constitucional, exigen que toda norma sea dictada e interpretada de manera conforme a la Carta Fundamental y a las normas principios y valores contenidos en ella.

En los fallos comentados, se intenta interpretar la normativa legal e internacional de espaldas a la Carta Política. Si la sociedad ha tomado la decisión de amparar a ciertas etnias, los costos de dicha protección deben ser repartidos entre la sociedad en general y el Estado, de lo contrario, se estaría vulnerando la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas.

---

**La única interpretación armónica de la aplicación de estas normas es que si dichos costos van a recaer sobre una persona en particular, ésta sea indemnizada, como manera de socializar el peso de una regulación que el Estado ha decidido adoptar.**

---

La única interpretación armónica de la aplicación de estas normas es que si dichos costos van a recaer sobre una persona en particular, ésta sea indemnizada, como manera de socializar el peso de una regulación que el Estado ha decidido adoptar. Por eso es que la Constitución es clara al señalar que en caso alguno –esto es, sin excepción- alguien puede ser privado de su propiedad sin la correspondiente indemnización.

La posición contraria, ajena de la convivencia armónica de los derechos de las partes adoptada por ambos fallos, abre un campo de incertidumbre jurídica y de desprotección de las personas frente al Estado. Las sentencias, de algún modo, justifican la idea que éste pueda disponer de los derechos de las personas libremente y sin el debido reparto de los costos de una política pública, cosa que no contiene ni la ley, ni los tratados, ni mucho menos la Constitución. Peligroso e incierto entonces es el camino que han tomado nuestros tribunales.

---

<sup>1</sup> Recurso de protección Rol 1773/2008 de fecha 16 de septiembre de 2009, dictada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco por los ministros Julio Grandón, Álvaro Mesa y el abogado integrante Roberto Contreras.

<sup>2</sup> Apelación confirmada por la Corte Suprema en Rol 7287/2009 de fecha 30 de noviembre de 2009, pronunciada por la Tercera Sala por los ministros Adalís Oyarzún, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Haroldo Brito y Mónica Maldonado.

<sup>3</sup> Rol 309 año 2000.