

COMENTARIO SOBRE JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA, ORIGINADA EN AÑO 2009

ANDRÉS FERNÁNDEZ ALEMANY

RESUMEN: El autor plantea que los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, constituyen un cambio en la política internacional sobre los indígenas que pretendía la asimilación de dichos grupos a las sociedades mayoritarias, al reconocérseles hoy ciertos derechos especiales, lo que no significa el reconocimiento a la “autodeterminación” de estos pueblos, ni el establecimiento de una institución con poderes públicos o soberanos. Estos derechos especiales deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en la Constitución Política. Asimismo, el autor sostiene que los derechos reconocidos en el Convenio de la OIT no son ejecutables con el solo mérito del tratado, lo que implica que el Estado deberá, para garantizar tales derechos, dictar nueva legislación o adecuar la existente.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos reconocidos en el Convenio. 3. Conceptos nuevos incorporados en el Convenio. 4. Análisis legalidad del Convenio. 5. Análisis de Jurisprudencia. 6. Guía del Foro permanente Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Ocupación Tradicional de Comunidades en relación a las Tierras y Territorios Indígenas. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2009 fue especialmente importante en materia de institucionalidad indígena. En efecto, con fecha 15 de septiembre de 2009, entró en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT sobre *Pueblos Indígenas y Tribales* (“Convenio”), después de haber sido ratificado por el Estado de Chile y aprobado por el Congreso Nacional, en un proceso que duró más de 10 años.

En efecto, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.253 (“Ley Indígena”), no se había dictado normativa de fondo de relevancia en

materia de institucionalidad indígena¹. Por lo mismo, la entrada en vigencia del Convenio levantó importantes expectativas en distintos sectores del quehacer nacional, incluyendo las mismas comunidades indígenas; empresas relacionadas a la industria extractiva o de explotación de recursos naturales, tales como la minera o forestal, por las nuevas exigencias u obligaciones que pudieran afectar las actuales y futuras operaciones de tales sectores; universidades y sectores académicos; y la misma autoridad administrativa que, comandada por la Oficina del Comisionado de Asuntos Indígenas, se mostró especialmente activa elaborando la propuesta conocida como “Código de Conductas Responsables”, y dictando el D.S. N°124/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que contiene el Reglamento sobre Consulta y Participación Indígena.

Especial mención merece la antes citada propuesta de Código de Conductas Responsables, iniciativa que ante la avalancha de críticas recibidas desde distintos sectores², finalmente no prosperó y debió ser retirada. Esta propuesta contemplaba un instrumento normativo, que junto con definir los derechos indígenas que buscaba resguardar, establecía un sistema de certificación en que los proyectos de inversión que podían impactar tales derechos, debían acreditar el cumplimiento de las obligaciones o “conductas” que se establecían y obtener así una autorización o licencia para su ejecución.

Si bien esta iniciativa no prosperó, y ante la ausencia de anteriores experiencias a nivel nacional sobre aplicación del Convenio, se puede observar que sus contenidos, en la práctica, han constituido un verdadero precedente que podría haber influido incluso algunos de los fallos que analizaremos a continuación.

Ahora bien, es importante destacar desde el inicio de este trabajo la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional (“TC”)

¹ Lo anterior, sin perjuicio de normativa de forma y políticas dictadas durante dicho periodo, tal como el Decreto N° 70 de MIDEPLAN de fecha 24 de junio de 2008, que creó el Consejo Ministerial y Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas; así como el Instructivo Presidencial del Gabinete de la Presidente N° 005 de 25 junio de 2008, que ordenó a los distintos ministerios crear una Unidad de Asuntos Indígenas; o la nueva política indígena “Re-Conocer - Pacto Social por la Multiculturalidad”, aprobada el 1 de abril de 2008, mediante la cual se diseñó un plan de acción con medidas específicas, destinadas a dar cumplimiento a los compromisos asumidos por la Presidenta Bachelet, durante su campaña presidencial de 2007.

² Fundamentalmente por medio de medios de prensa.

expresada en ya dos oportunidades³, al resolver sobre la constitucionalidad de dicho Convenio. A este respecto, el Tribunal estimó que el Convenio en cuanto a la forma y el fondo no era contrario a la Constitución Política, por cuanto, a excepción de las disposiciones contenidas en el artículo 7º N° 1 oración segunda⁴ y en el artículo 6º letra a)⁵, sus normas son programáticas, lo que quiere decir que el Convenio en sí mismo no es suficiente para hacer efectiva las medidas o derechos que se reconocen, sino que será necesario la dictación de nueva normativa o la adecuación de la legislación nacional existente. En definitiva, será la legislación nacional que se dicte y no el Convenio, la que permitirá hacer realidad los derechos reconocidos.

Por esta razón, el presente trabajo no entrará a analizar los problemas de constitucionalidad que la entrada en vigencia del Convenio pueda acarrear, por cuanto debemos entender que este tema ya fue zanjado por el TC. Lo anterior, es sin perjuicio de hacer presente que algunos sectores doctrinarios estiman que el Convenio tiene la calidad de tratado internacional sobre derechos humanos⁶, resultando aplicable el artículo 5 inciso 2 de la Constitución. En consecuencia, estiman que los órganos del Estado no podrían desconocer los derechos reconocidos en el Convenio; así como cualquier juez, ante el conflicto de normas, debería preferir las disposiciones del Convenio 169 a otras normas legales.

Por otra parte, el Convenio introduce conceptos nuevos, como son los de Pueblos Tribales y de Territorio Indígena, que no se encuentran contemplados en la legislación nacional. La importancia de analizar el concepto de *Pueblos* se relaciona con la histórica reivindicación que tienen algunos grupos indígenas a su derecho de “autodeterminación”. En relación al concepto de *Territorio Indígena*,

³ Sentencias Rol N° 309 del 4.8.2000 y Rol N° 1050/2008 Considerandos 3º, 4º, 12º y 16º, ambas del Tribunal Constitucional.

⁴ Relativo al derecho de los pueblos indígenas a participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

⁵ Relativo a la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

⁶ Ver “La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el Norte de Chile” de ediciones LOM, 2008 de los autores Nancy Yáñez y Raúl Molina.

este se vincula a otra demanda histórica de reivindicación de tierras, que se encuentra referida a aquellas donde existe una utilización tradicional aunque ocasional, como es el caso de actividades de subsistencia o de índole cultural o religioso.

Frente a lo anterior, el Estado de Chile ha avanzado en forma pausada en lo referente a la adecuación de la normativa nacional a los nuevos preceptos del Convenio, encontrándose aún en una etapa de identificación de las materias que podrían requerir de modificaciones legales o reglamentarias. Por el momento, se ha limitado a dictar el ya mencionado D.S. N°124/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que contiene el Reglamento sobre Consulta y Participación Indígena, que como se dijo, recae sobre una materia que el TC estimó como autoejecutable y de aplicación directa por medio de las disposiciones del Convenio, y que como veremos, ha sido materia de un importante fallo de los Tribunales de Justicia.

Así las cosas, con la entrada en vigencia del Convenio, la institucionalidad indígena se ha visto enfrentada a la introducción de conceptos nuevos anteriormente desconocidos para la legislación nacional, con normativa de carácter programático que requiere de modificaciones legales para ser ejecutable, con una pausada actividad del Estado en lo referente a esta adecuación normativa, ahora postergada aún más ante las prioridades que trajo el último terremoto, y con crecientes expectativas de las comunidades beneficiarias de los nuevos derechos así como de sectores académicos.

Es por lo anterior que los últimos fallos de nuestros Tribunales de Justicia sobre la nueva institucionalidad indígena, alcanzan una relevancia especial como fuente de jurisprudencia para la mejor comprensión y aplicación de estos nuevos derechos y conceptos jurídicos. De esta manera, el presente trabajo se referirá al primer fallo que aplicó el Convenio, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco y confirmado por la Exma. Corte de Apelaciones en el año 2009, sobre corta ilegal de árboles en menokos; así como la sentencia de la Exma. Corte Suprema del mismo año, sobre solicitud de regularización de derechos de aguas de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-USmagama. Adicionalmente, y si bien escapa a los límites del presente trabajo por ser un fallo del presente año 2010, no podemos dejar de hacer, por su trascendencia, un breve comentario de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Te-

muco que revocó una resolución de calificación ambiental referida a un proyecto de piscicultura por falta de consulta indígena, y que a la fecha de este informe se encuentra en acuerdo para la decisión de la Exma. Corte Suprema.

Si bien estos fallos cubren importantes conceptos del Convenio, tales como la noción de territorio indígena y derecho de consulta, no podemos sino que referirnos también al importante aporte de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, de aplicación obligatoria para los Órganos de la Administración del Estado. Al respecto, analizaremos el Dictamen N° 70292, de fecha 17 de diciembre de 2009, que justamente se pronuncia sobre la consulta indígena.

Ahora bien, siendo la naturaleza del Convenio la de un tratado internacional correspondiente a un órgano vinculado a las Naciones Unidas, como lo es la Organización Internacional del Trabajo, parece conveniente además, analizar precedentes emanados desde dicha entidad. Al respecto, se procederá a comentar una indicación emitida en el pasado año 2009 por el Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre ocupación tradicional de comunidades en relación a las tierras y territorios indígenas.

Finalmente, para el desarrollo de este trabajo, y considerando la temática de los fallos y precedentes administrativos que se comentarán, se consideró oportuno proceder a delimitar aquellos derechos reconocidos por el Convenio que tengan una relación más directa con la utilización de recursos naturales y la generación de impactos ambientales en tierras indígenas. Lo anterior se hace presente en atención a que el Convenio tiene un alcance más general, al reconocer derechos de distinta índole tanto en el plano penal, de promoción social, de fomento cultural y de seguridad social que no se vinculan directamente con la materia antes señalada.

2. DERECHOS RECONOCIDOS POR EL CONVENIO

El Convenio N° 169 de la OIT, que reemplazó al Convenio N° 107 de 1957, constituye un cambio de dirección a la política anterior que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las

sociedades mayoritarias⁷. Sobre esta premisa, el Convenio reconoce derechos sobre la tierra y los recursos naturales, y exige por parte de los Estados que se consulte a los pueblos indígenas cuando estos puedan ser afectados.

No obstante esta aspiración, el propio Convenio deja en claro desde el propio preámbulo, que el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales debe enmarcarse dentro de la legislación e institucionalidad vigente. Dicho preámbulo se refiere a “las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, *dentro del marco de los estados donde viven*”.

En este sentido, el Convenio establece un mecanismo basado en el respeto recíproco, por el cual los Estados deben reconocer la contribución a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, considerando al mismo tiempo que estos deben enmarcarse dentro del respeto de la legislación o marco jurídico que los propios Estado se han dado.

Con el objeto de facilitar el análisis de estos derechos reconocidos por el Convenio, se procedió a clasificarlos de la siguiente manera:

2.1. Derechos en relación a reivindicación de tierras

- a. Derecho a reivindicar tierras que han sido ocupadas por los pueblos (art.14).
- b. Derecho a utilizar las tierras que si bien no son ocupadas exclusivamente por ellos, han tenido un tradicional acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art.14).

2.2. Derechos en relación a la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras

- a. Derecho a que los recursos naturales existentes en sus tierras sean protegidos especialmente (art.15).

⁷ James Anaya, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas* en “La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI”, Centro de Estudios Sociales, 2004. Pág. 691.

- b. Derecho participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art.15).
- c. Derecho a ser consultados en forma previa a la ejecución o autorización de obras de prospección o explotación de los minerales y recursos del subsuelo (art.15).

2.3. Derecho a participar de los beneficios y a ser indemnizados

- a. Derecho a participar de los beneficios que reporten las actividades que se ejecutan en sus tierras (art.15).
- b. Derecho a ser indemnizados por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades que se ejecuten en sus tierras (art.15).

3. CONCEPTOS NUEVOS INCORPORADOS POR EL CONVENIO

3.1. Concepto de territorio indígena

El Convenio en el artículo 13 utiliza la expresión “tierras” incluyendo dentro de este concepto al de territorio. El concepto de territorio reconocido por el Convenio, recoge una histórica aspiración de los pueblos indígenas de incorporar dentro del concepto de territorio no solamente las tierras que “tradicionalmente ocupan”, es decir, respecto de las cuales se dan los requisitos de la posesión, entendiéndose esta como la ocupación efectiva de un bien raíz, en forma continua y pacífica, con ánimo de señor o dueño. Sino también un concepto más general y menos jurídico que “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”.

Esta definición amplia de territorio comprende la idea de áreas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. De manera que el territorio estará comprendido no solamente por aquellas tierras que efectivamente ocupan o explotan los pueblos o comunidades, sino que también por las áreas que integran el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales. Este podría ser el caso de terrenos ocupados ocasionalmente para labores de pastoreo o de terrenos ocupados para la realización de ceremonias religiosas, donde no existe una ocupación

permanente, pero donde las comunidades desarrollan actividades de índole cultural o de subsistencia tradicional.

El reconocimiento de esta definición amplia de territorio tiene importantes implicancias, por cuanto los derechos de reivindicación de tierras y los demás derechos reconocidos por el Convenio, como por ejemplo el de instar por la conservación de los recursos naturales existentes en tierras indígenas, se refieren no solamente a las tierras que efectivamente ocupan (donde exista posesión), sino que también a aquellas que no estén “exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, según establece el artículo 14 del Convenio.

3.2. Concepto de pueblos indígenas o tribales

Este es el concepto más controvertido que utiliza el Convenio por sus implicancias en relación con la “libre determinación” de los pueblos. Por esta razón, en el proceso de discusión parlamentario de la Ley Indígena se dejó expresa constancia de acoger el planteamiento de evitar la utilización de tales expresiones, ocupando en su reemplazo la expresión “etnias o poblaciones indígenas”⁸.

El Convenio N° 169 incorporó la expresión pueblos a diferencia de lo que ocurría en el Convenio N° 107, y que hacía referencia a “poblaciones”. Sin embargo, el Convenio N° 169, establece la siguiente salvedad en el artículo 1° N° 3: “La utilización del término *pueblos* en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que *tenga implicancia alguna* en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el *derecho internacional*”.

De esta forma, el Convenio no adopta una posición en el sentido de reconocer un derecho a la libre determinación, que era precisamente una de las principales aspiraciones de los grupos indigenistas.

En la discusión de constitucionalidad que se dio al interior del Tribunal Constitucional, se determinó por este tribunal que el concepto de pueblos debe ser entendido como “un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, *que no se encuentran dotadas de potestades públicas*”

⁸ Senado Sesión N° 10, legislatura del 13 de julio de 1993, Pág.1317.

y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, *con estricta sujeción a ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte*. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”.

En este sentido, la expresión “pueblos” no puede ser considerada como aquel grupo que tiene la soberanía o su ejercicio, asignándosele alguna potestad pública o de decisión, sino lo que se busca con esta definición, es la de afirmar la identidad del grupo indígena y de dotarlo de ciertos derechos especiales, pero como un grupo integrado a la nación chilena.

La clarificación de esta definición permitirá comprender a cabalidad cuáles son los límites de los derechos que se reconocen a los pueblos indígenas, en especial en relación al derecho de participación y consulta.

4. ANÁLISIS SOBRE LA LEGALIDAD DEL CONVENIO HECHA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. En relación al Derecho de reivindicación de tierras

En relación al derecho sobre las tierras indígenas, el Tribunal Constitucional (TC) estableció que las disposiciones del Convenio tienen un carácter “programático”. Esto quiere decir que sus disposiciones reflejan declaraciones pero no son ejecutables con el solo mérito del tratado. Como consecuencia de lo anterior, el Convenio no es suficiente por sí mismo para poner en ejecución las medidas que reconoce el tratado, sino que corresponde al Estado dictar la legislación nacional o adecuar la existente para que estos derechos puedan ser exigibles. Esto se debe a que el lenguaje del Convenio utiliza expresiones tales como: “Deberá reconocerse a los pueblos”; o “deberán tomarse medidas”; o “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”.

El Tribunal Constitucional también efectúa una importante declaración, al señalar que las medidas que el Convenio propone no quedan comprendidas en el marco del sistema jurídico de expropiaciones. Esta aclaración se efectuó a propósito del requerimiento de los Diputados, que precisamente reclamaban que de ratificarse el Convenio, el Estado asumiría la obligación de expropiar tierras

reclamadas por organizaciones indígenas en su beneficio propio. El TC, declaró que estas situaciones no quedan comprendidas en el sistema de expropiaciones.

Por lo tanto, tal declaración no permitirá a las organizaciones o pueblos tribales invocar el Convenio para exigir por parte del Estado que inicie un proceso de expropiación de tierras que son legítimamente ocupadas por terceros, por cuanto el sistema jurídico nacional dado por la Constitución y las leyes no dan cabida a expropiaciones para tal efecto.

4.2. En relación al Derecho de participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras

El Tribunal Constitucional se pronunció únicamente sobre la legalidad del derecho de consulta previa a la ejecución o autorización de obras de prospección o explotación de los minerales y recursos del subsuelo. A este respecto, el TC volvió a confirmar su opinión de que esta disposición solo tiene un carácter programático y por tanto no sería exigible mientras no medie la respectiva modificación legal.

En cuanto a la necesidad de obtener consulta previa por parte de los pueblos indígenas para el desarrollo de labores mineras, el TC señaló que el procedimiento judicial de constitución de concesiones mineras constituye una garantía para que todos los interesados puedan ser escuchados frente a una violación de sus derechos. En este sentido, el TC fue de la opinión que este derecho de consulta ya se encuentra garantizado en el actual procedimiento judicial.

Adicionalmente, como se explicó al analizar la definición de pueblos que da el Convenio, el TC concluye que estos no están dotados de potestades públicas propias, en el sentido que gocen de facultades o poderes públicos. Por esta razón, el TC estimó que el derecho de consulta que reconoce el Convenio queda enmarcado en lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, que establece un derecho genérico de participación que “asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Si bien el TC no se pronunció sobre esta materia, atendido a que no se reconocen facultades públicas a los pueblos indígenas, es perfectamente posible concluir que implícitamente se les está negando

la existencia de un derecho de veto frente a un proyecto que se les presenta para su consulta.

4.3. En relación al Derecho a participar de los beneficios y a ser indemnizados

En relación a estos derechos, el TC no mostró mayores reparos de legalidad por cuanto estimó que esta disposición también es meramente programática o declarativa, debido a que el Convenio utiliza expresiones tales como “Los pueblos interesados deberán participar *siempre que sea posible* en los beneficios que reportan tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir”.

En opinión del tribunal, este derecho a la participación en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales, debe entenderse en el sentido que su aplicación debe ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera.

5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

5.1. Sentencia sobre corta ilegal de árboles en Menokos⁹

a. Antecedentes

La machi de un sector de la IX Región interpuso un Recurso de Protección en contra de una sociedad que realizaba explotación forestal, alegando la vulneración de su derecho a vivir en un medio libre de contaminación establecido en la Garantía Constitucional del art. 19° N° 8 de la Constitución Política de la República, por estarse consumando una corta ilegal de árboles y arbustos nativos en infracción del art. 5° N°1 de la Ley de Bosques, que prohíbe la corta de tales especies en lugares situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga su origen hasta aquel en que legue al plano.

⁹ Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009 de la Exma. Corte Suprema, Rol. N°7287/2009, que confirmó la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

La situación anterior se veía agravada por la eventual destrucción de bosques ancestrales y la contaminación de las aguas de manantiales y vertientes denominados “Menokos”, de carácter sagrado en la etnia mapuche y de gran relevancia, pues en sus alrededores las machis obtienen las plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación de su medicina tradicional.

El recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco, y confirmado por la Corte Suprema.

b. Implicancias

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada un día después de la entrada en vigencia del Convenio, conlleva el hito de ser el primer fallo que aplicó entre sus considerandos, normas de dicho tratado internacional. En efecto, entre los considerandos para acoger el recurso, se citó la aplicación del art. 4 N° 1 referido al deber de los Estados de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; así como el art. 5, referido al deber de los Estados de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de los pueblos originarios. En el mismo sentido, se citan también los arts. 8 y 13 del Convenio.

Adicionalmente, los considerandos del fallo de la Corte de Temuco se extienden ampliamente en citar doctrina nacional e internacional con el objeto de justificar un significado amplio del concepto de medio ambiente libre de contaminación, incorporando la variable sociocultural, de manera tal, que la etnia mapuche de la recurrente y la valoración de la afectación de bosques ancestrales y manantiales sagrados por parte de la recurrida, deba incidir necesariamente en la estimación que se vulneró la Garantía Constitucional dispuesta en el art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

Más aún, el fallo desarrolla el argumento relativo a la naturaleza de derechos humanos de la cual estaría revestido el Convenio, de manera de justificar una aplicación directa de su normativa, a pesar de su carácter programático establecido por el Tribunal Constitucional¹⁰. Además, el fallo postularía que esta misma naturaleza

¹⁰ Ver sección IV anterior.

implicaría una característica suprallegal de las normas del Convenio por sobre la normativa nacional, en concordancia con lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Más tarde veremos que estos mismos argumentos serán utilizados en una sentencia que revocó una Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de piscicultura por falta de consulta indígena, dictada por la misma Corte de Apelaciones de Temuco, y que analizaremos en la Sección v.3. siguiente.

Sin embargo, después de un análisis más acabado del fallo, se puede concluir que el recurso fue acogido más que por las argumentaciones doctrinarias de sus considerandos y por la procedencia étnica de la recurrente, en definitiva por la constatación de una concreta infracción a la normativa forestal vigente en el país desde hace décadas. En efecto, en la sentencia confirmatoria de la Corte Suprema, se consignó *“que el Ministro señor Pierry y la Ministra señora Araneda si bien concurren a confirmar la sentencia en alza-da, estuvieron por eliminar todos sus fundamentos, a excepción del primero; y teniendo únicamente presente el mérito de los documentos de fojas 101 a 109 de los que aparece que la Corporación Nacional Forestal dispuso la paralización de labores de acuerdo con la legislación forestal”*. Cabe consignar que el Considerando Primero de la sentencia de la Corte de Temuco, es aquel que justamente se refería a la infracción a la Ley de Bosques y Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

5.2. Sentencia sobre solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas de la comunidad indígena aimara de Chusmiza-Usmagama¹¹

a. Antecedentes

El día 25 de noviembre de 2009, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación que pretendía invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, que había dado lugar a una solicitud de regularización de derechos de aguas a favor de la comunidad indígena de Chusmiza.

¹¹ Sentencia de la Exma. Corte Suprema de fecha 25 de noviembre de 2009, Rol N°2840/2008.

Dicha comunidad recurrió al artículo 2 transitorio inciso segundo del Código de Aguas, solicitando la regularización de 9 l/s amparado en la presunción de dominio que contiene el artículo 64 de la Ley Indígena N° 19.253, esto es, que se trata de aguas que se encuentren en “terrenos de la comunidad”. Para estos efectos, dicha comunidad logró acreditar un uso ininterrumpido por más de cinco años, sin mediar violencia o clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.

Lo resuelto por la Corte Suprema viene a confirmar una jurisprudencia anterior (Comunidad Atacameña de Toconce con Essam S.A. de 2004), por el cual se establece que la Constitución Política no solo protege los derechos “constituidos” por la autoridad, sino también los “reconocidos” en conformidad con la ley, entre los cuales se cuentan los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de comunidades indígenas aimaras y atacameñas.

De acuerdo al criterio de la Corte, el derecho de regularización no se encuentra impedido por el hecho que las aguas se encuentren inscritas a favor de un tercero. Lo señalado por la Corte no hace sino que aplicar las disposiciones transitorias del Código de Aguas, que permite la regularización contra título inscrito, siempre que se acredite un uso ininterrumpido, sin violencia ni clandestinidad de dichas aguas.

b. Implicancias

La Corte, mediante una interpretación finalista, esto es, con el objetivo de proteger y promover el desarrollo de los indígenas y de asegurar el abastecimiento de agua para dicha comunidad, concluye que la expresión “terrenos de la comunidad”, incluye aquellos inscritos a nombre de un tercero, respecto de los cuales se haya hecho una “utilización ancestral” por parte de dichas comunidades.

Para arribar a esta conclusión, se consideran dos elementos; (i) la finalidad de protección de las aguas indígenas con el objeto de evitar el despoblamiento; y (ii) la aplicación del concepto de territorio que establece el Convenio de la OIT N° 169, que comprende el hábitat que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (Art. 13 N° 2 Convenio N° 169).

Lo resuelto por la Corte es concordante con lo estipulado en el Código de Aguas, por cuanto en el artículo 2 transitorio no se dis-

tingue si la regularización se realiza respecto de derechos de aguas localizadas en terrenos propios o ajenos. Lo novedoso del planteamiento de la Corte se refiere a la posibilidad de ampliar la presunción de dominio de las aguas del artículo 64 de la Ley N° 19.253 más allá de los “terrenos de la comunidad”, aplicándolo al “territorio indígena.”

Lo anterior tiene enorme trascendencia respecto de los derechos de aguas que por mera tolerancia del dueño, se permite que sean utilizados por comunidades, por cuanto si se logra acreditar que dicha utilización es ancestral e ininterrumpida, las comunidades podrán regularizarlas aunque estén inscritas a nombre de un tercero, ya que no podrá reclamarse clandestinidad o violencia.

c. Necesidad de uso ininterrumpido del agua

La Corte estimó que no constituía un hecho controvertido, que el uso de las aguas se habría hecho de manera “ininterrumpida” desde periodos precolombinos hasta nuestros días, lo que se manifiesta por la existencia de socavones, estanques de acumulación, terrazas de cultivos, canales y el mismo asentamiento humano. Lo anterior es plenamente concordante con los requisitos del artículo 2 transitorio que exige utilización ininterrumpida, y con lo expresado por el Panel de Expertos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹², por cuanto se requiere que la ocupación tradicional indígena a que hace referencia el Convenio de la OIT debe ser “actual”.

De acuerdo a este criterio, no basta con señalar que existía una utilización histórica de aquellos territorios, como plantean algunas organizaciones de defensa indígena, sino que se requiere una conexión entre ese uso inmemorial con la actualidad. De tal forma que, si no se acredita ese uso ininterrumpido en el uso de las aguas, la sola existencia de las mismas en terrenos o territorios indígenas, no sería suficiente para solicitar la regularización. Lo anterior, por cuanto el reconocimiento de derechos sobre los recursos naturales, supone un uso tradicional inmemorial amparado por un uso actual o a lo menos reciente.

¹² Ver sección v.5.- del presente trabajo.

5.3. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que revocó una Resolución de Calificación Ambiental por falta de consulta indígena

Con fecha 21 de enero de 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco dio a lugar a un recurso de protección en contra de la COREMA Región de La Araucanía, por haber pronunciado una RCA calificando favorablemente una DIA de un proyecto de piscicultura, sin haber realizado previamente la consulta indígena que contempla el artículo 6 del Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Entre los principales alcances de este fallo podemos citar:

- a. Hace aplicable el deber de consulta indígena del artículo 6 del Convenio N° 169 (aplicable a medidas legislativas y administrativas) tanto a medidas administrativas generales como particulares, en este caso una RCA, y en particular extiende el requisito de realización previa de dicha consulta indígena a las medidas administrativas particulares que recaigan sobre proyectos de inversión, en el sentido que debe hacerse una consulta indígena ad hoc cuando hay población indígena “susceptible” de ser afectada por tales medidas.

Este punto es de vital importancia, y quizás una de las principales críticas que pudiera formularse al fallo. Lo anterior, por cuanto la Corte no consideró que el proyecto se presentaba bajo la forma de una DIA, y que por tanto, no era susceptible de generar efectos adversos significativos. Tampoco consideró que la posición técnica de los órganos del Estado se manifestó conforme al proyecto, de la misma manera que no consideró que el proyecto no se ejecutaba dentro de tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena.

En otras palabras, para la Corte de Apelaciones de Temuco, cuando existe la posibilidad de afectación para dichas comunidades indígenas, es necesario proceder a la consulta previa, en consideración que se trata de “*grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las Consultas aludidas*”. (Considerando undécimo).

- b. La Corte de Apelaciones aplica además el criterio que en caso de dudas sobre qué medidas administrativas deben ser consultadas, rige el principio de interpretación ‘pro indígena’ o pro

derechos humanos. En consecuencia, estima que si existen dudas la consulta debe realizarse;

- c. Establece que la falta de la consulta indígena invalida la medida administrativa dictada, revocando así la RCA. La Corte sobre este punto, no se hace cargo del perjuicio para el tercero interesado, en este caso el titular del proyecto;
- d. Se resta valor y se las estima como insuficientes las acciones de “sociabilización” que voluntariamente pudieran realizar tanto las autoridades como los titulares para difundir los alcances del proyecto, por cuanto no cumplirían con la forma y contenido de la consulta del Convenio de la OIT;
- e. En la práctica hace inaplicable el Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS N° 124/2009 del MIDEPLAN, con el argumento que solo reglamenta la consulta bajo el artículo 34 de la Ley Indígena, y no la consulta del artículo 6 del Convenio 169, añadiendo además que este último artículo es autoejecutable y por tanto no requiere de normas adicionales para ser aplicado.

Se estima que el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco tiene vicios legales que podrían hacer que sea revocado por la Corte Suprema. En efecto, el argumento utilizado para hacer inaplicable el Reglamento del Consulta Indígena contenido en el DS N° 124/2009 es absolutamente rebatible. Lo mismo ocurre en relación con la excesiva extensión que se dio a la noción de población indígena “susceptible” de ser afectada, desatendiendo la opinión técnica de un organismo del Estado competente en la materia. Sin embargo, será la Corte Suprema la que en definitiva resolverá estas materias, en un fallo que probablemente constituirá una jurisprudencia más clara y definitiva sobre el asunto.

5.4. Dictamen de la Contraloría General de la República que se pronuncia sobre la consulta indígena¹³

El día 17 de diciembre de 2009, la Contraloría General de la República procedió a informar ante la Corte de Apelaciones de Santiago,

¹³ Dictamen N° 70292 de 17 de diciembre de 2009 de la Contraloría General de la República

respecto de un Recurso de Protección interpuesto en su contra, por el hecho de haber tomado razón del Decreto N° 192 de 2009 del Ministerio de Economía, por el cual se otorga a una empresa de generación eléctrica, la concesión eléctrica definitiva para establecer una central hidroeléctrica en la Región de Los Lagos.

El mencionado informe efectúa un pronunciamiento sobre los alcances del deber de consulta indígena, que contempla el artículo 34 de la Ley Indígena N° 19.253. Dicha disposición legal señala que los servicios de la Administración del Estado, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con “cuestiones indígenas” deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Cabe recordar que dicha norma fue reglamentada a través del Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS N° 124/2009 de MIDEPLAN, estableciendo los supuestos y el procedimiento en que debe realizarse la consulta indígena.

La Contraloría ante el reclamo de no haberse efectuado la consulta indígena en forma previa al otorgamiento de la concesión eléctrica, señaló tres puntos que nos parecen importantes de relevar:

5.4.1. Que el otorgamiento de la concesión, no reviste la naturaleza de “cuestión indígena” a que alude el artículo 34 de la Ley indígena

Lo señalado por la Contraloría es bastante relevante, por cuanto señala que la tramitación de la concesión, no es una materia indígena, debido a lo cual no requiere ser consultada. Lo anterior podría ser plenamente aplicable no solo a las concesiones eléctricas, sino también a las mineras, otorgamiento de derechos de aguas, constitución de servidumbres mineras, etc., por cuanto dichos procedimientos corresponderían a materias mineras, eléctricas o de aguas, pero no cuestiones indígenas.

Las consecuencias que se derivan de esta afirmación es que para definir la procedencia de la consulta indígena, habrá que distinguir qué se entiende por “cuestiones indígenas”, las cuales requerirán ser consultadas, como sería el caso de planes de desarrollo para indígenas, subsidios indígenas, fijación de Áreas de Desarrollo Indígenas (“ADIs”), etc., y las demás materias que no son indígenas, como es el caso de actos administrativos destinados a la población

en general, actos administrativos particulares que recaen sobre proyectos, etc.

5.4.2. Los actos administrativos que aprueban una concesión eléctrica no estarían comprendidos dentro de la consulta indígena

La Contraloría expresa que la consulta que establece el Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS N° 124/2009, se refiere a las medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en algunos de los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4 de dicho Reglamento, situación que no comprendería al decreto que otorga la concesión.

De acuerdo a lo señalado por Contraloría, el Decreto que aprueba la concesión eléctrica y cuya toma de razón fuera cursado por el órgano contralor, no estaría comprendido dentro de las medidas legislativas y “administrativas” a que hace referencia el Reglamento de Consulta Indígena. Si bien no se señala expresamente, se puede estimar que se estaría implícitamente afirmando que las medidas administrativas que deben ser consultadas, son aquellas de carácter general, y no los actos administrativos particulares, como es el caso del Decreto que otorga la concesión eléctrica. Esta misma conclusión puede ser utilizada respecto de otros actos administrativos particulares como son las resoluciones de calificación ambiental u otras resoluciones como las que otorgan derechos de aprovechamiento de aguas.

Lo anterior es coherente con la propia definición de “afectación” que contempla el Reglamento de Consulta Indígena en el artículo 7, que entiende que existe “cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga **relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena** establecidas en la ley N° 19.253, o se refiera a una **mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables**.”

De esta forma se puede afirmar que un acto administrativo particular que aprueba un proyecto de inversión no cumple con estos requisitos de afectación, por cuanto no se refieren a tierras indígenas

o ADIs, y tampoco se refiere a una mayoría significativa de indígenas, sino por el contrario constituye una autorización para realizar una actividad económica que beneficia exclusivamente al particular que la solicita. Lo anterior, es sin perjuicio que para el caso que el proyecto se ejecute “en” tierras indígenas o ADIs, pueda ser procedente la consulta, según el artículo 5 del mencionado Reglamento. En este último caso, el Reglamento presume que existe afectación por el hecho de ejecutarse dentro de dichos terrenos.

En conclusión, lo señalado por Contraloría nos permitiría afirmar que el acto administrativo que recae sobre un proyecto (decreto o resolución), no estaría comprendido en el artículo 34 de la Ley Indígena y por tanto, tampoco dentro del Reglamento de Consulta Indígena, en la medida que el proyecto no se ejecute dentro de tierras indígenas o ADIs.

5.4.3. La oportunidad procesal de “oposición” que contempla el procedimiento concesional constituye una instancia adecuada para reclamar de la vulneración de los derechos de los indígenas

La Contraloría efectúa otra importante afirmación, al señalar que tanto la CONADI como los miembros de alguna comunidad indígena, que estimen que la concesión vulnera sus derechos o afecta sus tierras, “*han tenido la oportunidad de hacer valer sus oposiciones en la tramitación del procedimiento concesional –toda vez que de la solicitud se efectúan publicaciones para que se opongan los que estimen vulnerados sus derechos– sin que estas hayan sido planteadas*”.

Lo señalado es de la máxima importancia, por cuanto el órgano contralor estaría validando la suficiencia del procedimiento de oposición que contempla la actual legislación, como una instancia adecuada para que las organizaciones indígenas puedan hacer valer sus derechos. En otras palabras, la Contraloría estima que no se ha infringido la Ley Indígena ni el Reglamento de Consulta Indígena (aun cuando no se hubiere efectuado una consulta especial indígena previa al otorgamiento de la concesión eléctrica), por cuanto dicho procedimiento contempla la posibilidad de formular oposiciones.

Lo señalado por Contraloría resulta coincidente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional (“TC”) en cuanto a la necesidad de consulta previa para el desarrollo de labores mineras. En efecto, el TC

señaló que el procedimiento judicial de constitución de concesiones mineras constituye una *“garantía para que todos los interesados puedan ser escuchados frente a una violación de sus derechos”*. En este sentido, el TC es de la opinión que este derecho de consulta ya se encuentra garantizado en el actual procedimiento judicial¹⁴.

6. GUÍA DEL FORO PERMANENTE DE ASUNTOS INDÍGENAS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE OCUPACIÓN TRADICIONAL DE COMUNIDADES EN RELACIÓN A LAS TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS

El Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, presentó una guía borrador que analiza los principios relevantes del Convenio OIT 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en materias relacionadas a los derechos sobre la tierra y territorios indígenas, y sobre los recursos naturales existentes en ellas¹⁵.

Este documento es el resultado de la opinión técnica del Foro Permanente para Asuntos Indígenas, el cual fue elaborado con la asesoría técnica de la OIT, y que busca servir de guía en la interpretación de los conceptos jurídicos que el Convenio 169 establece en materia de derechos sobre tierras y territorios.

Entre los fundamentos que se presentan para delimitar los derechos de reivindicación, se pueden citar los siguientes:

- a. **El texto del Convenio OIT señala que el derecho a reivindicar (demandar judicialmente el dominio) que se reconoce a las comunidades, se refiera a los casos de tierras o territorios que “tradicionalmente ocupan”.**

Por el contrario, dicho Convenio solo reconoce un “derecho a utilizar tierras o territorios” que no están siendo exclusivamente utiliza-

¹⁴ Considerando 70 de la Sentencia Rol N° 309 del 4.8.2000.

¹⁵ United Nations. Economic and Social Council. Permanent Forum on Indigenous Issues. “A draft guide on the relevant principles contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that relate to Indigenous land tenure and management arrangements.” (E/c.19/2009/CRP.7.)

das por dichas comunidades, pero en las que han tenido un acceso tradicional, según señala el artículo 14.

En otras palabras, de acuerdo al texto del Convenio OIT, para reclamar un derecho a reivindicar la propiedad se requiere que exista una ocupación tradicional, que debe ser efectiva (real). Lo anterior se sustenta en que el Convenio utiliza las expresiones “ocupadas por ellos” o “que tradicionalmente ocupan”, por lo que se exigiría que la ocupación sea actual o a lo menos reciente. Para el caso que no sea así, el Convenio solo reconocería un derecho a utilizar dichas tierras o territorios.

Efectuar esta distinción resulta relevante, por cuanto el derecho a “utilizar”, es un derecho de menor jerarquía, que no da derecho a propiedad y se refiere a los casos en que la propiedad pertenece a un tercero, ya sea al Estado o a particulares. En este sentido, el Convenio 169 no habría innovado en la legislación nacional, por cuanto la legislación chilena establece que para reivindicar el dominio, se requiere de una ocupación efectiva y exclusiva. Lo anterior sería consistente con lo señalado por el propio Tribunal Constitucional, en el sentido que las normas de este Convenio no son autoejecutables, y por lo tanto, para que se reconozca un derecho a reivindicar que sea diferente a lo establecido en la legislación nacional, debiera modificarse la legislación interna.

Para hacer efectivo este derecho a “utilizar” estos terrenos por parte de las comunidades, como existe un propietario legítimo de estos terrenos, deberá solicitarse su autorización. Para el caso que se trate de terrenos fiscales que ocupen tradicionalmente los pueblos indígenas, el Estado podría permitir la utilización de dichos terrenos para los fines que se estime, por ejemplo celebrando un convenio de colaboración con las comunidades para permitir el pastoreo, extracción de leña en una Reserva Nacional u otros terrenos fiscales.

En el caso de un terreno privado, dicha utilización podría permitirse mediante una simple autorización (tolerancia) o contrato que permita la utilización de los pueblos indígenas de un terreno privado que es ocupado tradicionalmente por los pueblos indígenas. Sin embargo, tal como se ha señalado, en ambos casos dicha utilización no podría dar lugar a un derecho a reclamar el dominio y posesión.

Lo novedoso del Convenio OIT es que reconoce un derecho a “utilizar” terrenos ajenos, por lo que el Gobierno de Chile deberá

adoptar las medidas legislativas o administrativas para permitir el efectivo ejercicio de ese derecho, lo que no podría afectar derechos adquiridos. En cuanto al derecho de reivindicación, el Convenio impone sobre los gobiernos en el Artículo 14 N° 2, el deber de tomar medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos “ocupan tradicionalmente” para garantizar su protección. Esta tarea ha sido emprendida por el Estado a través del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI, por lo que ese es el instrumento adecuado para su implementación.

b. El Panel de Expertos propone un criterio sobre cómo debiera entenderse la expresión “ocupación tradicional” de tierras y territorios, para poder acceder al derecho contemplado en el artículo 14, esto es, que se reconozca su derecho de dominio y/o de utilización, según si se ocupa en forma exclusiva o no

Se señala que **se requiere que dicha ocupación tradicional, sea “actual” en orden a hacer aplicable esta disposición.** Se indica que la inclusión en el Artículo 14 (1) de la palabra “exclusivamente” entre las palabras “no estén” y “ocupadas” (en vez de meramente “no estén ocupadas”), significaría que aquellas comunidades que han sido despojadas de sus tierras no gozan del beneficio de esta disposición. El texto original señala textualmente, *“This provision suggests that Indigenous people need to be currently in possession of traditional lands, whether as exclusive possessor or not, in order to qualify under this section... The inclusion of the word “exclusively”... might suggest that indigenous peoples who have been dispossessed of their lands will not have the benefit of this provision”* Pag. 25.

Esta posición también es compartida por la doctrina internacional que señala que tratándose de derechos de propiedad reclamados por indígenas “estos deben ser capaces de ejercitar algún tipo de control o derecho a disponer, y no una mera práctica tradicional o uso que cambie con la evolución cultural”¹⁶.

¹⁶ Geir Ulfstein. “Indigenous People’s Rights to Land” en Max Planck Yearbook of United Nations N° 8 (2004) p. 22. El autor expresa, “while the second sentence gives a right of use, the first sentence gives a right to something more than use, namely the rights of ownership and possession. This also implies that within lands coming under first sentence indigenous people *shall be able to exercise a form of control or right of disposal, and not just to practise traditional use or use which changes in step with the evolution of their culture*”.

En consecuencia, cualquier fórmula legislativa o administrativa que se plantee crear para definir el ámbito territorial del Convenio 169, debiera considerar que se encuentra referido a las tierras y territorios que tradicionalmente “ocupan” dichas comunidades, sea de manera exclusiva o no.

Lo anterior contrasta con lo señalado en el Libro “La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile” de Nancy Yáñez, que plantea el reconocimiento de derechos de reivindicación sobre la base de una “ocupación histórica” no necesariamente relacionada con la ocupación real y actual que hagan dichas comunidades. Al respecto se señala, “*Como hemos reiterado, la actual defensa de la propiedad de los recursos naturales indígenas frente a las compañías mineras se basa en la existencia de una ocupación territorial ancestral... El propósito es demostrar que los indígenas ocupan tierras ancestrales, que en muchos casos conservan desde el periodo colonial y el republicano, y en algunos casos desde el periodo prehispánico*”. Pág. 49.

7. COMENTARIOS FINALES

- 7.1. Los derechos reconocidos en el Convenio constituyen un cambio en la política internacional sobre los indígenas que pretendía la asimilación de dichos grupos a las sociedades mayoritarias, al reconocérseles hoy ciertos derechos especiales.
- 7.2. Sin embargo, este reconocimiento de derechos especiales no significa el reconocimiento a la “autodeterminación” de estos pueblos, en el sentido que el reconocimiento de *pueblos indígenas* no supone establecer una institución con poderes públicos o soberanos.
- 7.3. Como consecuencia de lo anterior, los derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en la Constitución Política, lo que supone que deberán respetarse los derechos de propiedad ya constituidos, mediante contratos de compraventa, arrendamiento, concesiones, etc.
- 7.4. El Convenio introduce conceptos nuevos, como son los de Pueblos Tribales y de Territorio Indígena, que no se encuentran contemplados en la legislación nacional. La importancia

de analizar el concepto de *Pueblos* se relaciona con la histórica reivindicación que tienen algunos grupos indígenas a su derecho de “autodeterminación”. En relación al concepto de *Territorio Indígena*, este se vincula a otra demanda histórica de reivindicación de tierras, que se encuentra referida a aquellas donde existe una utilización tradicional aunque ocasional, como es el caso de actividades de subsistencia o de índole cultural o religioso.

- 7.5. Los derechos reconocidos en el Convenio de la OIT, no son autoejecutables. Esto es, que las disposiciones del Convenio reflejan declaraciones que no son ejecutables con el solo mérito del tratado, lo que implica que el Estado deberá, para garantizar tales derechos, dictar nueva legislación o adecuar la existente. Lo anterior, a excepción de las disposiciones contenidas en el artículo 7° N° 1 oración segunda, y en el artículo 6° letra a).
- 7.6. Sin embargo, existen sectores doctrinarios que postulan que el Convenio tendría la naturaleza de tratado de derechos humanos, de manera de justificar una aplicación directa de su normativa, a pesar de su carácter programático establecido por el Tribunal Constitucional. Además, dicha doctrina señala que esa misma naturaleza implicaría una característica suprallegal de las normas del Convenio por sobre la normativa nacional. Tal doctrina fue recogida en sus considerandos por la sentencia sobre corta ilegal de árboles en Menokos, y por el fallo que revocó una Resolución de Calificación Ambiental por falta de consulta indígena, ambos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco y analizados anteriormente en este trabajo. El último fallo citado, se encuentra a esta fecha en Acuerdo ante la Exma. Corte Suprema, la cual podría entrar a pronunciarse en su sentencia sobre esta materia.
- 7.7. En cuanto al nuevo concepto de *Territorio Indígena*, la sentencia sobre solicitud de regularización de derechos de aguas de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama, hace aplicación del mismo, al referirse a la posibilidad de ampliar la presunción de dominio de las aguas del artículo 64 de la Ley N° 19.253 (“Ley Indígena”), más allá de los “terrenos de la comunidad”, esto es, al permitir la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas ubicadas en terrenos propios o ajenos, sin que lo anterior incida en el cumplimiento de los re-

quisitos de ausencia de violencia y clandestinidad. Sin embargo, el fallo aclaró que no basta con señalar que la existencia de una utilización histórica de aquellos territorios, como plantean algunas organizaciones de defensa indígena, sino que se requiere una conexión entre ese uso inmemorial con la actualidad. De tal forma, que si no se acredita ese uso ininterrumpido en el uso de las aguas, la sola existencia de las mismas en terrenos o territorios indígenas, no sería suficiente para solicitar la regularización. Tal necesidad de “uso actual o reciente” como requisito para la concurrencia de derechos sobre el *territorio indígena*, fue recogida también por la Guía del Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Ocupación Tradicional de Comunidades en relación a las Tierras y Territorios Indígenas del año 2009.

- 7.8. En cuanto al deber de consulta, la sentencia que revocó la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de piscicultura por falta de consulta indígena, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, extendió el requisito de consulta previa indígena a las medidas administrativas particulares que recaigan sobre proyectos de inversión, en el sentido que debe hacerse una consulta indígena ad hoc cuando hay población indígena “susceptible” de ser afectada por tales medidas. Como ya lo hemos señalado, la apelación de tal fallo se encuentra actualmente en Acuerdo ante la Exma. Corte Suprema. Sin embargo, en contraposición a lo fallado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, la Contraloría General de la República emitió un dictamen que se pronuncia sobre la consulta indígena, en el cual asume una postura más restrictiva que la asumida por la Corte, en relación a las materias que deben ser consultadas, limitándolas a aquellas que tengan la naturaleza de “cuestión indígena” a que alude el artículo 34 de la Ley indígena. En tal sentido, podría estimarse que quedan comprendidas como “cuestiones indígenas” a los planes de desarrollo para indígenas, subsidios indígenas, fijación de Áreas de Desarrollo Indígenas (“ADIs”), etc. En contraposición, debería excluirse aquellas materias que no son indígenas, como es el caso de actos administrativos destinados a la población en general o actos administrativos particulares que recaen sobre proyectos.

BIBLIOGRAFÍA

- GEIR Ulfstein. "Indigenous People's Rights to Land" en Max Planck Yearbook of United Nations N° 8 (2004), p. 22.
- JAMES Anaya, Los Derechos de los Pueblos Indígenas en "La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI", Centro de Estudios Sociales, 2004, p. 691.
- UNITED NATIONS. ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. PERMANENT FORUM ON INDIGENOUS ISSUES. "A draft guide on the relevant principles contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that relate to Indigenous land tenure and management arrangements." (E/c.19/2009/CRP.7.)
- YÁÑEZ, Nancy, y MOLINA, Raúl, La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el norte de Chile" (Ed. Lom, 2008).

