



CUT *Chile*
Central Unitaria de Trabajadores

EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES A 10 AÑOS DE SU RATIFICACIÓN POR EL ESTADO DE CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CUMPLIMIENTO





EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES A 10 AÑOS DE SU RATIFICACIÓN POR EL ESTADO DE CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CUMPLIMIENTO

Enviado por:

Central Unitaria de Trabajadores

Elaborado por:

Observatorio Ciudadano

Santiago - Temuco, Chile, Septiembre de 2018.

EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES A 10 AÑOS DE SU RATIFICACIÓN POR EL ESTADO DE CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CUMPLIMIENTO

© Observatorio Ciudadano | Septiembre de 2018

Informe elaborado por el **Observatorio Ciudadano**
enviado a la OIT por la **Central Unitaria de Trabajadores**

Fotografía portada: **José Aylwin**

La elaboración y publicación de este informe ha sido posible gracias
al apoyo de la Fundación Ford. Los contenidos son de responsabilidad
exclusiva de sus autores.



Artículo liberado bajo licencia Creative Commons

Licencia Creative Commons: Reconocimiento - No comercial - Compartir igual:
El artículo puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se reconoce
la autoría en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las
obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el
trabajo original. Más información en: <http://creativecommons.org>

ISBN: 978-956-9315-09-1



Introducción

Luego de permanecer durante casi dos décadas en el Congreso Nacional, el Estado de Chile ratificó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes el 15 de septiembre de 2008. Conforme a su artículo 38, dicho Convenio adquirió vigencia plena el 15 de septiembre de 2009, doce meses después de su registro ante la oficina del Director General de la OIT.

Al cumplirse 10 años de su ratificación, la Central Unitaria de Trabajadores de Chile hizo llegar a la Conferencia Internacional del Trabajo el siguiente informe referido al cumplimiento por parte del Estado de Chile de las obligaciones que éste contrajo al suscribir este tratado internacional.

Dado que el Convenio 169 cuyo cumplimiento por el Estado Chile se analiza aquí trata en sus disposiciones de un conjunto muy amplio de materias referidas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en el presente informe se han priorizado aquellas materias que consideramos más relevantes y atingentes a la realidad del país.

De este modo, en el punto 1 (Caracterización de Pueblos Indígenas y Tribales en Chile) se entregan antecedentes sobre los pueblos indígenas y tribales en Chile, así como sobre su reconocimiento por parte del Estado en su ordenamiento interno. Asimismo se da cuenta de su situación demográfica y económica social, constatándose su situación de exclusión, marginación y pobreza económico-social.

En el punto 2 (Derechos Políticos) se analiza la situación de los derechos políticos de estos pueblos, dándose cuenta de su falta de reconocimiento, así como de sus derechos, en la Constitución Política del Estado a la fecha. También se analiza el marco normativo y la realidad fáctica del ejercicio de estos derechos, constatándose que ellos siguen severamente limitados, lo que ha incidido en la exclusión de los pueblos indígenas de su participación en instancias de toma de decisiones en los asuntos que les conciernen. También se constata los límites aún persistentes para el pleno reconocimiento de sus costumbres e instituciones propias, conforme al Convenio. De la misma manera, se analiza el déficit del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones referidas al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente.

En el punto 3 (Derechos a la Tierra, al Territorio y a los Recursos Naturales) se analiza tanto la normativa interna como la política impulsada por el Estado en relación a los derechos de pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Se constata la insuficiencia de dicha normativa, así como de los programas impulsados por el Estado en la materia para garantizar efectivamente estos derechos, en particular para garantizar el reconocimiento, titulación y protección de sus tierras de ocupación tradicional conforme lo dispone el Convenio. Se analiza en especial la situación de los derechos sobre el territorio, constatándose que no existen en la normativa interna protección para tales derechos, así como tampoco lo existe para garantizar sus derechos de uso, conservación y administración de los recursos naturales de los pueblos indígenas, como el agua, los recursos del subsuelo, y aquellos existentes en el borde costero.

Finalmente, en el punto 4 (Derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación), se aborda la situación de discriminación que afecta a las personas pertenecientes al pueblo mapuche en el contexto de la criminalización de su protesta social. Ello en atención a la respuesta del Estado frente a los hechos de protesta por sus legítimas demandas de reconocimiento de derechos,

la que se ha caracterizado por el uso discriminatorio de la legislación penal, en especial de normas de excepción como la Ley Antiterrorista, así como también el uso desmedido de la fuerza policial en su contra.

El análisis que aquí se hace nos permite afirmar que el Estado de Chile, en lo fundamental, no ha dado cumplimiento efectivo a los derechos de pueblos indígenas y tribales reconocidos en el Convenio 169, siguiendo muchos de estos derechos sin una adecuada protección y garantía. Ello tanto en lo que se refiere a la adecuación de su normativa interna para permitir la plena aplicación del Convenio, como en lo referido a la política pública que el Estado debe impulsar para garantizar su ejercicio.

Lo anterior es de especial preocupación toda vez que de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política, el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y el Estado tiene el deber respetar y promover tales derechos, garantizados en el texto constitucional “[...] como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De esta forma, y de acuerdo a la carta fundamental, el derecho convencional internacional de derechos humanos incorporado al derecho doméstico por medio de su ratificación, como es el caso del Convenio 169, constituye un cuerpo jurídico vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno, tal como lo ha entendido la doctrina mayoritaria e incluso los máximos tribunales de justicia del país, tales como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de Chile.

Consecuentemente con este diagnóstico referido a los déficit del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas al ratificar el Convenio 169 de la OIT, es que en la sección final de este Informe se incluyen una serie de recomendaciones que se presentan ante la Organización Internacional del Trabajo a objeto de que esta inste al Estado de Chile a su materialización.

El presente informe ha sido preparado por el Observatorio Ciudadano, organización de documentación, promoción y defensa de derechos humanos del país, y de reconocida trayectoria en materia de derechos de pueblos indígenas. En su elaboración participaron José Aylwin, Marcel Didier, Felipe Guerra, Felipe Ñanco, Rubén Sánchez y Hernando Silva. Su edición estuvo a cargo de Paulina Acevedo, y su diagramación de Emiliano Méndez.

La CUT, a través de su Vicepresidencia de Relaciones Internacionales, decidió este año innovar en la forma como realiza sus comentarios a los convenios en revisión por la OIT. De esta manera, el equipo encabezado por su Vicepresidenta encargada del tema, Tamara Muñoz, y en coordinación con Osvaldo Zuñiga de la Secretaría Campesina e Indígenas de la CUT, acordaron realizar dos actividades buscando recoger los comentarios de nuestras organizaciones afiliadas relativas a la aplicación del Convenio 169 por parte del Estado de Chile. La primera de ellas se realizó el 27 de agosto de 2018 en la ciudad de Temuco, siendo organizada por la CUT Cautín, con miras a recoger las opiniones de dirigentes sindicales de las zonas mapuche. La segunda reunión se llevó a cabo en la ciudad de Santiago el 29 de agosto de este año, contando con la presencia de profesionales del Observatorio Ciudadano y la Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional en Chile, buscando recoger las opiniones de dirigentes sindicales de pueblos originarios de las zonas urbanas del país.

La CUT agradece el aporte de nuestros dirigentes Tamara Muñoz, Osvaldo Zuñiga, Eduardo Silva de la CUT Cautín y mesa directiva, y de los profesionales Josué Vega, Felipe Labra, Yerko Obilinovic y Diego Varas quienes colaboraron desde la Secretaría General de la CUT a la realización de este informe.

Agradecemos la colaboración en la preparación de este informe de Amnistía Internacional Chile y el Centro Democracia y Comunidad, vinculado a la Fundación Konrad Adenauer, especialmente al equipo del área de formación sindical. Agradecemos también a la Fundación Ford, entidad que he hecho posible la publicación de este Informe.

1. Caracterización de Pueblos Indígenas y Tribales en Chile

Oficialmente el Estado de Chile reconoce la existencia de nueve pueblos indígenas, quienes “son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra fundamento principal de su existencia y cultura” (artículo 1, Ley N° 19.253 o Ley Indígena, 1993).

De norte a sur, los pueblos reconocidos por la normativa vigente son Aimaras, Quechuas, Atacameños o Licán Antai, Collas, Diaguitas, Rapa Nui o Pascuenses, Mapuche, Kawaskar o Alacalufe y Yamán o Yagán. Cabe señalar, sin embargo, que existen pueblos indígenas excluidos de reconocimiento legal y que por lo mismo hoy solicitan ser incorporados al corpus de la legislación especial, entre ellos, los changos en el norte del país y chonos en la zona austral. A ello se agregan los afrodescendientes o afro-chilenos concentrados en el Valle de Azapa, Región de Arica y Parinacota, y diseminados en distintas sectores del país¹; así como el pueblo romaní con importante presencia en el territorio nacional², quienes reivindican su carácter de pueblo tribal de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT.

Cabe destacar, además, que no existe un reconocimiento legal y expreso de los pueblos indígenas cuyo origen pertenece a otro Estado, pero que por distintos motivos, han migrado a Chile, conformando colonias con importante presencia³.

A pesar de esta valoración que la ley efectúa, aún se encuentra pendiente el reconocimiento Constitucional de los pueblos originarios, asunto no resuelto por décadas a pesar del compromiso que distintas coaliciones políticas han realizado con diferentes organizaciones y pueblos indígenas.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), órgano gubernamental oficialmente encargado de realizar las estadísticas públicas, y que tiene la importante labor de confeccionar el Censo Nacional, en su última entrega del año 2017 estimó que en Chile se reconocen pertenecientes a algunas de las etnias antes enunciadas un total de 2.158.792 personas, lo que representa un 12,8% de la población total del país⁴. De ellos, el grupo más grande pertenece al pueblo mapuche con 1.754.147 personas (9,9% de la población nacional), seguidos con gran distancia por aimaras (156.754 personas), diaguitas (88.474 personas), quechuas (33.868 personas) y atacameños o licán antai (30.369 personas). En los últimos puestos

¹ En Chile, se auto reconocen como afrodescendientes más de 8.000 personas, según la Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente de la Región de Arica y Parinacota (INE, 2014), respondiendo a la pregunta: ¿Se considera afrodescendiente? (Moreno de Azapa, Descendiente de Familia Morena, Negro/a, Zambo/a, Mulato/a?). Disponible en: http://historico.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/informe_de_resultados_encuesta_de_caracterizacion_de_la_poblacion_afrodescendiente_de_la_region_de_arica_y_parinacota_2013.pdf. A fin de lograr el reconocimiento oficial por parte del Estado, las “Asociaciones de Afrodescendientes de Azapa Territorio Ancestral”, solicitaron en el año 2015 al Instituto Nacional de Estadísticas (INE) que se incluyera en la medición del Censo la categoría de afrodescendiente o negro respecto a la pregunta de auto identificación como perteneciente a un pueblo indígena. Sin embargo, dicha solicitud fue rechazada por el INE (mediante ORD. N° 2455, de fecha 28.12.2015), situación que dio pie para que presentara un Recurso de Protección ante Tribunales de Justicia, a fin de dejar sin efecto la negativa decisión y ser incluidos. Finalmente, en el Censo 2017, no se les incluyó.

² Aunque no existen datos oficiales por parte del Estado, la población gitana o romaní en Chile podría variar entre 5.000 a 7.000 personas. Algunos han señalado que dicha cifra podría alcanzar un total de 20.000 personas.

³ Así sería el caso del pueblo Kichwa de Otavalo (Ecuador), que residen en distintas regiones del país, concentrada su mayor población en Santiago, la capital. Autoridades ecuatorianas han estimado unos 2.000 kichwas residentes en Chile.

⁴ Instituto Nacional de Estadística. Censo de población 2017. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/> Según el cuestionario del Censo, la pregunta específica fue: ¿Se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario? (Sección D. Datos de las personas, pregunta núm. 16). Estos resultados constan en la Segunda Entrega de Resultados Definitivos del CENSO 2017. Cabe destacar que desde la última medición oficial que data del año 2002 (692.192 personas), ha existido un crecimiento exponencial de la población indígena. Uno de los motivos fue que el año 2006, mediante Ley N° 20.117 se reconoció al pueblo diaguita, que como los resultados demuestran, es el tercer pueblo originario con más población.

se encuentra el pueblo polinésico rapa nui (9.399 personas) y los australes pueblos kawésqar (con 3.448 personas), y yagán o yámana (1.600 personas).

Lo relevante de esta última medición, es que viene a saldar una deuda de su versión del año 2002, la cual, al cambiar el modelo de pregunta autoidentificatoria, había arrojado un saldo de solo un 4,6% de la población total del país, que no concordaba con la realidad nacional, versus el 10,3% entregado el año 1992, desviando así el enfoque de derechos impulsado por normas internacionales y la OIT, que dan prioridad y colocan como más alto estándar en las mediciones de población indígena el criterio de autoadscripción.

De los datos contenidos en el último Censo 2017, cabe destacar que proporcionalmente la región del país donde más personas se reconocen como pertenecientes a algún pueblo indígena, es la nortina de Arica y Parinacota (35,7%) por la presencia de aimaras, seguida por La Araucanía (34,3%) por el pueblo mapuche y la austral Región de Aysén (28,7%). La Región Metropolitana, donde se ubica la capital del país, esta proporción alcanza el 10% de la población. También llama la atención el número de personas que se sienten representadas o pertenecientes a otros pueblos no considerados en la legislación (28.115 personas, siendo un 1,3% de la población total), lo que reafirma la existencia de pueblos o comunidades excluidas.

Se debe hacer presente, a su vez, que a pesar de que el Censo es el instrumento oficial del Estado, y que por tanto, es el más representativo para realizar mediciones estadísticas de la población a fin de proponer y configurar políticas públicas, que no se llevó a cabo un proceso de consulta indígena -en virtud de lo establecido por los artículos 6 y 7 del Convenio 169-, a fin de hacer partícipe a los pueblos encuestados en la fase de confección y en la aplicación misma de la encuesta.

Otro importante instrumento de cotejo es la encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o CASEN⁵, que mide el bienestar material de los hogares y arroja los índices de pobreza en el país, cuya metodología se ha adecuado con la finalidad de cumplir con los estándares y el mandato de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Este año 2018 dio a conocer sus resultados finales, constatando un estancamiento de la economía chilena, lo que trajo como consecuencia una agudización de las brechas de desigualdad económica y social; los más afectados una vez más fueron los pueblos indígenas, quienes alcanzan los mayores índices de pobreza, subdesarrollo y analfabetismo, corroborando así la histórica discriminación y aislamiento a la cual han sido sometidos desde la época colonial.

Dicha medición sostuvo que la Región de la Araucanía -que concentra la mayor población indígena del país (mapuche)-, tiene el más alto índice de incidencia de la pobreza con un 17,2%, superando por más del doble a la media nacional (8,6%), y asimismo, es la región que concentra la mayor incidencia de la pobreza extrema (4,6%), 2,3% más del promedio del país⁶. La medición en comento también constató que entre los años 2006 y 2017 se ha mantenido la tendencia de que la población indígena posee la mayor incidencia de pobreza y pobreza extrema, 14,5% y 4,0% respectivamente, superando al resto de la población nacional no indígena (8,0% y 2,1% respectivamente)⁷.

⁵ La encuesta CASEN es realizada por encargo del Ministerio de Desarrollo Social de Chile, siendo una de las más representativas a nivel país. La pesquisa del año 2017, se basó en la entrevista a 70.948 hogares de zonas urbanas y rurales. Para mayor información, véase: <http://encuestacasen.cl>

⁶ Para resultados de la encuesta CASEN 2017, véase: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/Resultados_pobreza_Casen_2017.pdf

⁷ *Ibid.*

La encuesta CASEN también ha entregado en sus distintas ediciones mediciones respecto a la contabilización de la población general y de los pueblos indígenas en particular. Los datos recolectados al año 2015, constatan y reafirman que aproximadamente el 9% de los habitantes del territorio nacional -equivalentes en ese entonces a 1.585.680 personas-, se autoidentificarían con alguno de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la ley. Destaca que la mayor parte de ella se encuentra en zonas urbanas⁸.

Estas cifras entregadas por las encuestas del INE (2017) y CASEN (2017) respecto a la población indígena, sumadas al número de personas migrantes (746.465, equivalente al 4,35% de la población total⁹), vienen a constatar una nueva reconfiguración nacional, más plural y multicultural, evidenciando una mayor diversidad en la población según sus orígenes o ascendencia.

2. Derechos políticos

2.1. Derechos de participación (artículos 2, 6.1.b, 7)

Los derechos de participación de los pueblos indígenas considerados a lo largo del articulado del Convenio 169 siguen estando severamente limitados en el país a 10 años de su ratificación.

Como se señalara, la Constitución Política vigente no reconoce la existencia y derechos de los pueblos indígenas, como ha sido demandado por estos pueblos y comprometido por distintos gobiernos. Si bien proyectos para el reconocimiento constitucional de pueblos indígenas han existido desde 1991, cabe hacer una referencia especial al proceso impulsado bajo el gobierno de la Presidenta Bachelet, conocido como proceso constituyente para la elaboración de una nueva carta fundamental, entre 2014 y 2018. En el se consideró un proceso participativo indígena impulsado el 2016, y una consulta a pueblos indígenas referida a los contenidos de la carta fundamental susceptibles de afectarles directamente, efectuada el 2017.

El significativo involucramiento indígena en estos procesos, en particular en el primero, estimado en 20 mil personas, se ha visto frustrado por diversas causas. Por una parte, de la etapa participativa de este proceso surgieron propuestas para el reconocimiento de Chile como un Estado plurinacional, el reconocimiento de escaños especiales en el Congreso, así como de su derecho a la libre determinación, entre otros derechos. No obstante, la consulta efectuada por el gobierno de la Presidenta Bachelet sobre el texto constitucional se limitó al reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas y aspectos culturales; la protección de los derechos lingüísticos; de los territorios indígenas; y a la participación política de los pueblos indígenas, aclarando que estos dos últimos puntos se desarrollarían en leyes posteriores¹⁰. Ello determinó que los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta solo fueran aprobados por un número limitado de participantes en este proceso, con exclusión de varios pueblos¹¹.

⁸ Para información detallada de la encuesta CASEN sobre pueblos indígenas, véase: Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social (2017). CASEN 2015, Pueblos Indígenas. Síntesis de Resultados, disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_pueblos_indigenas.pdf

⁹ Los resultados del Censo 2017, arrojaron que la población extranjera supera las 700 mil personas, lo que sumado al alto flujo ininterrumpido constatado los últimos meses, podría este 2018 superar un millón de personas. Esto representa un gran aumento respecto de las mediciones anteriores (en 2002, un total de 197.929 extranjeros, y en 1992, 114.597 personas). Para mayor información, véase: Instituto Nacional de Estadística. Segunda entrega. Resultados definitivos Censo 2017, disponible en: http://www.censo2017.cl/wp-content/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017.pdf

¹⁰ Disponible en: <http://www.eldesconcierto.cl/2017/12/15/los-deficit-de-la-consulta-al-proceso-constituyente-indigena-una-oportunidad-perdida-para-avanzar-hacia-una-nueva-relacion-entre-los-pueblos-indigenas-y-el-estado/>

¹¹ Solo el 26 por ciento de los participantes firmó el acta de diálogo (38 de los 145 delegados en el encuentro final) y sin que se contara con la participación de los pueblos Yagan, Kawésqar y Quechua. Ibíd.

Más aún, la propuesta de nueva Constitución enviada por la entonces Presidenta Bachelet al Congreso Nacional, si bien propuso el establecimiento de representación especial indígena en esta instancia legislativa, lejos de acoger las demandas de plurinacionalidad y libre determinación indígena, reconoció a estos pueblos como parte de la "Nación chilena" (artículo 5)¹². Finalmente, la propuesta de nueva Constitución fue enviada al Congreso por Bachelet cinco días antes de terminar su mandato, el 6 de marzo de 2018. Dado que el nuevo gobierno que encabeza el Presidente Piñera no respalda la iniciativa de nueva constitución, y que se mantienen los quórums supra mayoritarios requeridos por la actual carta fundamental para su reforma, los que alcanzan a los dos tercios de las dos cámaras del Congreso Nacional, su viabilidad es nula. Todo ello frustra las posibilidades de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos adecuado a los estándares del Convenio 169.

En la actualidad existen dos proyectos de ley para la creación de una nueva institucionalidad indígena. Uno para la creación de un Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos indígenas (Boletín N° 10526- 06)¹³, como entes públicos de participación indígena, y otro para la creación del Ministerio de Asuntos indígenas (Boletín N° 10.687-06). Ambos proyectos fueron objeto de consulta a pueblos indígenas, consulta que también fue objeto de impugnación por no atenderse a los estándares del Convenio 169¹⁴.

No obstante el cuestionamiento que se ha hecho al Consejo Nacional y a los Consejos de Pueblos por el peligro de que estos asuman una representación indígena que suplante sus instituciones representativas¹⁵, en especial con motivo de los procesos de consulta indígena, cabe valorar a estos como instancias de participación indígena en la toma de decisiones que les conciernen, cuestión hasta ahora inexistente.

Producto de la inexistencia de una legislación que considere mecanismos especiales para la participación política de pueblos indígenas, estos se encuentran severamente sub representados en las instancias que toman decisiones en los asuntos que les conciernen. Así por ejemplo, en el Congreso Nacional estos cuentan hoy con tres parlamentarios que se identifican como tales de un total de 198 integrantes en ambas cámara. La existencia de estas barreras institucionales ha limitado severamente la posibilidad de que ciudadanos indígenas se organicen en partidos políticos y por esta vía contar con representación en órganos electivos del Estado en igualdad de condiciones con otros sectores de la población como dispone el Convenio 169. Es el caso del partido mapuche Wallmapuwen, el que tras seis años de gestión iniciados el 2010, pudo inscribirse como partido regional solo el 2016. Ello luego de que el Servicio Electoral, en virtud de la Ley

¹² Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de reforma a la Constitución Política de la República (N° 407-365).

¹³ De acuerdo al proyecto de ley los Consejos de Pueblos Indígenas serán corporaciones de derecho público de carácter autónomo, participativos y de consulta, cuyo objeto será representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado. Entre sus atribuciones se considera formular propuestas al diseño y evaluación de la Política Nacional Indígena; informar sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas; representar a los pueblos indígenas ante los organismos del Estado y, especialmente, en los procesos de consulta; y proponer la elaboración de planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, entre otras. Existirá un Consejo por cada pueblo indígena reconocido por ley. Además, establece una cantidad variable de integrantes, siendo el de mayor número el Consejo del pueblo mapuche, con 35 integrantes. El proyecto crea además el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, corporación de derecho público de carácter autónomo, representativo, participativo y de consulta, que estará encargado de abordar materias susceptibles de afectar a todos los pueblos indígenas y que contará con atribuciones resolutorias y facultativas. El objetivo de este Consejo Nacional será representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado. Este Consejo, compuesto por 15 miembros, actúa en calidad de institución representativa de todos los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

¹⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015). Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social, referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/818/Informe.pdf?sequence=1>

¹⁵ Disponible en: <http://www.eldesconcierto.cl/2016/06/16/consejo-de-pueblos-indigenas-la-desacreditada-propuesta-que-reemplazara-al-consejo-de-la-conadi/>

Orgánica Constitucional de Partidos Políticos y de la Constitución Política de la República, exigiera el retiro de su proyecto de estatutos vocablos en mapuzugun (idioma Mapuche) y conceptos que contravendrían la Constitución, tales como derecho a la autodeterminación, autonomía, territorio y Wallmapu (país mapuche)¹⁶. El 2017, sin embargo, el Servicio Electoral disolvió a Wallmapuwen, ya que de conformidad con la ley electoral vigente, no logró constituirse en tres regiones continuas u ocho discontinuas, lo que es causal de disolución¹⁷.

Una excepción valorable es el proceso a través del cual los pueblos indígenas han logrado obtener representación en instancias del gobierno comunal, tanto en las alcaldías como en los concejos municipales. Demostrativo de ello es la existencia de una Asociación de Municipios con Alcalde Mapuche (AMCAM), la que integran hoy nueve municipios de la zona centro sur del país¹⁸. Dada la dificultad para organizarse en partidos políticos propios, la elección de candidatos indígenas en estas instancias se genera a través de partidos políticos de la sociedad chilena, o en forma de candidaturas independientes. Los pueblos indígenas se encuentran también sub representados en consideración a su demografía en otras instancias del Estado, como lo son los gobiernos regionales, hoy electos, el poder judicial y las Fuerzas Armadas.

2.2. Costumbre indígena en Chile (artículos 8, 9 y 10)

La Ley Indígena en Chile, dedica un acápite especial a la costumbre indígena, circunscribiéndola al título sobre normas especiales de los procedimientos judiciales. El artículo 54, señala en su inciso 1° que “[l]a costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”¹⁹.

A pesar de dicha consagración se ha sostenido que “el reconocimiento apunta sólo a la costumbre mas no a sus instituciones y/o procedimientos”²⁰, lo que corrobora “una ausencia de reconocimiento real a los derechos de los pueblos indígenas y a su propia capacidad para resolver conflictos”²¹. Sin embargo, en la actualidad algunas comunidades pertenecientes a los pueblos aimaras (ayllus) o mapuche (az mapu en los Lof), siguen aplicando en ciertas ocasiones formas de resoluciones de conflictos propias, entre otros motivos, por la desconfianza que representa el aparataje judicial nacional, accediendo a esta última posibilidad solo para los casos más complejos, o cuando alguna de las partes lo requiere directamente.

¹⁶ Servicio Electoral, Resolución 2837 de 2010. Disponible en: <http://cdn.servel.cl/transparencia/normativa/ResO2837-2010.pdf>

¹⁷ Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2017/04/28/servel-disuelve-a-wallmapuwen-no-logro-constituirse-como-partido-politico.shtml>

¹⁸ Disponible en: <http://www.amcam.cl/municipios-asociados>

¹⁹ Es necesario destacar que en el proyecto original de la Ley N° 19.253 o Ley Indígena (Boletín N° 514-01) “relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas”, el mensaje del Ejecutivo contemplaba un Título sobre “La Justicia Indígena”, reconociendo directamente la validez del derecho consuetudinario y la costumbre de los pueblos originarios (artículo 59). Este designio además contenía un párrafo completo dedicado a la instauración de Jueces de Paz Indígena (artículos 90 a 94) “para conocer de conflictos y asuntos menores” que tuviesen entre indígenas, relacionados a conflictos familiares o infracciones a la Ley de Alcoholes, entre otros. Sin embargo, en la discusión y aprobación del texto, se suprimió por completo este párrafo, anulando la posibilidad de la constitución de tribunales especiales.

²⁰ CARMONA, Cristóbal (2009). Derecho y Violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile. Vol. XXII, N° 2,9-26; EN: VILLEGAS, Myrna y Eduardo MELLA (2017). Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. LOM Ediciones, Santiago, Chile. P. 23.

²¹ Ibid.

Cuando se inició en Chile la discusión sobre la posibilidad de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, luego de su aprobación en el primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento impugnando la eventual inconstitucionalidad de dicho tratado internacional respecto al ordenamiento jurídico nacional vigente. El Tribunal Constitucional (TC), en Sentencia Rol 309 del año 2000, declaró la legalidad y constitucionalidad del Convenio, incluso sostuvo que sus artículos 6 y 7 eran normas autoejecutables o de aplicación directa (considerando 7°).

Sin embargo, el TC consideró que el artículo 9.1. -referido a los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros-, “es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional” (considerando 52°); con todo, no lo declaró inconstitucional, “toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado” (considerando 53°).

En cuanto al artículo 9.2. del Convenio, el TC resolvió que este no contraviene la Carta Fundamental, ya que solo se restringe “a incorporar a la costumbre como antecedente que el juez podrá tomar en cuenta al aplicar la norma decisoria litis para resolver en la sentencia definitiva acerca de su responsabilidad y eventual sanción” (considerando 54), siendo por tanto de carácter potestativo para el sentenciador considerar las prácticas tradicionales indígenas a fin de resolver asuntos llevados a su decisión. La sentencia además recalca que la costumbre ya se encuentra regulada en el sistema jurídico interno.

Así las cosas, desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2008, y con la entrada en vigencia paulatina de la Reforma Procesal Penal en Chile (2000-2005), la cual incorporó al sistema punitivo facilitadores interculturales en las Defensorías Penales Públicas, los Tribunales de Justicia han considerado notablemente la costumbre indígena contemplada en la ley y la norma internacional, reconociendo en definitiva “ciertos aspectos que permiten sustentar atenuantes o eximentes de responsabilidad penal, acuerdos reparatorios o suspensión condicional y últimamente la absolución”²².

Su aplicación en muchos casos se ha visto en el contexto de los acuerdos reparatorios, derivados de conflictos de “deslindes, lesiones leves y violencia intrafamiliar, siendo en este último tipo donde se presenta una mayor controversia al interior del sistema de justicia”²³.

No obstante estos tímidos avances y reconocimientos por medio de sentencias judiciales de la costumbre indígena, y la posibilidad de resolver sus propios conflictos, estos no cumplen íntegramente con el mandato dictado por el Convenio 169 de la OIT. Su vigencia significa una obligación estatal respecto al pleno reconocimiento de las costumbres indígenas y derecho consuetudinario, y no debe limitarse su aplicación a determinadas faltas o delitos. El evento de hacer otras justicias, paralelas a las del Estado, con institucionalidad -tribunales- y procedimientos propios, son los desafíos pendientes; empero, lejana se ve dicha posibilidad, toda vez que se encuentran pendientes asuntos fundamentales: el reconocimiento constitucional, y la representatividad en el poder legislativo²⁴.

Otro punto a destacar, es el referido al derecho que los pueblos indígenas y tribales tienen a conservar sus instituciones propias, derecho contemplado en el artículo 8.2 del Convenio. Al respecto, la normativa

²² VILLEGAS, Myrna y Eduardo MELLA (2017). Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. LOM Ediciones, Santiago, Chile. P. 82.

²³ *Ibid.* Pág. 120.

²⁴ Hasta la fecha, se han propuesto diversos proyectos de reforma constitucional (Boletín 2360-07, de 1999; 4069-07, de 2006; 5324-07, de 2007; 5402-07, de 2007; 5427-07, de 2007; 5522-07, de 2007; 7208-07, de 2007; 8438-07, de 2012; y 10281-07, de 2015), pero ninguno de ellos ha

nacional vigente -Ley N° 19.253-, limita esta consagración, cuando al regular el acceso a tierras y la reivindicación de éstas, lo condiciona a la constitución legal de una comunidad, imponiendo y obligando la sumisión a un sistema organizacional ajeno. Para la conformación de una comunidad legal se establece como requisito la participación de un tercio de los integrantes de una agrupación indígena derivada de un tronco familiar o de tierras o poblados comunes, con un mínimo de diez personas (artículo 10). Junto con fraccionarse las agrupaciones previamente existentes de los pueblos indígenas, la ley exige un reconocimiento institucional al alero de las condiciones impuestas por el Estado, el que otorgará una personalidad jurídica, la que habilitaría posteriormente para reclamar derechos esenciales para estos pueblos, como lo son los derechos de tierras y territorios (véase artículos 10, 11, 12 y 20 de la Ley Indígena).

Esta lógica o requisitos solicitados por la autoridad, no son pedidos al momento de regular la participación de los pueblos en consultas indígenas. Resulta a lo menos extraño o paradójico que el legislador, al momento de plasmar los derechos sobre la costumbre que ellos gozan, en un caso lo restrinja al sometimiento y constitución legal de una comunidad, a la que se le otorgará personalidad jurídica (donde debe participar presencialmente un Ministro de fe, representante del Estado, que acredite dicha condición), y en otro ámbito -en el de la consulta- no imponga ninguna limitación o requisito para ejercer el derecho.

Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Sr. Maina Kiai, en su informe elaborado luego de su visita a Chile en septiembre de 2015, señaló que a consecuencia de establecer como requisito para el reclamo o reivindicaciones territoriales el reconocimiento legal de las comunidades, las instituciones tradicionales como los Lof (mapuche) y Ayllus (aimaras), quedan imposibilitadas de presentar reclamaciones al ente administrativo (CONADI), toda vez que muchas de ellas no han obtenido el reconocimiento estatal (párrafo 90) ²⁵.

Seguidamente, el Relator solicitó a la administración de turno rectificar esta situación a la brevedad, ya que el Convenio, instrumento firmado y ratificado por Chile, reconoce la existencia de las instituciones tradicionales, sin restricciones, y es su obligación cumplir con este mandato²⁶. Hasta la redacción del presente informe, el Estado de Chile aún no ha realizado la modificación recomendada, y tampoco existe un proyecto de ley que pretenda enmendar esta gravosa limitación. La reivindicación territorial, aún se encuentra sujeta a una exigencia impuesta por el Estado, ajena a las instituciones tradicionales.

prosperado. Todos han partido de la base del reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas; algunos han ido más allá, proponiendo fundar a la Nación con el carácter de multicultural, pero no han existido propuestas concretas a fundar un tribunal o tribunales de y para pueblos originarios.

²⁵ RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación en su misión a Chile, Maina Kiai, 16 de junio de 2016, A/HRC/32/36/Add.1, párr. 90.

²⁶ *Ibid.*, párr. 91.

2.3. Derecho a la Consulta (artículo 6.1.a, 6.2, 15.2, 16)

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones susceptibles de afectarles, constituyen la piedra angular del Convenio N° 169 de la OIT y fue introducido en dicho tratado internacional con el objetivo de eliminar el enfoque integracionista del anterior Convenio N° 107²⁷. De esta forma, la consulta se encuentra recogida a propósito del tratamiento que hace el Convenio de las diversas materias que desarrolla (política general, tierras, educación, medios de comunicación, entre otras), siendo la base y medio para aplicar el conjunto más amplio de los derechos que consagra.

La fuente convencional de la obligación estatal general de consultar a los pueblos indígenas, así como los estándares básicos que deben observar dichos procedimientos, se encuentra en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT²⁸. Sin embargo, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultado se encuentra igualmente recogido en otros instrumentos internacionales, que aun cuando no tienen naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un corpus iurus integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, las que han sido fuente de interpretación y de desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²⁹.

2.3.1. Recepción de la Consulta en Chile

Desde que Chile ratificara el Convenio N° 169 de la OIT y este tratado internacional entrara definitivamente en vigor en el país (15 de septiembre de 2009), el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ha sido uno de los derechos que ha generado mayor discusión y polémica en su implementación, particularmente en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos de inversión. Esto se ha debido, fundamentalmente, a la interpretación promovida por el Tribunal Constitucional chileno al ejercer sus facultades de control de constitucionalidad sobre dicho tratado internacional, el cual señaló que solo sus artículos 6 y 7, relativos al derechos de consulta y participación respectivamente, tendrían el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, en contraste a los demás derechos consagrados en el Convenio (en particular los derechos territoriales), los cuales requerirían de un desarrollo normativo a nivel nacional para ser aplicables

²⁷ En este sentido: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2004/75a reunión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Ecuador, párrafo 3; e Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Paraguay. Solicitud directa, párr. 8.

²⁸ "Artículo 6

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

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

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

²⁹ Tal como ha sostenido la Corte IDH, "la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional" (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 27 de junio de 2012, párr. 164.). Asimismo, la Corte IDH ha vinculado el derecho de consulta de los pueblos indígenas con múltiples derechos reconocidos en la Convención Americana, en particular con aquellos consagrados en los artículos 1.1, relativo a la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 27 de junio de 2012, párr. 166.); 21, que consagra el derecho de propiedad (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, párr. 130) y 23, que regula el derecho a la participación de los asuntos públicos (Caso Yatama Vs. Nicaragua, 23 de junio de 2005, párr. 225).

y exigibles³⁰. Lo anterior, se ha traducido en que estos derechos serían los únicos “justiciables” del Convenio 169, esto es, exigibles directamente ante los tribunales de justicia, sin perjuicio de la conveniencia de dictar reglamentaciones o legislaciones complementarias para facilitar su ejercicio³¹.

A continuación se analiza la forma en la cual se ha interpretado el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y los alcances de su implementación a nivel nacional, tanto en la reglamentación que ha efectuado el Ejecutivo o en su aplicación judicial.

2.3.2. La primera reglamentación de la consulta: el Decreto Supremo N° 124 de 2009, del Ministerio de Planificación

Una vez ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y antes de su entrada en vigencia, el 25 de septiembre de 2009 se publicó el Decreto Supremo N° 124, del Ministerio de Planificación (actualmente el Ministerio de Desarrollo Social)³², con el cual el Ejecutivo buscaba dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de consulta y participación establecidas en los artículos 6 y 7 de dicho Convenio, a través de la reglamentación del artículo 34 de la Ley N° 19.253 de 1993 (conocida como “Ley Indígena”³³), mientras se verificaba un procedimiento de consulta sobre la consulta, tal como lo exige el estándar internacional³⁴. Sin embargo, la transitoriedad del reglamento fue puesta en duda desde el comienzo, debido a que su redacción y contenido no reflejaban su provisionalidad, al mismo tiempo que imponía importantes cortapisas a la exigibilidad del derecho de consulta de los pueblos indígenas³⁵.

En efecto, el artículo 2 de esta normativa establecía que el objeto de la consulta era permitir a los pueblos indígenas “expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas”, entendiéndose que se trataba de un proceso meramente informativo y no incidente³⁶. Asimismo, el artículo 4 de dicho reglamento definía a qué órganos del Estado se le aplica dicho reglamento, eximiendo a diversos organismos de la obligación de consulta y participación impuesta por el Convenio, tales como a las administraciones locales (Municipios) y las empresas públicas.

³⁰ En un primer momento la discusión sobre la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, se centró en la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables, así como en el valor jurídico del derecho de consulta y su relación con las formas de ejercicio de la soberanía a la luz de la Constitución. De esta manera, en Sentencia Rol N° 309, de 4 de agosto de 2000, que rechaza el requerimiento formulado por diversos diputados para que se resuelva la constitucionalidad de dicho Convenio, el Tribunal Constitucional señaló que solo los derechos de consulta y participación, consagrados en los artículos 6 y 7 de este tratado internacional sobre derechos humanos, respectivamente, tendrían el carácter de autoejecutable o de aplicación directa. Además, señaló que dichos artículos versaban sobre materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, toda vez que vienen a establecer modos de participación y consulta de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración. En consecuencia, para ratificar los mencionados artículos del Convenio 169, se debía cumplir con el quórum y controles que nuestro ordenamiento jurídico contempla para las leyes orgánicas constitucionales, esto es, ser aprobadas por 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio y ser sometidas al control preventivo del Tribunal Constitucional. Posteriormente, en Sentencia Rol N° 1050 de 3 de abril de 2008, sobre control de constitucionalidad preventivo de los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la OIT, por regular materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, el Tribunal Constitucional confirma su interpretación anterior y declara que los mencionados artículos son constitucionales, por haber sido aprobados con los quórum exigidos por nuestro ordenamiento jurídico.

³¹ Observatorio Ciudadano. 2014. El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas, p. 20. Disponible en: <https://observatorio.cl/1309-2/>

³² Decreto Supremo N° 124 de 2009, del Ministerio de Planificación, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486>

³³ Ley N° 19.253 de 1993, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>

³⁴ El carácter provisional de. D.S. N° 124/2009, se señala de manera expresa en su Considerando 9°.

³⁵ Observatorio Ciudadano. 2014. El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas, pp. 20-21. Disponible en: <https://observatorio.cl/1309-2/>

³⁶ El INDH en su Informe anual de 2010, sobre la situación de los derechos humanos en Chile, recalzó los defectos sustantivos del citado Decreto. El principal es, sin duda, que la norma consagra un procedimiento que se limita a “escuchar y considerar” las opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por ley, siendo un mecanismo que no se orienta a alcanzar un acuerdo. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/41>

Por otra parte, en lo que dice relación con las medidas a consultar, el artículo 14 del Decreto Supremo N°124/2009 restringía la consulta en materia legislativa solo a las “ideas matrices de los proyectos”, sin aclarar que dichas ideas matrices deben ser objeto de consulta durante todo el debate legislativo, fundamentalmente teniendo en cuenta que los proyectos de ley van sufriendo cambios significativos durante el debate y deliberación parlamentaria. Lo mismo sucedía con las medidas administrativas, las cuales eran definidas como “las nuevas políticas, planes y programas [...], que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”, con lo cual se pretendía excluir de los procesos de consulta previa los actos administrativos de contenido singular, como las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)³⁷, instrumento de gestión ambiental regulado en la Ley N° 19.300 de 1994, sobre bases generales del medio ambiente (LBGMA)³⁸. Además, el artículo 5 del Decreto Supremo N°124/2009 contenía una definición de “Proyectos de inversión”, haciendo una clara referencia al SEIA, señalando que “[l]os proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales”.

Finalmente, el artículo 7 de dicho reglamento precisaba el concepto de “susceptibilidad de afectación directa” bajo la denominación de “criterios de afectación”, señalando que esta se producía cuando la medida legislativa o administrativa “[...] 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”. Con dicha definición se burlaba el sentido y espíritu que inspira las disposiciones sobre consulta y participación del Convenio 169, al imponer cortapisas y requisitos adicionales para la exigibilidad de estos derechos.

Como es posible apreciar, este reglamento adolecía de graves falencias que, lejos de facilitar la implementación del Convenio 169, la obstaculizó, siendo incluso calificado como un intento absurdo y de última hora por burlar los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas³⁹. Asimismo, la falta de participación indígena en su elaboración provocó el rechazo de las organizaciones de pueblos indígenas y de la sociedad civil, así como la crítica de expertos internacionales⁴⁰, sin perjuicio de lo cual, igualmente se impulsaron diversos procesos de consulta bajo esta normativa. Además, tal como se desarrollara a continuación, la aplicación que comenzó a hacer la Corte Suprema del Convenio 169, demostró el rotundo fracaso de la estrategia del Ejecutivo de sustraer de la obligación de consultar los proyectos de inversión en los territorios tradicionales de pueblos indígenas sometidos a evaluación ambiental.

³⁷ En este sentido, Cordero Vega, L. (2013). “Derecho administrativo y Convenio 169. La proceduralización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas”, en Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Chile.

³⁸ Ley N° 19.300 de 1994, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>

³⁹ Montt, S y Matta, M. (2011). Una revisión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile. Revista de Estudios Públicos, 121. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095447/rev121_SMontt_MMatta.pdf

⁴⁰ En este sentido el informe del Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr. 11.

2.3.3. Desarrollo de la Consulta por la Jurisprudencia

Como era previsible, con la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT y en el marco de las restricciones del Decreto Supremo N°124/2009 del Ministerio de Planificación, no tardaron en surgir conflictos sobre la adopción de decisiones estatales sin consulta. Estos conflictos tuvieron una mayor incidencia en el contexto de la evaluación ambiental de iniciativas de inversión dentro de territorios tradicionales de pueblos indígenas, los que comenzaron a canalizar sus reclamos por la vía del denominado recurso de protección, un mecanismo judicial para la tutela de derechos fundamentales garantizado en la Constitución Política de Chile⁴¹. Sin embargo, la receptividad de la Corte Suprema frente a dichos reclamos no fue inmediata, la que fue modelando poco a poco un modelo de consulta que en términos generales se mantiene hasta ahora, siendo posible identificar al menos dos momentos en el desarrollo de la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

En un primer momento, la Corte Suprema homologó la consulta indígena con el proceso de participación ciudadana general en el contexto del SEIA, exigible solo para el caso de proyectos de inversión que generan “impactos significativos” y que deben ser evaluados ambientalmente bajo la modalidad de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)⁴². De esta manera, la Corte niega la especificidad jurídica de la consulta y da por cumplida la obligación estatal de diseñar e implementar este derecho en el marco del SEIA, en la medida en que se verifique un proceso de participación ciudadana. Asimismo, dado que la participación ciudadana durante la evaluación ambiental se encuentra reservada únicamente para el caso de proyectos que tendrán un gran impacto, la Corte Suprema agregó como requisito de procedencia la magnitud de la afectación (generación de impactos significativos), lo cual no es parte del estándar internacional⁴³.

Esta doctrina aparece por primera en la sentencia de la Corte Suprema en el caso conocido como “Lof Palguin”, de fecha 17 de mayo de 2010 (Rol N° 1525-2010), la que tuvo una influencia significativa, aunque no definitiva, en las decisiones posteriores⁴⁴. Si bien esta doctrina sería confirmada por la Corte Suprema en

⁴¹ El recurso de protección de garantías constitucionales se encuentra regulado en el artículo 20 de la Constitución Política de Chile (disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>), y en el Auto Acordado de la Corte Suprema que regula su tramitación y fallo, de 17 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080916>.

⁴² La evaluación ambiental de un determinado proyecto o actividades que debe hacer ingreso al SEIA se puede concretar a través de dos modalidades: la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). La DIA está pensada para proyectos cuyos impactos ambientales son de menor magnitud o no son significativos, y su objetivo se reduce a determinar si los impactos ambientales de una iniciativa se ajustan a las normas ambientales vigentes. A su vez, el EIA está diseñado para aquellos proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud. En virtud de estos, además de evaluar si el impacto ambiental de un proyecto se ajusta a las normas ambientales vigentes, se deben diseñar todas las medidas tendientes a mitigar, reparar o compensar (de ser posible) el impacto ambiental, pudiendo incluso rechazarse un proyecto si es que el titular no se hace cargo adecuadamente de sus efectos adversos. Además, solo en el contexto de la evaluación ambiental de un EIA es obligatorio para la autoridad ambiental abrir un proceso de participación ciudadana. Esta situación se modificó parcialmente luego de la reforma a la institucionalidad ambiental efectuada por medio de la Ley N° 20.417, permitiendo en la actualidad de forma facultativa para la autoridad ambiental la apertura de un proceso de participación ciudadana en el caso de las DIA.

⁴³ En este sentido, ver: Meza-Lopehandía, M. (2016). La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: La consulta previa indígena ante tribunales. En: Universidad de Valparaíso: Revista de Ciencias Sociales. No 69. pp. 27-28.; y Guerra-Schleef, F. (2017). “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”. Revista Justicia Ambiental, 9.

⁴⁴ En el caso del “Lof Palguin”, relativo a la aprobación de un proyecto de piscicultura, la Corte Suprema revocó una decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco que, acogiendo un recurso de protección interpuesto por un una autoridad tradicional mapuche y su comunidad, señaló que la resolución que había calificado favorablemente la DIA de un proyecto de piscicultura era una medida administrativa susceptible de afectar a los recurrentes indígenas, por lo cual era necesario un proceso de consulta previa. De esta forma, a juicio de la Corte de Apelaciones de Temuco, independiente de si un determinado proyecto había sido evaluado por medio de una DIA o un EIA, estábamos ante una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Pese a la concordancia de esta decisión con el derecho internacional, la Corte Suprema la revocó, afirmando que la consulta indígena era equivalente al procedimiento de participación ciudadana contemplado en la LBGMA y que, como consecuencia de lo anterior, la consulta indígena solo procedía respecto de los proyectos que ingresen al SEIA mediante EIA, única modalidad de evaluación que considera participación ciudadana.

su sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, en el conocido caso del ducto al mar de la Planta de CELCO en la ciudad de Valdivia (Rol N° 4078-2010), dicha decisión no fue unánime y aparece por primera vez un voto disidente que reconocería las diferencias sustanciales que existen entre el proceso de participación ciudadana ambiental y la consulta indígena, en tanto mecanismo participativo de carácter incidente e que busca generar un diálogo intercultural.

A partir de lo anterior, comenzara a abrirse paso en la jurisprudencia de protección la idea de una “especificidad normativa” de la consulta indígena, la que lograría por primera vez la mayoría en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de enero de 2011, en un caso donde se impugnaba por falta de consulta previa una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) favorable a un proyecto de transferencia de residuos sólidos, que había sido ingresado al SEIA por medio de una simple DIA, modalidad de evaluación que no considera un participación de la ciudadanía. En este caso, la Corte Suprema sostuvo por vez primera que, en la medida en que el proyecto debía entrar al SEIA por EIA, la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la LBGMA, observando además los estándares del Convenio N° 169 de la OIT (Rol N° 6062-2010, considerando 3°). De esta forma, el Máximo Tribunal reformularía su jurisprudencia, reconociendo la especificidad de la consulta indígena en relación al proceso de participación ciudadana efectuada durante la evaluación ambiental de un proyecto, pero consolida al mismo tiempo la idea de que la susceptibilidad de afectación directa, exigida por el Convenio 169 para que sea surja la obligación estatal de consultar sus decisiones, se identifica con los supuestos de impactos significativos reglados en el artículo 11 de la LBGMA en el contexto del SEIA⁴⁵. De esta manera, por la vía de la interpretación judicial de los estándares de la consulta, se agregó un nuevo requisito de procedencia de la consulta en el contexto de proyectos de inversión en territorios de pueblos indígenas, relativa a la dimensión de la afectación, lo que quedaría plasmado en las actuales regulaciones de la consulta, que serán analizadas en los apartados siguientes.

Por último, cabe destacar que si bien con la instalación de los nuevos Tribunales Ambientales, creados por la Ley N° 20.600 de 2012⁴⁶, han quedado radicados en ellos todo el contencioso administrativo ambiental, como son los casos relativos a la implementación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos de inversión en sus territorios, estos nuevos órganos jurisdiccionales han mantenido el modelo de consulta indígena desarrollado en la jurisprudencia previa de las Cortes⁴⁷. Así las cosas, en términos generales, los Tribunales Ambientales han

⁴⁵ En este sentido: Cordero Vega, L. 2013. “Derecho administrativo y Convenio 169. La procedimentalización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas”. En Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Chile; y Donoso R., S. 2014. Declaraciones de impacto ambiental y consulta indígena en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de impactos ambientales que exigen un EIA y a susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2013. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Ediciones LYD/Libertad y Desarrollo: Santiago.

⁴⁶ Como parte del rediseño de la institucionalidad ambiental que se inició en enero de 2010 con la promulgación de la Ley N°20.417, en junio de 2012 se promulgó la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, y que dispuso la constitución de tres tribunales ambientales en Chile distribuidos geográficamente: el Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta y jurisdicción en la macro zona norte del país (regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo); el Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en Santiago y jurisdicción en la macro zona centro (regiones de Valparaíso, Metropolitana, Libertador General Bernardo O'Higgins y Maule); y el Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en Valdivia y jurisdicción en la macro zona sur (regiones de Biobío, La Araucanía, los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y La Antártica Chilena). Entre los rasgos más característicos de estos tribunales, están el ser órganos contencioso-administrativos especializados, con una integración mixta de ministros abogados y licenciados en ciencias. Además, se les reconoce un estándar amplio de control de los actos administrativos de carácter ambiental, pudiendo considerar en sus decisiones tanto aspectos jurídicos como técnicos ambientales, teniendo plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa una decisión administrativa y sustituirla en la parte que corresponda.

⁴⁷ En este sentido, Guerra-Schleef, F. 2017a. “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”. Revista Justicia Ambiental, 9.

validado la exigencia de la magnitud del impacto de un proyecto para que proceda la consulta indígena de un proyecto sometido al SEIA. No obstante, es posible observar diversas trayectorias dependiendo de si los casos fueron resueltos por el Segundo o Tercer Tribunal Ambiental. En efecto, si bien existe una única sentencia del Segundo Tribunal Ambiental relativa a la implementación del derecho a la consulta previa en el contexto de proyectos de inversión en territorios indígenas⁴⁸, éste ha mantenido un esquema formalista y de máxima deferencia a la autoridad ambiental, quien, en último término, debe decidir sobre si se configuran en concreto los presupuestos que hacen procedente la consulta y quienes serán los grupos que participarán del proceso. Lo anterior se agrava al observar la validación que ha hecho dicho Tribunal de la sustitución de la “susceptibilidad de afectación directa” por la “afectación directa”, como presupuesto básico para que proceda el deber de la autoridad ambiental de implementar un proceso de consulta previa en el contexto del SEIA, al exigirse “certeza” y no solo una mera “posibilidad” de impactos significativos sobre los pueblos indígenas. Esto implica una transgresión de los estándares internacionales, que se orientan por criterios de precaución, y que tiene como objetivo garantizar el derecho de participación de los pueblos indígenas desde su especificidad, al constituir un mecanismo de protección de los derechos de estos grupos culturalmente diferenciados, en un contexto de diálogo intercultural que permite hacer visibles impactos que podrían no ser del todo evidentes para la cultura dominante. Además, la exigencia de que deban ser los propios pueblos indígenas quienes durante el proceso de evaluación ambiental deban complementar la información deficiente presentada por un proponente y aportar antecedentes para demostrar la susceptibilidad de afectación directa, implica sostener un estándar de prueba que dificulta el acceso a la justicia y el ejercicio del derecho a la consulta por parte de las comunidades indígenas marginadas del procedimiento de evaluación ambiental y que se verán impactadas por el desarrollo de una actividad o proyecto extractivo en sus territorios, contradiciendo el principio preventivo que inspira nuestro ordenamiento jurídico ambiental. Esto supone abdicar del estándar de revisión y control amplio que le reconoce la ley a los Tribunales Ambientales.

Por el contrario, la jurisprudencia más reciente del Tercer Tribunal Ambiental ha apuntado en una dirección algo diferente⁴⁹. Si bien el Tercer Tribunal Ambiental no cuestiona la homologación del concepto de susceptibilidad de afectación directa con el de impactos significativos, a diferencia del Segundo Tribunal Ambiental, se ha tomado en serio el estándar amplio de control y revisión de los actos administrativos de carácter ambiental, revisando no solo los aspectos formales de las decisiones de la autoridad ambiental, sino que también ha ejercido sus atribuciones para verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión de calificación de un determinado proyecto o actividad, controlando la valoración que realiza la autoridad ambiental de la información que ofrecen los titulares durante la evaluación ambiental de sus proyectos, así como la metodología que se utilizó para levantar y analizar los datos, lo que es presentado como prueba para descartar la generación de impactos significativos sobre los pueblos indígenas y determinar la procedencia de un proceso de consulta. De esta forma, a diferencia del Segundo Tribunal Ambiental, el Tercer Tribunal

⁴⁸ Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015, reclamación caratulada “LOS PUEBLOS INDÍGENAS UNIDOS DE LA CUENCA DE TARAPACÁ, QUEBRADA DE AROMA, COSCAYA Y MIÑI-MIÑI / DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (RES. EX. N° 87, DE 06 DE OCTUBRE 2014)”, Rol R-54-2014. Dicho fallo fue confirmado por la Corte Suprema. Por medio de su Sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, recurso de casación forma y fondo caratulado “LOS PUEBLOS INDÍGENAS UNIDOS DE LA CUENCA DE TARAPACA, QUEBRADA DE AROMA, COSCAYAY MIÑI MIÑI CON DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL”, Rol N° 817-2016.

⁴⁹ sEn este sentido, véase: Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia de fecha de 17 de noviembre de 2016, reclamación caratulada “JOSÉ HORACIO CAYÚN QUIROZ CON COMITÉ DE MINISTROS”, Rol R-30-2016, confirmada por la Corte Suprema, por medio de su sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, Rol N°100805-2016; y Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia de fecha de 28 de diciembre de 2016, reclamación caratulada “LUIS ALBERTO ARANEDA NECUMAN CON DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL”, Rol R-38-2016, confirmada por la Corte Suprema, por medio de su sentencia de fecha 28 de junio de 2018, Rol N° 3971-2017.

ha aplicado en sus decisiones los principios articuladores del SEIA, en particular el principio preventivo, que obliga a la autoridad ambiental a analizar técnica e imparcialmente la información aportada por el titular durante la evaluación de un proyecto, de modo que sea idónea para descartar o comprobar la generación de impactos significativos en el hábitat de los pueblos indígenas, y de esta forma cumplir con su deber de implementar un proceso de consulta. Esto, al menos, ha contribuido a dar sustancia al SEIA, superando una visión formalista, en el entendido de que la finalidad de dicho procedimiento administrativo es la evaluación de los impactos reales y potenciales que los proyectos o actividades puedan tener en el medio ambiente y, por tanto, la anticipación a ellos.

2.3.4. Reglamento General de Consulta: el Decreto Supremo N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social

Con el propósito de remplazar el modelo provisorio de consulta del Decreto Supremo N° 124/2009, y ajustar la normativa a los estándares internacionales de derechos humanos, el 04 de marzo de 2014 el Ministerio de Desarrollo Social publicó el Decreto Supremo N° 66, que vino a regular el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT y derogó la anterior normativa⁵⁰. Sin embargo, desde su dictación, organizaciones de pueblos indígenas y de la sociedad civil, así como parlamentarios y organismos de derechos humanos, han cuestionado la legalidad y legitimidad de este reglamento, por considerar que en su formulación se vulneró la obligación de consultar⁵¹. Producto de estas críticas, diversos organismos del Estado han flexibilizado la aplicación de esta reglamentación y han generado mecanismos para consensuar el procedimiento de consulta con las organizaciones indígenas directamente, de modo de salvar los problemas de legitimidad y de legalidad que tienen dicho reglamento, en la medida que no se adecuaba a los estándares establecidos por el Convenio 169⁵².

En lo que respecta al contenido sustantivo del Decreto Supremo N° 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social, a continuación se analizarán los siguientes aspectos críticos de este reglamento desde la perspectiva de los estándares internacional del derecho humanos: a) el cumplimiento del deber de consulta; b) los órganos a los que les es aplicable la obligación de consulta; c) definición del concepto de afectación directa; y d) la aplicación parcial del reglamento en el caso de medidas administrativas adoptadas en el marco del SEIA.

⁵⁰ Decreto Supremo N° 66/2014, del Ministerio de Desarrollo Social, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>

⁵¹ La necesidad de que el procedimiento mismo de la consulta deba ser consensuado previamente con los pueblos interesados, emana de la naturaleza misma de la obligación estatal de consulta previa. Así, para poder ser efectiva, la consulta debe hacerse sobre la base de mecanismos consensuados, relativamente formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes, de manera de otorgar seguridad jurídica y evitar arbitrariedades. Esto implica la obligación del Estado de crear, en conjunto con los pueblos indígenas, instituciones y mecanismos apropiados para llevar a cabo las consultas, lo que se conoce como la consulta sobre la consulta. En este sentido, ver: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice; Consejo de Administración de la OIT. Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 282a reunión, GB.276/17/1, 2001, párr. 68a.

⁵² Los Ministerios que tienen experiencias de consulta y que han flexibilizado el procedimiento propuesto por el D.S. 66 de 2013, optando por un modelo consensuado con los Pueblos Indígenas son: Ministerio de Obras Públicas; Consejo Nacional de Cultura; y, Ministerio de Energía.

a) El cumplimiento del deber de consulta

El artículo 3° del Decreto Supremo N° 66/2014 se refiere al cumplimiento del deber de consulta⁵³, desconociendo que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento y, por tanto, lo medular es que el procedimiento y su implementación se realicen con miras a perseguir dicho objetivo. Además, el estándar internacional exige que aun cuando un determinado proceso de consulta haya concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe igualmente respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, tales como los derechos territoriales y sobre sus recursos naturales de uso y ocupación ancestral de los pueblos indígenas⁵⁴. Asimismo, dependiendo del grado de afectación que una determinada medida administrativa o legislativa puede tener sobre los pueblos indígenas y sus sistemas de vida y costumbre, la importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento se vuelve imperativa entre más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados⁵⁵.

En esta misma línea, tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han señalado que para asegurar que los procesos de consulta sean un medio que permita garantizar los derechos que puedan resultar afectados, debe existir evidencia de la modificación de las medidas propuestas o de aquellos proyectos de inversión que se pretendan emplazar en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, basado en las opiniones, preocupaciones y aportaciones de dicho pueblos⁵⁶. Esto se conoce como “deber de acomodo”, teniendo en cuenta que el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego. En este contexto, en caso de que los Estados decidan no acoger las opiniones, preocupaciones y/o aportaciones de los pueblos indígenas como resultado de los procesos de consulta, deben proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho, de lo contrario dichas decisiones serían contrarias a las garantías del debido proceso⁵⁷.

b) Los órganos a los que es aplicable el deber de consulta

El artículo 4° del Decreto Supremo N° 66/2014 precisa aquellos órganos a los que se aplica dicho reglamento⁵⁸. En esta norma se excluye de la obligatoriedad de realizar consultas a un organismo de administración territorial de trascendencia primordial para la gestión local, como son las municipalidades,

⁵³ Artículo 3°.- Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.” (énfasis agregado)

⁵⁴ En este sentido: ANAYA, James (2010). Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, [en línea] OACNUDH. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S>; y OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, p. 17.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. Original: Español. párr. 181.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ “Artículo 4°.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente.

Las referencias que este reglamento haga a los órganos de la Administración, órgano responsable, Administración, Administración del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso 1° del presente artículo”.

cuya obligación de realizar la consulta indígena es meramente facultativa, aun cuando sus decisiones y actos administrativos pueden afectar un interés o derecho de algún pueblo indígena. En similar situación se encuentran las empresas públicas y las Fuerzas Armadas.

Esto es sin perjuicio de que, con anterioridad a la dictación del Decreto Supremo N° 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social, la Corte Suprema ya se había pronunciado sobre la obligatoriedad de consulta por parte de las Municipalidades (Rol N° 258-2011), en el caso del plan regulador de San Pedro de Atacama, en un recurso de protección promovido por el Consejo de Pueblo Atacameños. Dicho fallo reconoce el carácter transversal de la obligación de consultar respecto de todos los órganos del Estado, sean parte de la administración centralizada o descentralizada.

c) Las medidas susceptibles de afectación directa a los pueblos indígenas

El artículo 7° del Decreto Supremo N° 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social define qué se entiende por medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas⁵⁹, aplicando restricciones que limitan el ejercicio y exigibilidad del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados.

En lo que dice relación con la definición de las “medidas legislativas”, el Decreto Supremo N° 66/2014 únicamente incorpora los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional que sean iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. De esta forma, y al igual que sucedía con el Decreto Supremo N° 124/2009 del Ministerio de Planificación, la nueva reglamentación no se hace cargo del proceso de consulta durante todo el proceso de discusión y deliberación parlamentaria, limitándose la participación de los pueblos indígenas a la etapa de formulación de los anteproyectos de ley o de reforma constitucional por parte del Ejecutivo, previo a su tramitación legislativa. Esta situación se agrava por el hecho de que, hasta la fecha, el Congreso Nacional no ha reglamentado la consulta durante el proceso legislativo, lo que le ha sido recomendado incluso por el propio Tribunal Constitucional⁶⁰.

⁵⁹ “Artículo 7°.- Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

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

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

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

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

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

⁶⁰ En la sentencia del requerimiento respecto del proyecto de ley que modificó la ley de pesca (rol 2387-2012), el Tribunal Constitucional señaló que la eventual omisión del trámite de consulta previa en la tramitación de un proyecto de ley o en la ratificación de un tratado internacional sería una infracción infraconstitucional, y por lo mismo, quedaría fuera del ámbito de sus atribuciones. De todos modos, en el voto concurrente de los ministros Bertelsen, Venegas y Aróstica, se indicó que mientras la consulta previa no fuera objeto de una regulación específica por parte del Congreso, cuestión que la sentencia principal recomienda, la determinación de su procedencia competía exclusivamente a tal corporación.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que el Poder Ejecutivo ha impulsado diversos procesos de consulta previa respecto de ante-proyectos de ley, algunos de los cuales han concluido en la presentación de proyectos de ley ante el Congreso, como son los proyectos que componen la propuesta de Nueva Institucionalidad Indígena y el que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. Sin embargo, en otros casos el gobierno se ha negado a realizar un proceso de consulta durante la formulación de los proyectos de ley, debiendo con posterioridad, producto de la presión de las organizaciones indígenas, efectuar consultas sobre las indicaciones a los proyectos en tramitación. Esto, por ejemplo, fue lo que sucedió con el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (boletín N° 9404-12). Finalmente, en otros casos, y aun cuando se trata de proyectos de ley que regulan materias que se superponen con otras iniciativas legislativas que han sido consultadas por ser susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Ejecutivo ha impulsado su tramitación legislativa sin consulta, tal como acontece actualmente con el proyecto de ley para crear el nuevo Servicio Nacional Forestal (SENAFOR) y modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones (Boletín N° 11175-01)⁶¹.

Por otra parte, en relación al concepto de “medidas administrativas”, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 66/2014, las define como:

“[...] aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción [...]”

Dicha definición, para determinar si un determinado acto administrativo debe ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, impone una distinción que no se encuentra en el Convenio 169, relativa a si el acto es reglado o discrecional. En este contexto, solo serán objeto de consulta aquellos aspectos discrecionales de los actos administrativos. Esta forma de interpretar el concepto de medida administrativa excluye a priori a una gran cantidad de actos administrativos, fundamentalmente en el contexto de procedimientos administrativos para otorgar o constituir concesiones para explotar recursos naturales dentro de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, los cuales por su naturaleza reglada y no discrecional no serían objeto de un proceso de consulta. Asimismo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la anterior distinción resulta del todo cuestionable, ya que todos los actos administrativos, de acuerdo al principio de legalidad, son al mismo tiempo expresión de una potestad reglada y discrecional de la autoridad, no existiendo actos que sean puramente discrecionales o reglados.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que en un reciente fallo la Corte Suprema reconoció que la calidad de actos reglados o no reglados no era óbice para efectuar los estudios que determinen la necesidad o no de efectuar la consulta previa a los pueblos indígenas, puesto que lo determinante es la afectación que dicho acto administrativo producirá y no sus características formales⁶². Sin embargo, dicho fallo constituye un precedente aislado, que no garantiza que en el futuro exista un cambio de criterio.

Finalmente, en relación a la susceptibilidad de afectación, el artículo 7° del Decreto Supremo N° 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social impone un criterio ex ante para determinar si una medida legislativa o

⁶¹ Observatorio Ciudadano, declaración pública “Debate de los proyectos de ley del SENAFOR y del SBAP: Las incongruencias de la política pública y el futuro incierto de las áreas protegidas en Chile”. Disponible en: <https://observatorio.cl/debate-de-los-proyectos-de-ley-del-senafor-y-del-sbap-las-incongruencias-de-la-politica-publica-y-el-futuro-incierto-de-las-areas-protegidas-en-chile/>

⁶² Causa Rol N° 1.356-2017, Corte de apelaciones de Antofagasta, confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 35.629-2017.

administrativa es susceptible de afectar a los pueblos indígenas, al exigirse que las medidas “sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. Esta forma de definir la susceptibilidad de afectación directa, junto con entregar un amplio margen de discrecionalidad al órgano obligado, ha sido objeto de críticas a la luz del estándar internacional. En particular, por agregar el elemento de magnitud de la afectación (“impacto significativo”), fijando un umbral para la exigibilidad del derecho de consulta no contemplado por el Convenio 169. Esto se ve agravado por la existencia de una tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema, consistente en exigir que sean los propios pueblos indígenas quienes deban probar las afectaciones, lo que ha traído consecuencias graves en el contexto de proyectos de inversión sometidos al SEIA⁶³, lo cual ha sido criticado por expertos internacionales⁶⁴.

d) Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA

En lo que dice relación medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA, el artículo 8 del Decreto Supremo N° 66/2014 se remite a señalar que tanto la procedencia de un proceso de consulta indígena, así como su procedimiento, serán reguladas por la normativa sectorial, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando las etapas del procedimiento de consulta del artículo 16⁶⁵. Asimismo, la referida disposición específica que el proceso de consulta indígena “[...] incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300”, pudiendo la autoridad ambiental “[...] solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” de acuerdo al artículo 14 del D.S. N° 66/2013.

⁶³ En este sentido, las sentencias de la Corte Suprema en los recursos de protección interpuestos en contra de las decisiones que calificaban ambientalmente los proyectos “Línea de Transmisión Melipeuco-Freire” (Sentencia de fecha 8 de junio de 2012, Rol N° 1602-2012) y “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” (Sentencia de fecha 22 de mayo de 2014, Rol N° 16.817-2013). En el mismo sentido, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco al rechazar el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir, en contra de la calificación ambiental favorable del “Proyecto Eólico Renaico” (Sentencia de fecha 19 de febrero de 2012, Rol N° 2089-2012) y la decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia al rechazar el recurso de protección interpuesto en contra de la resolución que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Mini Central de Pasada Huenteleufu” (Sentencia de fecha 18 de octubre de 2013, Rol N° 1944-2013). Sin perjuicio de esta jurisprudencia, recientemente, en el caso de la Central Doña Alicia, la Corte Suprema reconoció que es el titular de un proyecto quien tiene la carga de probar si un proyecto de inversión no es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena cuando se emplaza dentro de sus territorios tradicionales, y que la autoridad ambiental debe verificar dicha información de forma objetiva e imparcialmente, sobre la base de la precaución (sentencia de fecha 28 de junio de 2018, Rol N° 3971-2017).

⁶⁴ El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al observar la propuesta de reglamentación de consulta en Chile, hizo una recomendación específica sobre la debida diligencia que deben observar los órganos del Estado al evaluar la susceptibilidad de afectación, indicando que, en concordancia con el principio precautorio y el principio de no discriminación, dichos órganos deben evaluar preliminarmente si la medida podría afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas, siendo, en caso de duda, preferible dar curso a una pre-consulta. Anaya. (2012). Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. Párr.44.

⁶⁵ “Artículo 8°.- Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta”.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento”.

A continuación se analizará la regulación sectorial del derecho de consulta de los pueblos indígenas en el contexto del SEIA, la que se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°40 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del SEIA, y en un Instructivo interno de la autoridad ambiental (Oficio Ordinario 161116, de 24 de agosto de 2016, del Director Ejecutivo del SEA).

2.3.5. La reglamentación del derecho de consulta en el marco del SEIA: el Decreto Supremo N°40 de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente

El 12 de agosto de 2013, se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del SEIA⁶⁶, y que contiene una regulación específica del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión susceptibles de afectarles directamente. Cabe destacar que esta reglamentación no fue el resultado de un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas, que permitiera consensuar con estos pueblos un modelo de consulta general para el SEIA.

El actual Reglamento del SEIA se refiere al derecho de consulta de los pueblos indígenas, en los artículos 85⁶⁷ y 86. En relación a cuándo se produce la susceptibilidad de afectación directa y, en consecuencia, surge el deber de la autoridad ambiental de diseñar e implementar un proceso de consulta de un proyecto de inversión sometido a evaluación, el artículo 85 del Reglamento del SEIA especifica que esto sucede cuando el proyecto genera o presenta alguno “impacto significativo”⁶⁸ y, adicionalmente, “afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”. Esta forma de definir la susceptibilidad de afectación directa en el contexto del SEIA vino a normalizar la interpretación de la Corte Suprema en su jurisprudencia, que si bien reconoció la especificidad de la consulta en tanto proceso de participación incidente y de diálogo intercultural, limitó su procedencia solo para aquellos proyectos que, por generar impactos significativos, deben ingresar a evaluación ambiental mediante un EIA. Bajo esta lógica, quedan sin un proceso de consulta indígena la gran mayoría de proyectos que ingresan al SEIA y son evaluados ambientalmente por medio de una DIA.

Por otra parte, en lo que respecta a qué comunidades o grupos indígenas deben ser consultados, la misma disposición señala solo podrán participar del proceso de consulta “los pueblos indígenas afectados

⁶⁶ Decreto Supremo N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053563>

⁶⁷ “Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

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

⁶⁸ Los impactos significativos son aquellos regulados en el artículo 11 de la LBGMA, y que se encuentran desarrollados en los artículos 5 a 10 del Reglamento del SEIA. La generación de alguno de estos impactos significativos hacen exigible la evaluación ambiental bajo la modalidad de un EIA, debiendo el titular proponer medidas de mitigación, reparación y/o compensación apropiadas para hacerse cargo de dichos impactos, de lo contrario el proyecto debe ser rechazado por la autoridad ambiental.

de manera exclusiva". Lo anterior, ha sido interpretado por la autoridad ambiental en el sentido de que solo aquellos grupos o comunidades que se ubican dentro del área de influencia directa de un proyecto, que declara el titular, serán consultados en el marco del SEIA⁶⁹. Esto ha supuesto un amplio margen de discrecionalidad administrativa, supeditándose la posibilidad de ejercicio de un derecho humano al criterio de la autoridad ambiental.

En relación con la finalidad del proceso de consulta indígena, el artículo 85 del Reglamento del SEIA señala que estos procesos "deberá[n] efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento", sin perjuicio que "el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta". Esta formulación para dar por cumplido con el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas en el marco del SEIA obvia los estándares e interpretaciones que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos⁷⁰.

Finalmente, cabe referirse al artículo 86 del Reglamento del SEIA, que regula las denominadas "reuniones previas con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas"⁷¹. Dicha disposición se pone en el caso de aquellos proyectos que ingresen al SEIA por medio de una DIA o un EIA, sin declarar impactos significativos sobre algún pueblo indígena, pero que se emplazarán en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. En estos casos, la norma le exige una conducta precautoria a la autoridad ambiental, debiendo ésta realizar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período de 30 días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de poner término anticipada a la evaluación ambiental. Asimismo, la norma señala que la autoridad ambiental deberá generar actas de

⁶⁹ Oficio Ordinario 161116, de 24 de agosto de 2016, del Director Ejecutivo del SEA, que contiene el "Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a los pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", pp. 16 y ss. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_nde_161116.pdf

⁷⁰ Si bien la OIT ha señalado en reiteradas oportunidades que el derecho a la consulta previa no otorga a los pueblos interesados un derecho a vetar las medidas propuestas, al mismo tiempo ha señalado que: "[d]ebe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas". En Oficina Internacional del Trabajo. 2013. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra. ISBN 978-92-2-326243-3. Disponible en: http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm.

⁷¹ "Artículo 86.- Reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda".

cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los pueblos o comunidades interesadas, las que podrán servir de motivación para la decisión de poner término anticipado a la evaluación ambiental, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental, según corresponda.

En el marco de las restricciones que tiene la reglamentación del derecho a la consulta en el SEIA, la figura de las “reuniones previas con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas” se ajusta al estándar internacional. Esto, en la medida en que previene que la autoridad ambiental deberá definir con la participación de los pueblos interesados si un proyecto es susceptible de afectarles directamente, cuando se den determinados requisitos objetivos que hacen presumir un impacto sobre dichos grupos: el proyecto se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías de algún pueblos indígenas, y el titular no declaren la ocurrencia de impactos significativos sobre algún pueblo indígena. Sin embargo, en la práctica, la autoridad ambiental ha interpretado que estas reuniones previas son facultativas y no obligatorias⁷². Esta interpretación le ha permitido a la autoridad ambiental obviar la realización de estas reuniones previas con los pueblos indígenas, en casos donde se daban los presupuestos que le exigen una conducta basada en la precaución.

Las restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en el contexto del SEIA se expresan en el reducido número de procesos de consulta indígena que se han implementado hasta el momento. En efecto, si bien según cifras del SEA, el monto total de inversiones que han sido consultadas en el marco del SEIA suman cerca de US\$ 28.045 millones, desde el 15 de septiembre de 2009 hasta la fecha han ingresado al SEIA más de 9.800 proyectos, de los cuales tan solo 47 han sido sometidos a un proceso de consulta indígena durante su evaluación ambiental⁷³. Del total de consultas a los pueblos indígenas, 26 ya se encuentran finalizadas, y solo 21 están en proceso. Mientras que en lo que dice relación con el estado de los proyectos sometidos a consulta en el contexto del SEIA, 22 iniciativas ya han sido aprobadas, 19 se encuentran en evaluación, y tan solo dos han sido rechazadas, mientras que 4 fueron desistidas por los propios titulares.

3. Derechos a la Tierra, al Territorio y a los Recursos Naturales (artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169)

3.1. Derecho a la Tierra (artículo 14)

El artículo 14 del Convenio 169 dispone:

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

⁷² Oficio Ordinario 161116, de 24 de agosto de 2016, del Director Ejecutivo del SEA, que contiene el “Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a los pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, pp. 16 y ss.

⁷³ Reporte sobre los proyectos sometidos al SEIA con proceso de consulta indígenas, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php?_paginador_refresh=1&_paginador_fila_actual=3

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

3.1.1. Marco normativo (Ley 19.253 de 1993)

A diez años de la ratificación por Chile del Convenio N° 169 de la OIT, el marco normativo interno vigente en el país en materia de derechos de pueblos indígenas sobre la tierra sigue siendo la Ley N° 19.253 de octubre de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

En lo esencial esta legislación:

- Reconoce que para las denominadas etnias indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. Establece como deber del Estado y la sociedad en general proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1);
- Identifica las tierras indígenas, incorporando en esta categoría las que las personas o comunidades indígenas ocupan sea en propiedad o posesión, y que provienen de títulos emanados del Estado. Considera también como tales a las que a futuro sean declaradas por los tribunales como pertenecientes a indígenas y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado. También identificó como tales las tierras que históricamente (ancestrales) han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas. En este caso, sin embargo, para que sean consideradas como tales se requiere que estas sean inscritas en el registro de tierras de CONADI (artículo 12);⁷⁴
- Otorga protección jurídica a dichas tierras indígenas, de propiedad individual o colectiva, al disponer que estarán exentas del pago de contribuciones. La ley establece además que, “por exigirlo el interés nacional”, las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. Dispuso que tampoco podrán ser arrendadas en el caso de las tierras de comunidades y solo por un plazo no superior a cinco años en el caso de las tierras de propiedad individual (artículo 13);
- Establece que solo podrían permutarse por tierras de no indígenas de similar valor con la autorización de la CONADI, las que se considerarían tierras indígenas. La CONADI abriría un registro de tierras, en el que se inscribirían las tierras de que trata el artículo 12 (artículo 15). En cuanto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (artículo 16), y que las tierras resultantes de la división de comunidades serían indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte (artículo 17);

⁷⁴ Así el artículo 12 N° 2 dispone que son tierras indígenas: “Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad”. Destacado es nuestro.

- Establece como mecanismo para proveer la ampliación de las tierras indígenas el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI). En lo sustancial, dispone que dicho fondo será administrado por la CONADI con el objeto de: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente; b) financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre tierras indígenas;⁷⁵ y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20);
- Dispone que CONADI podrá recibir del Estado, tierras fiscales, predios, propiedades, derechos de agua, y otros bienes de esta especie para radicar, entregar títulos permanentes, realizar proyectos de colonización, reubicación y actividades semejantes destinados a comunidades indígenas o indígenas individualmente considerados (artículo 21);
- Dispone que los recursos de este Fondo estarán compuestos por aquellos que anualmente establezca la Ley de Presupuesto con este objeto, además de aquellos provenientes de la cooperación internacional, aportes de particulares, organismos públicos y privados, devoluciones contempladas en el artículo 22 de esta ley, las rentas que devenguen los bienes del Estado, así como por las tierras, predios o propiedades que reciba del Estado (artículo 21). Las tierras no indígenas y aguas adquiridas con este fondo no podrán ser enajenadas por 25 años desde su inscripción (artículo 23).

A pesar de la obligación establecida en el artículo 2 N° 1 del Convenio 169 en el sentido de que los gobiernos deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática para proteger y garantizar los derechos de pueblos indígenas establecidos en el Convenio, esta legislación no ha sido modificada a la fecha. Ello para adecuarla a lo dispuesto por el Convenio en su artículo 14.1 en el cual se establece que “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Tal como ha sido señalado por los órganos de supervisión de la OIT, los derechos de propiedad y posesión de que trata este artículo no solo se refieren a aquellas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas⁷⁶.

Cabe señalar que la interpretación autorizada de la OIT sobre el sentido y alcance del artículo 14 del Convenio no puede ser ignorada por el Estado de Chile, toda vez que le ha sido señalada en reiteradas ocasiones por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Así en las Observaciones que le hiciera el 2013 dicha Comisión señaló sobre la materia que: “Teniendo en cuenta la persistencia de una situación que no cumple con el Convenio, la Comisión reitera su pedido al Gobierno para que informe en su próxima memoria de manera detallada sobre la adecuación con el Convenio del mecanismo de regularización de tierras y su procedimiento de solución de conflictos”⁷⁷.

⁷⁵ Mecanismo para posibilitar la adquisición de predios en conflicto derivados de tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el Estado.

⁷⁶ Así lo ha establecido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), disponiendo que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio, [...] independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]”. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2003, 73ª sesión, Observación, Perú: párrafo 7.

⁷⁷ OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III (Parte 1 A). p. 908. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2013-102-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2013-102-1A).pdf)

No obstante lo anterior, constatamos que la normativa de la Ley 19.253 referida a la modalidad para procesar las reclamaciones de tierras de pueblos indígenas, no ha sido modificada a la fecha. De esta manera la ley, así como también la política pública aplicada por el Estado, sigue estando limitada a la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre “tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de indígenas” (artículo 20 b). Ello excluye a las tierras indígenas cuyo título y derechos emanan de la ocupación tradicional, conforme al Convenio.

Más aún, constatamos que las autoridades del actual gobierno del Presidente Piñera (2018-2022), han hecho anuncios, sin que hasta ahora hayan sido desmentidos, relacionados con la revisión de la política de tierras indígenas de CONADI, la que a pesar de sus limitaciones ha sido el mecanismo al cual muchas comunidades indígenas, en particular mapuche, han recurrido para sus reclamaciones de tierras. Así el director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) propuso el primer semestre de 2018 poner fecha límite a la reclamación de tierras y la elaboración de un catastro definitivo sobre tierras mapuche, para determinar cuáles son las tierras pendientes por restituir a mapuche⁷⁸.

A ello se une el anuncio hecho por la misma autoridad, tampoco desmentido hasta ahora, sobre la evaluación de la posibilidad de enajenar y gravar tierras indígenas, lo que la ley vigente, que data de 1993, prohíbe. Se trata de un tema altamente sensible para las comunidades mapuche, las que han respaldado la prohibición legal de enajenar sus tierras, como una manera de defenderlas frente al avasallamiento del que han sido objeto por privados.⁷⁹

Finalmente, aunque no llegara a concretarse, sectores afines al gobierno del Presidente Piñera, incluyendo el sector empresarial, hicieron público a comienzos de 2018 la disconformidad que el futuro gobernante tenía con la continuidad de la vigencia del Convenio 169 en Chile, promoviendo su denuncia⁸⁰. Ello con evidente objetivo de evitar la consulta a los pueblos indígenas de medidas administrativas que pudiesen recaer en proyectos de inversión. Dicha idea fue abandonada por las autoridades del nuevo gobierno asumido en marzo de este año, luego de que la propia OIT le aclarara que la denuncia de este tratado internacional en el caso de Chile no puede ser realizada sino hasta el 2021⁸¹.

3.1.2. Política pública

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en 2009 a la fecha, el Estado ha utilizado distintos mecanismos para abordar la creciente demanda de los pueblos indígenas por el reconocimiento de tierras de los pueblos indígenas, las que incluyen no solo aquellas de propiedad legal, de las que fueron desposeídos, sino también las tierras de ocupación tradicional que nunca les fueron reconocidas.

⁷⁸ Declaraciones de Jorge Retamal, Director de CONADI, La Tercera, 16 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/pueblos-originarios/mapuche/director-de-conadi-vamos-a-tener-que-poner-fecha-limite-a-la/2018-04-16/063738.html>

⁷⁹ Declaraciones de Jorge Retamal, Director de CONADI, Radio Biobio, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2018/04/26/gobierno-evalua-someter-a-consulta-la-ley-indigena-proponen-libertad-en-venta-de-tierras.shtml>

⁸⁰ Bertin, X. Eventual retiro de Chile del Convenio 169 inquieta a pueblos originarios. En La Tercera, 19 de enero de 2019. Disponible en: <http://www2.latercera.com/noticia/eventual-retiro-chile-del-convenio-169-inquieta-pueblos-originarios/>

⁸¹ Organización Internacional del Trabajo (Equipo de Trabajo Decente y Oficina de Países de la OIT para el cono Sur de América Latina). Nota técnica. El régimen de denuncia del Convenio 169, 18 de enero de 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/briefingnote/wcms_616740.pdf

a) Programa subsidios FTAI CONADI (artículo 20 a Ley 19.253)

Uno de estos mecanismos ha sido el programa de subsidios para la adquisición de tierras para personas y comunidades indígenas del FTAI de CONADI (artículo 20 a). A través de este mecanismo entre el 2009 y el 2018 se habían adquirido un total de 25.772 hectáreas, en su gran mayoría en el territorio mapuche, con una inversión total equivalente a Pesos CH \$ 71.686.844.966 (US \$ 105.421.830).

Cuadro 1.
Tierras adquiridas por el FTAI CONADI y montos de acuerdo al artículo 20 a (2009-2018)

AÑO	INVERSIÓN \$	SUPERFICIE (HECTÁREAS)	Valor Promedio por Ha.
2009	No existe	-	-
2010	15.367.264.074	5.623	2.715.929
2011	5.133.994.000	1.478	3.473.608
2012	1.641.900.000	564	2.911.170
2013	8.852.300.000	4.491	1.971.120
2014	10.819.034.137	4.336	2.495.164
2015	4.273.994.832	1.512	2.826.716
2016	12.165.727.814	3.820	3.184.745
2017	6.921.558.699	1.901	3.641.009
2018	6.511.071.410	2.047	3.180.787
TOTAL	71.686.844.966	25.772	Promedio total 2.933.360
Total US	105.421.830		Promedio total US. 4.313

FUENTE: Elaboración propia en base a plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

Las tierras adquiridas a través de esta modalidad beneficiaron a un total de 3.703 familias, 1.668 en la modalidad de compras individuales y 2.035 familias en modalidad de compras comunitarias, en su mayoría en favor de personas mapuche.

Cuadro 2.
Carácter, familias beneficiadas y montos de Tierras adquiridas por el FTAI CONADI artículo 20 a (2009-2018)

Tipo	N° de compras	N° familias beneficiadas*	Monto en \$	Monto en US
INDIVIDUAL	1.762 a particulares	1668 familias	36.057.379.600	53.025.558
PARTE COMUN	535 a parte de alguna comunidad	2035 familias	35.629.465.366	52.396.272
Total	2.021	3.703	71.686.844.966	105.421.830

FUENTE: Elaboración propia en base a plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

b) Programa compra tierras en conflicto FTAI CONADI (artículo 20 b Ley 19.253)

El otro mecanismo utilizado por el Estado ha sido el programa para financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, también del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI (artículo 20 b). A través de este mecanismo entre el 2009 y el 2018 se adquirieron un total de 96.823 hectáreas, en su gran mayoría en el territorio mapuche, con una inversión total equivalente a Pesos CH \$ 331.014.619.782 (US \$ 486.786.205).

Cuadro 3.
Tierras adquiridas por el FTAI CONADI y montos de acuerdo al artículo 20 b (2009-2018)

AÑO	INVERSIÓN \$	SUPERFICIE (HECTÁREAS)	PROMEDIO DE PRECIO X HAS.
2009	30.437.897.275	16.313	1.865.867
2010	9.218.373.426	3.307	2.787.533
2011	27.407.107.987	10.352	2.647.518
2012	26.412.045.797	15.989	1.651.888
2013	19.231.090.996	5.647	3.405.541
2014	43.046.512.960	9.840	4.374.645
2015	66.216.478.460	11.479	5.768.488
2016	54.406.966.939	12.145	4.479.783
2017	54.078.645.942	11.650	4.641.943
2018	559.500.000	101	5.539.603
TOTAL	331.014.619.782	96.823	Promedio 3.716.280
Total US	486.786.205		5.465

FUENTE: Elaboración propia en base a plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

En total estas tierras adquiridas por el FTAI de CONADI para indígenas a través del Fondo de Tierras y Aguas (modalidades 20 a y b) habrían alcanzado a un total de 122.595 hectáreas. En su gran mayoría dichas adquisiciones fueron hechas entre las regiones del Bío Bío y Los lagos, en el territorio mapuche.

c) Los problemas de los programas del FTAI CONADI

Son numerosos, sin embargo, los problemas de que ha adolecido la política desde la perspectiva del Convenio 169 de la OIT.

En primer término, esta política ha sido muy insuficiente para abordar la demanda de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus tierras en este período. En efecto, de acuerdo a antecedentes obtenidos de CONADI, a la fecha existirían un total de 589 carpetas con demandas por tierras, por una superficie indeterminada, derivadas de conflictos de tierras (artículo 20 b) con resolución administrativa de aplicabilidad para compra de tierra por CONADI que no han sido procesadas por esta entidad⁸². Cabe señalar que dicha aplicabilidad es

⁸² La aplicabilidad para dicha compra es requerida por el artículo 6 del Decreto n°395 de 1993 del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) que "Aprueba Reglamento Sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas". Un total de 42 de estas adquisiciones del FTAI en el período corresponden a una regularización de sitios ceremoniales o de significancia cultural que en el proceso de contra reforma agraria quedaron en manos de particulares (indígenas o no indígenas).

otorgada por CONADI solo a demandas por tierra que derivan de títulos previamente otorgados por el Estado a indígenas. Ello hace presumir que la demanda por tierras basadas en tierras de ocupación tradicional no reconocidas por el Estado que no han sido procesadas por CONADI, es aún mayor.

Al respecto cabe recordar que la mayoría de los conflictos -y por consiguiente demandas- de tierras en el caso del pueblo mapuche, se basan en el hecho de que el Estado radicó a los mapuche a fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX en medio millón de hectáreas de un territorio de ocupación tradicional de 10 millones de hectáreas. Por otro lado durante el proceso de reforma agraria, entre 1970 y 1973, se expropiaron en la Araucanía más de medio millón de hectáreas (636 mil hás.), de las cuales 132 mil fueron expropiadas en favor de mapuche, tierras de las cuales fueron posteriormente desposeídas⁸³. Todo ello hace concluir que la demanda por tierras de ocupación tradicional, no procesadas por CONADI a través del FTAI, supera con creces la demanda expresada en las carpetas antes referidas, y tampoco ha sido abordada por el Estado.

Estrechamente relacionado con el rezago del Estado para procesar las demandas por tierras de los pueblos indígenas está la insuficiencia de los recursos asignados a CONADI para abordar esta problemática. En efecto, el monto total destinado por el Estado al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI para la adquisición de tierras indígenas en el período 2009-2018 alcanzó a \$ 402.701.464.748 (pesos chilenos), correspondiente a US \$ 592.208.035.

Durante el período de vigencia del Convenio 169 de la OIT los recursos destinados a este FTAI de CONADI han representado en promedio 0,1615 % del Presupuesto Nacional. Esto en contraste, por ejemplo, con aquellos fondos asignados para las Fuerzas Armadas durante el periodo, los que en promedio llegaron al 2.6998 % del mismo presupuesto.

Cuadro 4.
Presupuesto nacional. Montos destinados al FTAI de CONADI y a Fuerzas Armadas
en pesos (Ch), dólares (US) y porcentajes (2009-2018)

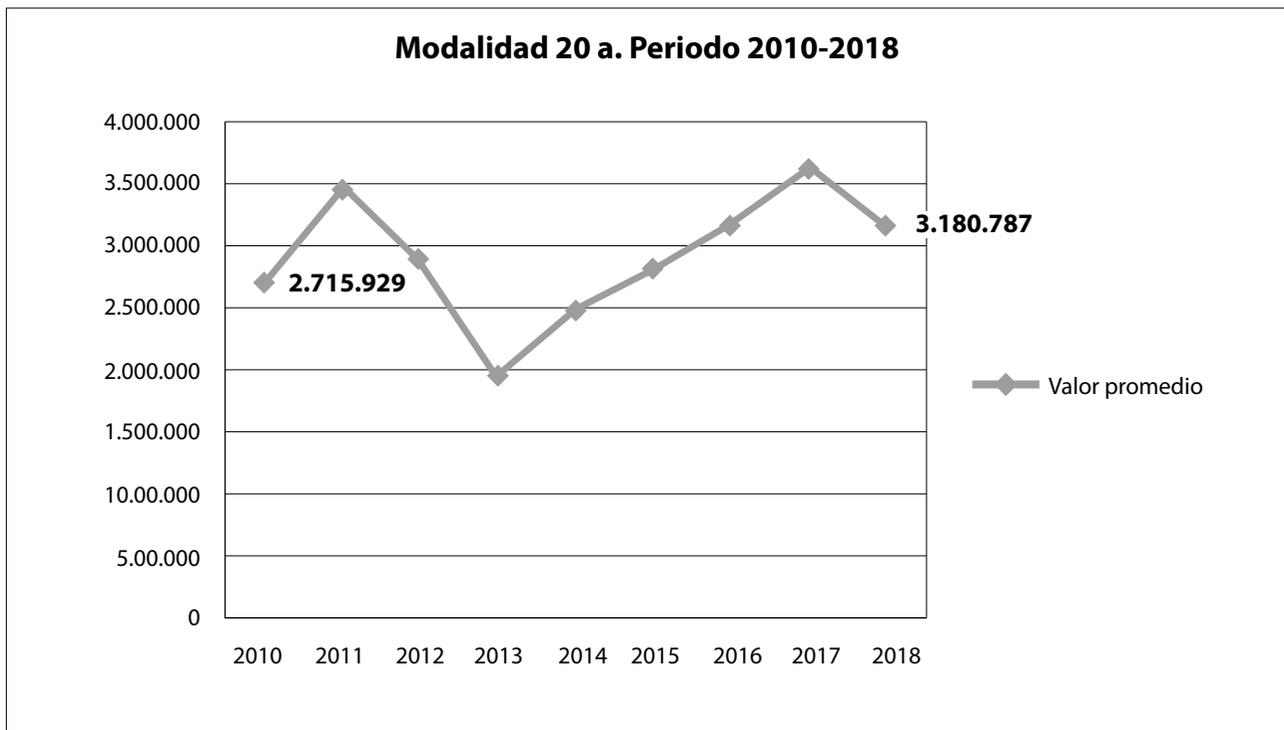
AÑO	TOTAL PRESUPUESTO \$	FONDO DE TIERRAS \$	%	FF.AA. \$	%
2009	22.922.583.284.000	29.666.580.000	0,1294	679.614.213.000	2,9648
2010	25.046.832.028.000	39.810.919.000	0,1589	781.319.262.000	3,1194
2011	28.287.683.189.000	41.822.290.000	0,1478	833.465.945.000	2,9463
2012	30.119.138.163.000	41.935.297.000	0,1392	861.942.498.000	2,8617
2013	32.461.931.361.000	43.491.009.000	0,1339	911.638.096.000	2,8083
2014	34.372.050.221.000	44.447.473.000	0,1293	965.516.377.000	2,8090
2015	38.942.514.929.000	78.445.336.000	0,2014	1.026.247.717.000	2,6352
2016	42.040.361.401.000	83.465.776.000	0,1985	1.084.214.797.000	2,5789
2017	45.373.705.271.000	80.819.749.000	0,1781	1.106.183.313.000	2,4379
2018	48.420.851.596.000	78.226.110.000	0,1615	1.145.103.006.000	2,3648
TOTAL	347.987.651.443.000	562.130.539.000	0,1615	9.395.245.224.000	2,6998
Total US	511.746.546.239	826.662.557		13.816.537.094	

FUENTE: Elaboración propia en base a Dirección de Presupuesto a fecha 02-09-2018, disponible en <http://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-2129.html>

⁸³ Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003). Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los pueblos indígenas. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>

A ello se agregan los elevados precios pagados por CONADI por las adquiridas a indígenas. Así el valor promedio de la hectárea adquirida a través del programa de subsidios (artículo 20 a) en el mismo período fue de \$ 2.933.360 (US \$ 4.313).

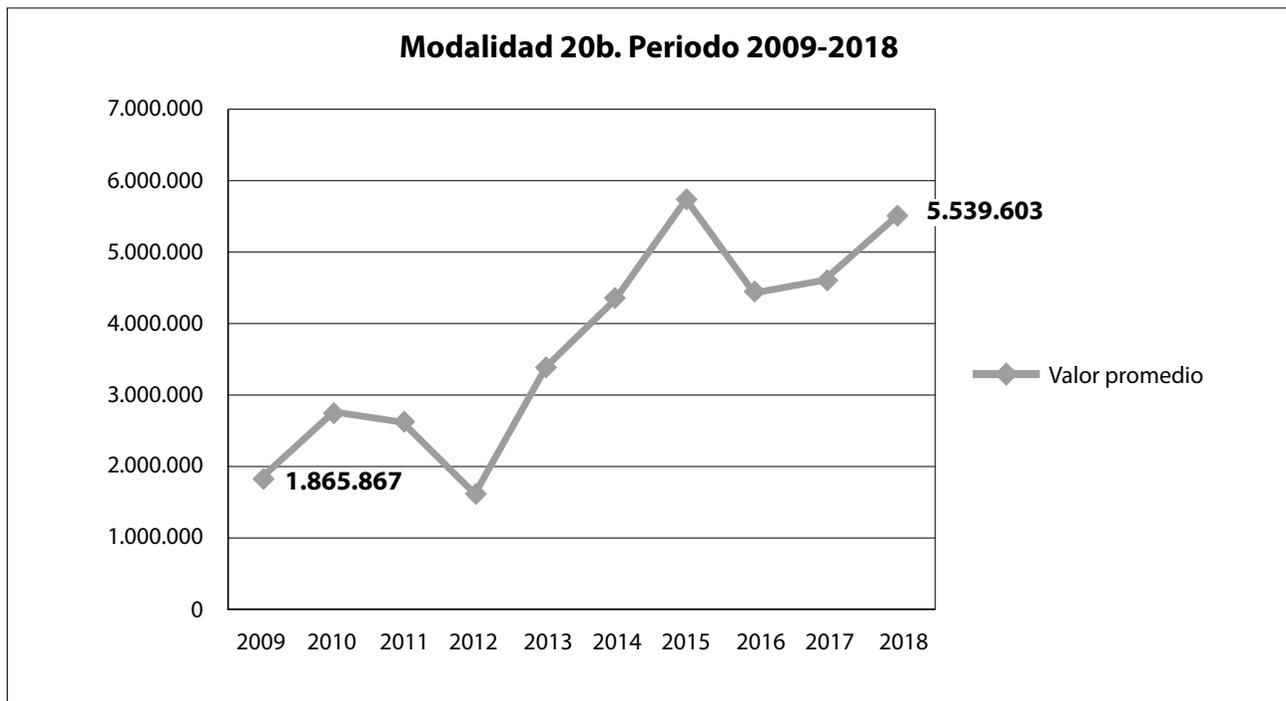
Cuadro 5.
Valor promedio en Pesos Chilenos de tierras adquiridas por el FTAI CONADI artículo 20 a
(2009-2018)



FUENTE: Elaboración propia. Fuente plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

En tanto el valor promedio de la hectárea adquirida por CONADI a través de su programa de tierras en conflicto (artículo b) alcanzó a \$ 3.716.280 (US \$ 5.465).

Cuadro 6.
Valor promedio en Pesos Chilenos de tierras adquiridas por el FTAI CONADI artículo 20 b
 (2009-2018)



FIUENTE: Elaboración propia en base a plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

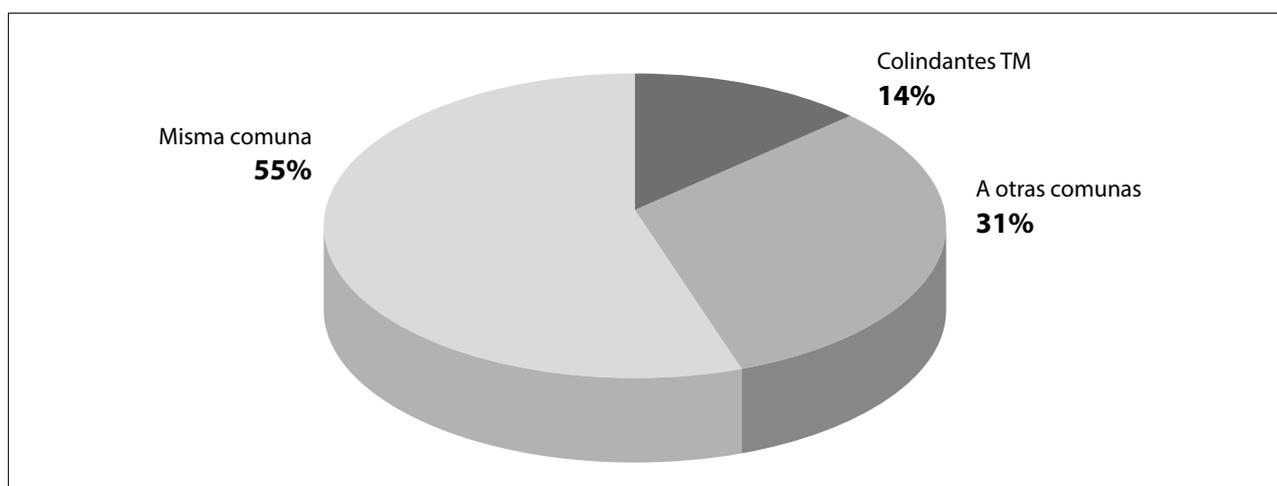
En ambos casos, el valor promedio de la hectárea adquirida por CONADI en el período subió sustancialmente. Si consideramos el valor promedio de la hectárea adquiridas por CONADI a través de su programa de tierras en conflicto (artículo 20 b) en el período 1994- 2018, este subió de \$ 608.038 a \$ 5.523.198 (pesos chilenos), esto es más de nueve veces su valor.

Esta situación se debe a que a través de la modalidad de mercado establecida en la ley 19.253 vigente, el Estado está a merced del precio que el vendedor de tierras ponga para su venta, y no paga su valor real sino un valor especulativo, muchas veces de carácter político. Cabe llamar la atención en este sentido que el Estado no recurra para evitar este problema a la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, mediante ley especial o general, que está establecida en la Constitución Política de la República (artículo 18 N° 24), la que garantizaría un precio justo y no especulativo como los existentes en dichas compras. La utilización de esta modalidad expropiatoria como vía para resolver los conflictos de tierras basados en títulos previamente otorgados por el Estado al pueblo mapuche fue recomendada por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en su informe de 2003, sin que a la fecha haya sido utilizada.

Otro de los problemas de esta política pública es que ha resultado en la relocalización o traslado de comunidades de las tierras en las que habitan a otras tierras ubicadas en otras comunas de una misma región o incluso de otras regiones del país. En efecto, de acuerdo a información de CONADI, del total de compras efectuadas por CONADI en virtud de su programa de compra de tierras en conflicto (artículo 20

b), solo el 14% ha sido en tierras aledañas al Título de Merced anterior, en tanto que el 86 % restante ha sido en tierras distantes de ellas (55% en la misma comuna y 31% en otras comunas)⁸⁴. Cabe señalar que esta relocalización o traslado desde sus tierras anteriores, de acuerdo con el procedimiento establecido por CONADI para estos efectos, no garantiza que este cuente con el consentimiento otorgado libremente y con pleno conocimiento de causa de la comunidad respectiva como exige el artículo 16. 2 del Convenio 169, y por lo mismo vulnera los derechos de esta convención⁸⁵.

Cuadro 7.
Distribución de lugar de compras FTAI CONADI artículo 20 b
(2009-2018) en relación a Título de Merced



FUENTE: Elaboración propia en base a plataforma SITI 08-08-2018, disponible en <http://siic.conadi.cl/>

Finalmente, cabe señalar que en la glosa del Presupuesto Nacional de los últimos años, a contar de 2016, se ha establecido una restricción a la compra de tierras a comunidades que hayan usado vías “no institucionales” para reivindicar tierras⁸⁶. De esta manera la ley de presupuesto ha venido a sancionar a aquellas comunidades que, en atención a la demora en el procesamiento de sus demandas de tierras basadas en títulos anteriores del Estado, o a la negativa a considerar demandas basadas en ocupación tradicional, han recurrido a la ocupación de tierras como una manera de llamar la atención de la autoridad frente a su situación.

⁸⁴ Al respecto se debe aclarar que esta adquisición de tierras fuera de los Títulos de Merced anteriormente reconocidos al pueblo mapuche, no significa una consideración del concepto de tierras de ocupación tradicional del artículo 14 del Convenio 169. Ello toda vez que la adquisición de tierras ya sea aledañas o en otras comunas en virtud de la modalidad del artículo 20 b se basa en criterios sociales -número de personas, gravedad de situación social, etc.- y no de ocupación anterior que han sido establecidos en el artículo 6 b del Decreto N°395 del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) que establece el Reglamento Sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.

⁸⁵ En dicho procedimiento (artículo 20 b) si bien es la comunidad la que propone a CONADI un predio determinado para ser adquirido a través del FTAI, posteriormente CONADI se relaciona directamente con los propietarios legales del mismo para efectos de su compra, y por tanto queda excluida de la negociación. Por eso no se garantiza que el predio adquirido cuente con el asentimiento de la comunidad.

⁸⁶ Disponible en: http://www.senado.cl/presupuesto-2015-piden-priorizar-restitucion-de-tierras-a-comunidades-que-han-confiado-en-el-camino-institucional/prontus_senado/2014-10-24/161336.html

d) Otros programas de tierra indígenas impulsados por el Estado

Otro de los programas impulsados desde el Estado desde la entrada en vigencia del Convenio 169 ha sido el programa de transferencia de tierras fiscales. Dicho programa tiene su fundamento en el artículo 21 de la Ley 19.253 que faculta a CONADI para recibir del Estado tierras consideradas "fiscales" a objeto de entregar títulos permanentes a comunidades indígenas o individuos indígenas (artículo 21). De acuerdo a CONADI este programa ha resultado en la transferencia y titulación en el periodo 2009-2014 (del que se dispone información) de un total de 71.349 hectáreas a 325 comunidades, la mayor parte de ellas en favor de comunidades quechua, aymara y colla.

Cuadro 8.
Transferencias realizadas a pueblo mapuche

	Sup. (há)	Nº Casos
Tot. Realizadas por Bs Nacionales 1996-2014	67.319,6	333
Periodo 2009 -2014	160,1	140

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes de CONADI. Disponible en: www.conadi.cl; Septiembre 2014. Archivo Certidumbre Jurídica Resumen Histórico.

Cuadro 9.
Transferencias realizadas a No Mapuche (Quechuas, Aymaras, Collas.)

	Sup. (há)	Nº Casos
Tot. Realizadas por Bs Nacionales 1996-2014	272.730,7	681
Periodo 2009 -2014	69.748,0	185

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes de CONADI. Disponible en: www.conadi.cl; Septiembre 2014. Archivo Certidumbre Jurídica Resumen Histórico.

Otro programa impulsado por CONADI ha sido el de regularización de tierras de propiedad anteriormente reconocida a indígenas, pero que se encuentran en situación jurídica precaria. De acuerdo a CONADI el total de tierras regularizadas a través de este programa en el período 2009-2014, del que se dispone información, alcanza a 343, con 69.610 hectáreas, la mayor parte ellas referidas al pueblo aymara, quechua y colla.

Cuadro 10.
Regularizaciones 2009 -2014. Mapuche y No Mapuche

Pueblos	Sup Há.	Nº Casos
Aymaras	14.036,3	142
Quechuas	51.008,0	149
Collas	4.500,9	19
Mapuche	66,6	33
Total	69.610,8	343

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes de CONADI. Disponible en: www.conadi.cl; Septiembre 2014. Archivo Certidumbre Jurídica Resumen Histórico.

Cabe hacer un comentario final referido a la naturaleza de los programas del Estado en materia de tierras indígenas, los que son muchas veces presentados por este como programas de “ampliación” de tierras para los pueblos indígenas. Se debe precisar que salvo las tierras adquiridas por el FTAI a través del programa de subsidios del artículo 20 a, que resultan en una ampliación de la cabida de tierras indígenas, los demás programas no inciden en dicha ampliación. Así las adquisiciones del FTAI a través del artículo 20 b, constituyen una restitución de tierras antes reconocidas a indígenas mapuche de las que fueron desposeídos. En el caso del programa de transferencia de tierras fiscales, se debe precisar que de acuerdo al Convenio 169, estas constituyen tierras de ocupación tradicional, que por lo mismo deben serles reconocida en propiedad por el Estado. En el caso de la regularización, como fuera señalado, esta recae sobre tierras ya reconocidas por el Estado a indígenas que es saneada. Por lo mismo tampoco pueden ser consideradas como “ampliadas”.

3. 2. Derechos Territoriales (artículo 13, 15 y 16 Convenio 169)

El Convenio 169 en su artículo 13.2 consagra el reconocimiento de los territorios, incluyendo en ellos “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Agrega que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1).

3.2.1. Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI)

En la legislación chilena, no se encuentra reconocido de manera explícita el concepto de territorio. La Ley 19.253 de 1993 no reconoce a los territorios indígenas, remitiéndose solo a las tierras indígenas y al sistema de protección de éstas. Dentro de este cuerpo legal, la única figura parcialmente asimilable al concepto de territorio es el de las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), las que surgen a partir de la aplicación del artículo 26 de la Ley Nº 19.253. De acuerdo a esta normativa, las ADI son definidas como “espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del

desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades". Dichas ADI deben ser declaradas por la autoridad competente⁸⁷ a propuesta de la CONADI, cuando concurren ciertos requisitos territoriales, demográficos y/o ambientales (artículos 26 y 27).

Las ADI son concebidas como espacios de focalización de políticas coordinadas desde el Estado, como lo indica la Ley Indígena, pero sobre todo contempla el concepto de ser territorios que a través de una adecuada gestión con protagonismo indígena, puedan ser la expresión concreta de un desarrollo desde la perspectiva del autodesarrollo y/o la autogestión. En definitiva, se busca la acción preferente del Estado, y de la sociedad toda, en territorios geográficos delimitados, con alta densidad de población indígena, para incentivar y potenciar las capacidades propias y autogestionarias de los indígenas, para el uso racional de sus propios recursos naturales, humanos, económicos y culturales y dotarse así de procesos sustentables conducentes a un desarrollo con identidad tal como lo definan las propias comunidades involucradas.

La ley 19.253 reconoce además el derecho de los indígenas y sus comunidades a la participación en la administración de las áreas silvestres protegidas (parques o reservas) ubicadas en las Áreas de Desarrollo Indígena, correspondiendo a la CONAF o el SAG y la CONADI, de común acuerdo, determinar la forma y alcance de esta participación y los derechos de uso de los indígenas (artículo 35).

A la fecha el Ministerio de Planificación (hoy Ministerio de Desarrollo Social) ha creado mediante decretos un total de once ADI a lo largo de todo el país, las que cubren una superficie de 8. 191.622 hectáreas.

⁸⁷ Ministerio de Planificación en un comienzo (MIDEPLAN), actualmente Ministerio de desarrollo Social (MINDESOS).

Cuadro 11.
Áreas de Desarrollo Indígena creadas en Chile.

REG	NOMBRE ADI	Nº DE DECRETO	PROVINCIA	COMUNAS	POBLACIÓN	Nº DE HECTÁREAS
I	Jiwasa Oraje	Nº67, 08 de marzo del 2001	Iquique	Colchane, Camiña, Huara, Pica, Pozo Almonte	3.756	1.579.577,91 hás.
	Alto Andino Arica Paricanota	Nº 224, 08 de nov. del 2004	Arica, Parinacota	General Lagos, Putre, Camarones	4.766	1.031.174,29 hás.
II	Atacama La Grande	Nº 70, 10 de marzo de 1997	El Loa	San Pedro de Atacama	2.500	2.369.800,35 hás.
	Alto el Loa	Nº 189, 08 de oct. del 2003	El Loa	Calama, San Pedro de Atacama, Ollagüe	1.210	1.271.628,09 hás.
V	Te Pito o Te Henua	Nº 111, 21 de junio del 2004	Isla de Pascua	Isla de Pascua	3.791	16.553,3 hás.
VIII	Lleu Lleu	Nº 60, 06 de marzo de 2001	Arauco	Cañete, Contulmo, Tirúa	2.626	66.428 hás.
	Alto Bio Bio	Nº 93, 31 de marzo de 1997	Bío Bío	Santa Bárbara	5.362	54.359 hás.
IX	Lago Budi	Nº 71, 10 de marzo de 1997	Cautín	Puerto Saavedra, Teodoro Schmidt	6.245	39.702 hás.
IX	Puel Nahuelbuta	Nº 168, 20 de agosto del 2004	Cautín, Malleco	Galvarino, Chol-Chol, Lumaco, Purén, Traiguén, Los Sauces	25.368	307.800 hás.
IX	Ercilla	Nº 35, 4 de octubre de 2012	Malleco	Ercilla	4.893	40.000 hás
XII	Cabo de Hornos	Nº 279, 16 de diciembre de 2005	Antártica Chilena	Cabo de Hornos	72	1.414.600
					55.624	8.191.622,94

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Decretos de creación de las ADI

Las ADI establecidas en la ley, no han logrado, sin embargo, constituirse en espacios de participación indígena en la gestión territorial. En efecto, no obstante haberse establecido hasta el 2013 un total de once ADI, en la práctica, estas se han limitado a focalizar la acción de los órganos estatales en estos territorios. Ello sin establecer mecanismos, más allá de los meramente consultivos para garantizar un involucramiento de las organizaciones y comunidades indígenas en su gestión.

Lo anterior incluso contraviniendo al artículo 35 de la ley 19.253, referido a la participación de las comunidades existentes en las ADI en la gestión de las áreas protegidas en su interior. La administración de estas áreas sigue a la fecha en manos de la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Las únicas excepciones a esta respecto son la Reserva Nacional los Flamencos en el ADI Atacama la Grande, cuya gestión ha sido entregada a comunidades lickanantai, y el Parque Nacional Rapa Nui, en el ADI Te Pito o Te Henua, cuya administración fue entregada el 2017 en concesión al pueblo rapa nui.

3.2.2. Derechos de pueblos indígenas sobre el borde costero

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre el borde costero se encuentra consagrado en ley 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios. Dicha Ley posee gran relevancia desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas al establecer los Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios (ECMPO). Es una ley que surge como respuesta de los Pueblos Indígenas frente a cuerpos normativos que amenazan sus derechos sobre espacios marítimos de interés cultural y productivo, los que vienen siendo utilizados desde tiempos inmemoriales, como son la Ley General de Pesca y Acuicultura y del reglamento de Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos.

Como resultado de un largo proceso organizativo y de presión indígena liderado por los mapuches lafkenche se aprobó esta ley, creando una nueva figura jurídica como son Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios, promulgada el año 2008. Dicha legislación confiere la administración de este espacio a una asociación de comunidades indígenas que invocan el uso consuetudinario y, excepcionalmente, a una comunidad indígena si solo ella ha ejercido este tipo de uso.

Los ECMPO son espacios marinos delimitados, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio (art. 2 letra e). Su objetivo será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. El espacio costero marino de pueblos originarios será entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca, la cual suscribirá el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria (art. 3). La administración del espacio costero marino de pueblos originarios deberá asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en él y propender al bienestar de las comunidades, conforme a un plan de administración.

El espacio costero marino de pueblos originarios deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante (art. 6 inc. 1°). Por uso consuetudinario de este espacio se entienden las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad que reivindica su uso, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura. Este uso consuetudinario comprenderá, entre otros, los usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales (art. 6). CONADI emitirá un informe mediante el cual se acredite la existencia de uso consuetudinario sobre el cual la comunidad o asociación de comunidades funda su solicitud de ECMPO. En caso de que el informe de la CONADI establezca la efectividad del uso consuetudinario invocado por el solicitante, la CONADI deberá someter inmediatamente a consulta de las comunidades indígenas próximas al espacio costero marino de pueblos originarios el establecimiento del mismo (art. 8 inc. 3°).

Le corresponde a la Comisión Regional del Borde Costero pronunciarse respecto a la aprobación o rechazo de la solicitud (art. 8 inc. 9°). En virtud de esta normativa todo el borde costero del país es susceptible de ser reconocido como ECMPO, siempre y cuando corresponda a un espacio de uso ancestral de pueblos originarios. La ECMPO y el convenio de uso que la regula tienen duración indefinida, pero están sujetos a varias condiciones de caducidad, a saber: incumplimiento del plan de manejo, siempre que se constate una afectación grave de la conservación de los recursos hidrobiológicos del ECMPO; la disolución de la asociación de comunidades o comunidad asignataria del área; o haber incurrido la beneficiaria o las beneficiarias en infracciones reiteradas al artículo 15 de la ley, condición que se cumple cuando ha sido sancionada en más de tres oportunidades.

Cabe mencionar, que el proceso de solicitud y constitución de los ECMPO ha sido bastante complejo para las comunidades y asociaciones de comunidades, dado que han encontrado diversas trabas de la autoridad, en especial de parte de la Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA). Además, es necesario dar cuenta, que los ríos y estuarios han sido excluidos de la constitución de ECMPO, por intermedio del Memorándum 114 de la Subsecretaría de Marina. Si bien el Estado de Chile en su Memoria informa sobre 18 casos de solicitudes de ECMPO que se encuentran en etapa de reconocimiento de Uso Consuetudinario, dicha cifra es muy marginal en relación a las 77 solicitudes de ECMPO que actualmente se encuentran en tramitación⁸⁸.

3.2.3. Derechos de los Pueblos Indígenas sobre los recursos naturales (artículo 15)

El derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, es un derecho que se encuentra bastante postergado en el ordenamiento jurídico chileno, dado que las normativas sectoriales que regulan la utilización de los recursos naturales (Código de Aguas, Código de Minería, entre otros) no consideran de ninguna forma los derechos de los pueblos indígenas, ni tampoco la realización de procesos de consulta previa frente a los procedimientos concesionales sobre dichos recursos. Cabe hacer presente que en el examen de constitucionalidad del Convenio 169 realizado por el Tribunal Constitucional en el año 2000 (Sentencia 308-2000), se estableció que las normas consideradas en el artículo 15 del Convenio eran normas programáticas, por lo cual es necesario realizar reformas legislativas para incorporar dichos contenidos al ordenamiento jurídico chileno, reformas legislativas que aún no se han materializado. A continuación se revisarán las principales normativas sectoriales que tienen implicancias en los modelos de desarrollo de los pueblos indígenas para evidenciar la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado de Chile.

a) Derecho al agua de pueblos indígenas

El artículo 64 de la Ley 19.253 dispone la protección especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país (Aymara, Atacameña o Lickan Antay, Quechua, Colla y Diaguita), considerando que en sus territorios hay una menor disponibilidad de recursos hídricos. La misma Ley, además, contempla normas especiales para la constitución del derecho sobre el agua en favor de las comunidades que pertenecen a los pueblos indígenas del norte, disponiendo que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas las aguas que se encuentren en sus terrenos, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. La Ley agrega que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiéndose, en ese caso, garantizar el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.⁸⁹

Cabe hacer presente que por la vía jurisprudencial se ha avanzado parcialmente en el reconocimiento de los derechos de agua de los pueblos indígenas fundados en el uso ancestral aplicando el Convenio 169, en forma previa a su entrada en vigencia. La Corte Suprema, en el caso de la comunidad indígena de Chusmiza Usmagama⁹⁰, reiteró el 2009 su jurisprudencia anterior del denominado caso Toconce⁹¹ en el sentido de que en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, se reconocen como garantía

⁸⁸ Información disponible en link <http://www.subpesca.cl/portal/616/w3-propertyvalue-62421.html>

⁸⁹ Artículo 64. Ley 19.253.

⁹⁰ Corte Suprema, causa rol 2840-08, Sentencia de 25 de noviembre de 2009, caratulados Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama.

⁹¹ Corte Suprema, causa rol N° 986 - 2003, sentencia de 22 de marzo de 2004, caratulados Comunidad Atacameña de Toconce vs. ESSAN S.A.

fundamental “[...] tanto los derechos de agua constituidos por acto de autoridad y también el proveniente del uso consuetudinario”⁹², ampliando la noción de la propiedad en dos sentidos: uno, reconociendo como propiedad plena la que se genera como consecuencia del uso inmemorial que hacen las comunidades indígenas de las aguas existentes en sus espacios territoriales ancestrales; y, dos, superando la concepción individual del derecho por la vía de reconocer la titularidad colectiva de las comunidades indígenas y de igual modo las dimensiones colectivas de su ejercicio.

La normativa general que regula la utilización, asignación y constitución de derechos sobre los recursos hídricos, es el Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 de 1981, más conocido como Código de Aguas. Dicha legislación tiene su fundamento en la teoría económica del libre mercado y en el rol subsidiario del Estado, entregando los Derechos de Aprovechamiento en propiedad a los particulares y permitiendo que éstos dispongan de dichos derechos como bienes de mercado. Es así como el Código de Agua define los derechos de aprovechamiento como un derecho real permitiendo a sus titulares su enajenación sin restricciones de ninguna especie⁹³, reduciendo las potestades de la autoridad administrativa en materia de manejo y planificación del recurso.

Esto se ve reflejado en que, si bien el Código Civil chileno⁹⁴ y el Código de Aguas⁹⁵ declaran que las aguas son bienes nacionales de uso público, es decir, pertenecen a la Nación toda y su uso corresponde a los habitantes de la Nación⁹⁶, se concede a los particulares un derecho de aprovechamiento sobre esas aguas que permite al titular usar, gozar y disponer de él como cualquier otro bien susceptible de apropiación privada. Así una vez otorgado, dicho derecho pasa a ser protegido como propiedad privada según lo establece el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de la República⁹⁷. Desde esta perspectiva, se entiende los Derechos de Aprovechamiento de aguas como un derecho real, gratuito, a perpetuidad, constituido por un acto de autoridad e independiente de si el dueño de tal derecho es dueño o no de la tierra donde se ubica el agua, o si se hace o no uso del recurso. Esta situación reduce a un mínimo las potestades de la autoridad administrativa en materia de manejo y planificación de los recursos hídricos asignando el uso de éstos por vía del mercado. Menos aún dicho Código permite una gestión ciudadana de las aguas, recurso que, en contexto de cambio climático, se hace cada vez más escaso.

El marco regulatorio de los recursos hídricos determinado por el Código de Aguas ha sido el principal obstáculo para incorporar los principios del derecho humano al agua reconocido por la ONU el 2010⁹⁸, ya que su modelo de asignación de usos por vía mercado presenta un serio problemas de equidad social para salvaguardar el Derecho Fundamental de todos los seres humanos al agua, la protección ambiental y los derechos de los pueblos indígenas.

⁹² Corte Suprema, causa rol N° 2480 - 2008, confirmando sentencia de la C. Iquique, causa rol N° 817- 2006, considerando 3°.

⁹³ Código de Aguas, artículo 5: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley [...]” (destacado del autor).

⁹⁴ Código Civil, artículo 595: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

⁹⁵ Código de Aguas, artículo 5: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código” (destacado del autor).

⁹⁶ Artículo 589 del Código Civil.

⁹⁷ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19: “[...] 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. [...] Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (destacado del autor).

⁹⁸ El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En el marco del modelo de economía abierta a los mercados globales basada en la explotación de recursos naturales vigente en el país, gran parte de las tierras y los territorios de propiedad legal y/o ancestral de los pueblos indígenas tanto en el Norte como en el Sur del país, han sido seriamente amenazados por la gran expansión de proyectos extractivos, productivos o de infraestructura vinculados a la utilización del agua. La gran mayoría de estas iniciativas pertenecen a corporaciones privadas que desarrollan actividades tales como la industria forestal, en constante expansión con especies de monocultivos de especies exóticas de pino y eucalipto para la producción de celulosa; las empresas hidroeléctricas, que bajo el alero de proyectos de “centrales de paso”, supuestamente amigables con el medio ambiente, han proliferado en las zonas pre y cordilleranas; la industria salmonera con pisciculturas de producciones y ovulación para la crianza de alevines y posterior traslado a las plantas industriales en el sur de Chile; o como las prospecciones mineras y exploraciones de geotermia en el Norte del país.

De acuerdo a la información disponible en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁹⁹, actualmente en las Regiones de La Araucanía y Los Ríos existen 30 proyectos hidroeléctricos aprobados con calificación ambiental, y cuatro en calificación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), los que se ubican principalmente en las cabeceras de cuenca, los lugares donde nacen los ríos en las zonas cordilleranas. Además de ellos existen diversos proyectos de piscicultura.

Por otra parte, de acuerdo a la información proporcionada por la SEREMI de Energía de dicha Región de La Araucanía¹⁰⁰, en la Región existen 36 proyectos hidroeléctricos que están en carpeta actualmente, de los cuales nueve se encuentran en etapa de prefactibilidad, 18 proyectos están en búsqueda de licencia ambiental, tres centrales están en construcción, seis minihidráulicas de pasada se han construido desde la llegada de la Seremi de Energía. A ello se suman 19 proyectos energéticos, 16 de los cuales son eólicos y tres por biomasa.

La gran mayoría de estos proyectos se emplazan en territorios que forman parte del hábitat ancestral y actual de comunidades mapuche, generando diversas formas de afectación como: la alteración de los ecosistemas, la amenaza de importantes lugares sagrados de alta religiosidad y espiritualidad del Pueblo Mapuche, contaminando gravemente los cursos de aguas y afectando el acceso a éstas, desconociendo los sistemas productivos propios de estos territorios y sus comunidades, vulnerando su derecho a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo, consagrado en el artículo 7.1 del Convenio 169. Todo esto ha generado que dichos proyectos sean rechazados ampliamente por las comunidades. Por otra parte, el Código de Aguas no ha considerado de ninguna forma la realización de consultas previas frente a los procesos de otorgamiento de derechos de aguas.

b) Derecho a los recursos del subsuelo

La legislación chilena establece un estatuto similar al de los derechos de agua respecto a los derechos mineros. Éstos se encuentran regulados por Ley 18.248 que establece el Código de Minería. Al igual que el Código de Agua, el Código de Minería establece que los recursos mineros pertenecen al estado pero que cualquier persona puede solicitar concesiones para explorar o explotar dichos recursos mineros¹⁰¹, y dicho

⁹⁹ Consultada el día 31 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.seia.sea.gob.cl/>

¹⁰⁰ Disponible en: <http://www.terram.cl/2016/09/36-proyectos-hidroelectricos-estan-en-carpeta-en-la-region-de-la-araucania/>

¹⁰¹ Código de Minería, artículo 1: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas”. Pero toda persona tiene la facultad de catar y cavar para buscar sustancias minerales, con arreglo al párrafo 2° de este título, y también el derecho de constituir concesión minera de exploración o de explotación sobre las sustancias que la ley orgánica constitucional declara concesibles, con la sola excepción de las personas señaladas en el artículo 22.

derecho concesional será parte del patrimonio de quien lo solicite¹⁰², o sea, al igual que en el caso de los derechos de agua la disposición de los derechos mineros radica en los particulares que los solicitaron.

Dicho modelo no considera de ninguna forma los derechos de los pueblos indígenas que habitan en los territorios sobre los cuales se emplazan las concesiones mineras de exploración ni de explotación, circunstancia que ha generado que en el territorio de los pueblos andinos del norte de Chile (aymara, lickanantay, quechua, colla y diaguita) persista el auge del desarrollo de la gran minería que se extiende a todo los territorios indígenas y que trae asociado, además de la extracción de recursos minerales del subsuelo, una demanda por recursos hídricos y energéticos. Esta situación ha derivado en graves conflictos ambientales, que involucran cuestiones especialmente críticas en relación con los recursos hídricos.

El modelo minero en el norte del país sustrae del control territorial de las comunidades indígenas recursos de uso ancestral, particularmente agua, sobre los que se han estructurado las economías indígenas desde tiempos inmemoriales y que han garantizado la preservación de sus culturas en un territorio de extrema aridez. De esta forma, la industria extractiva pone en riesgo la existencia misma de las comunidades indígenas, es decir, sus actividades productivas tradicionales y, finalmente, su presencia en espacios territoriales donde, tras el desecamiento o la pérdida de las fuentes de agua, se hace inviable el desarrollo de sus estrategias económicas, sociales y culturales, tanto las tradicionales (agricultura y ganadería) como las que en la actualidad forman parte de sus prioridades en materia de desarrollo (turismo). El Estado hace caso omiso del hecho irrefutable de que las aguas en disputa son indispensables para asegurar el proyecto de desarrollo indígena y su prosecución por parte de las generaciones futuras.

De acuerdo a la información disponible en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹⁰³, actualmente en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama, existen 736 proyectos de extracción minera aprobados con calificación ambiental, y 43 en calificación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), muchos de los cuales afectan directamente el modo de vida de las comunidades indígenas del norte del país por cuanto muchos de dichos proyectos son contaminantes o afectan en acceso al agua de dichos pueblos indígenas. Todo esto, ha generado que dichos proyectos sean rechazados ampliamente por las comunidades. Por otra parte, el Código de Minería no ha considerado de ninguna forma la realización de consultas previas frente a los procesos de otorgamiento de concesiones mineras.

El caso del territorio de la Comunidad Agrícola de los Diaguitas Huasco Altinos, ubicado en la Provincia de Huasco, en la Región de Atacama, es emblemático, producto del funcionamiento y proyección de los proyectos mineros de gran escala como son Pascua Lama, de Barrick Gold Corporation¹⁰⁴ y El Morro – Corredor (hoy Nueva Unión) de Gold Corp y de Teck Resources Limited, todas ellas empresas canadienses. Dichos proyectos generan una seria amenaza al sistema de vida de la Comunidad Agrícola de los Diaguitas Huasco Altinos.

¹⁰² Código de Minería, artículo 2: La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia. Cada vez que este Código se refiere a la o las concesiones, se entiende que comprende ambas especies de concesiones mineras.

¹⁰³ Disponible en: <http://www.seia.sea.gob.cl/>

¹⁰⁴ Proyecto aprobado y construido, actualmente se encuentra temporalmente suspendido producto de su infracción a la legislación ambiental.

4. Derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación (artículo 3.1. Convenio 169)

Una situación especialmente grave desde la perspectiva del derecho de los pueblos indígenas a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación, es la que viven las personas pertenecientes al pueblo mapuche en el contexto de la criminalización de la protesta social. Ello en atención a que la respuesta del Estado frente a sus legítimas demandas de reconocimiento de derechos ha sido el uso discriminatorio de la legislación penal, en especial de normas de excepción como la Ley Antiterrorista en contra de las personas mapuche que reivindican sus derecho, así como también el uso desmedido de la fuerza policial en su contra.

4.1. El caso de la criminalización de la protesta social indígena

Si bien la protesta social indígena, en particular del pueblo mapuche, es histórica, esta se ha visto fortalecida en las últimas dos décadas. Ello como consecuencia del desposeimiento de sus territorios de ocupación tradicional, de la instalación en ellos de proyectos de inversión, así como de la ausencia de mecanismos jurídico políticos que permitan canalizar su participación en el Estado, así como del desconocimiento de su derecho a esferas de autonomía política, económica y cultural.

Es importante dar cuenta que la relación entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas ha estado marcada por el despojo de las tierras ancestrales y la pérdida de los recursos naturales existentes en esos espacios territoriales. En esta constante histórica se observan conflictos que se expresan en la demanda de todos los pueblos indígenas de Chile por la restitución de sus territorios. Por otra parte, la falta de reconocimiento acorde a los estándares internacionales de derechos políticos, como la libre determinación, la autonomía y los sistemas de justicia indígena; los derechos territoriales, tales como aquellos sobre los recursos naturales, han generado exclusión política y económica de los pueblos indígenas.

Frente a dicha situación de desconocimiento de derechos las organizaciones mapuche han desarrollado distintas estrategias, incluyendo la denuncia y la reclamación de derechos ante instancias nacionales e internacionales; acciones de protesta social, incluyendo entre ellas manifestaciones públicas y en ocasiones acciones de fuerza, tales como tomas de camino, acciones en contra de plantaciones forestales y ocupación de predios en conflicto, ello con miras a detener los procesos de apropiación de sus territorios ancestrales y/o a lograr el reconocimiento de sus derechos ancestrales sobre la tierra y los recursos naturales, así como para lograr el reconocimiento de sus derechos políticos hasta ahora denegados.

La respuesta del Estado frente a dicha protesta social se ha materializado en la represión policial en contra de las personas mapuche que participan en actos de protesta social, muchos de las cuales pueden ser reconocidas como defensores de derechos humanos¹⁰⁵. Dicha represión se ha manifestado estos años en reiterados casos de allanamientos en comunidades, violencia en manifestaciones públicas, entre otros hechos que han sido documentados por diversas entidades de derechos humanos, entre ellos el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Desde su creación el 2010, se han registrado tres muertes

¹⁰⁵ Desde esta perspectiva uno de los casos más emblemáticos ha sido el de la Machi Francisca Linconao, procesada por ley antiterrorista durante los años 2016 y 2017 en el juicio conocido como Luchsinger Mackay.

consecuencia de la acción policial¹⁰⁶, y centenares de personas han sido víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes por las mismas fuerzas policiales. Junto a lo anterior, el Estado, tanto a través del Ministerio Público como del Ministerio del Interior, ha criminalizado a las personas mapuche involucradas en hechos de protesta social, mediante su persecución penal. Ello a mediante normas de derecho penal común, y en muchos casos a través de normas de excepción como son la Ley Antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado.

Desde comienzo de los años 2000, la Ley Antiterrorista ha sido utilizada como la principal herramienta de criminalización de la protesta social mapuche. Es importante dar cuenta que entre el 2000 y el 2016, hubo 21 casos en que se intentó aplicar la Ley Antiterrorista, con 108 personas imputadas, de las cuales nueve personas mapuche fueron condenadas por delitos terroristas, circunstancia que llevó a la condena del Estado de Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el año 2014 por violar derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana a ocho miembros del pueblo mapuche, ello por la utilización de la Ley Antiterrorista. En dicha sentencia la Corte concluyó: “que Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas de este caso por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la Ley N° 18.314 que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista, elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era”¹⁰⁷. La Corte también encontró que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley¹⁰⁸. En el fallo la Corte hace un llamado de atención al Estado de Chile por la existencia de una legislación que no garantiza el derecho al debido proceso, poniendo especial atención y haciendo recomendaciones en relación al uso de testigos con identidad reservada que no garantizan el derecho a la contra interrogación, ordenando se modifique esta legislación.

Pese a dicha condena, el Estado de Chile ha insistido en la utilización de la Ley Antiterrorista en contra de personas mapuche, es así como durante el año 2017 está fue utilizada en contra de 23 personas mapuche en distintos casos en que se les imputa la comisión de delitos terroristas, entre ellos, el delito de incendio con resultado de muerte de carácter terrorista, el delito de incendio terrorista, y el delito de asociación ilícita terrorista. Desde el año 2009 a la fecha han existido 11 causas penales abiertas, en las que se les ha imputado a 78 personas pertenecientes al pueblo mapuche la participación en delitos de carácter terrorista¹⁰⁹. De estas causas, una se encuentra vigente, seis derivaron en la absolución de los imputados, tres en que se condenó por delitos comunes¹¹⁰, una en la que se absolvió a ocho imputados y se condenó a tres por delitos terroristas¹¹¹. Salvo dicho caso, ninguno de los imputados fue condenado por conductas terroristas. Sin embargo, en los procesos en los cuales se les condenó, las pruebas que sirvieron para dicha condena fueron resultado de un proceso judicial seguido bajo el alero de dicho cuerpo legal, por cuanto se utilizaron testimonios de testigos con identidad reservada, vulnerando el debido proceso. El alto índice de absoluciones obtenidas recientemente en los procesos por Ley Antiterrorista evidencia su utilización discrecional y política como herramienta de criminalización.

¹⁰⁶De acuerdo a lo determinado por los Tribunales de Justicia han muerto a manos de Carabineros: Alex Lemun (2002) Matías Catrileo (2008) y Jaime Mendoza Collío (2009).

¹⁰⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, 29 de mayo de 2014, párrs. 168 a 177.

¹⁰⁸Ibid., párrs. 223 a 228 y 230.

¹⁰⁹Información levantada en base a las acusaciones fiscales de los 8 casos por Ley Antiterrorista seguidos entre los años 2009 y 2014.

¹¹⁰En la primera, Héctor Llaitul a 14 años de prisión, Ramón Llanquileo Pilquimán, José Henuche Reimán, Jonathan Huillical Méndez a 8 años de prisión; en la segunda causa a 18 años de prisión al Machi Celestino Córdova; en la tercera se condenó a Pablo Trangol y Benito Trangol a 10 años de prisión.

¹¹¹Se condenó a Luis Tralcal y José Tralcal a 20 años de presidio perpetuo, y a José Peralino a 5 años en calidad de delator compensado, quienes se encuentran a la espera de que sea resuelto el recurso de nulidad presentado ante la Corte Suprema.

En octubre de 2010, tras una extensa huelga de hambre realizada por comuneros mapuche imputados por delitos de carácter terrorista, que se encontraban recluidos en diversos centros penitenciarios, se llevó a cabo una reforma legal de la Ley 18.314 que establece conductas terroristas, mediante la Ley 20.467, a través de la cual se modificó la definición de terrorismo consagrada en su artículo 1°, reconfigurando algunos elementos del tipo y eliminando las presunciones de finalidad terrorista por el uso de artificios incendiarios o explosivos. Pese a dicha reforma, la utilización del concepto de terrorismo en casos vinculados con personas mapuche, ha quedado al arbitrio de distintos gobiernos mediante las querellas presentadas por el Ministerio del Interior y procesos seguidos adelante por el Ministerio Público, circunstancia que contraviene diversas observaciones de organismos de Tratados de las Naciones Unidas que han examinado al Estado de Chile.

Desde una perspectiva de derechos humanos se hace muy cuestionable la aplicación de esta ley, ya que debilita el debido proceso. Así, faculta al juez de garantía a ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación (artículo 11). Además, dificulta la posibilidad de aplicar durante el proceso otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, y permite la restricción del régimen de visitas, así como la intercepción de las comunicaciones del imputado (artículo 14). En caso que el Ministerio Público estimare que existe un riesgo para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, así como de sus familiares directos, dispondrá de oficio o a petición de parte de las medidas especiales de protección que resulten adecuadas (artículo 15). El tribunal, además, podrá decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de los testigos (artículo 16) lo ha derivado en la práctica de utilizar testigos de identidad reservada, así como también podrá otorgar protección policial a los mismos testigos (artículo 17). Por otro lado, la Ley Antiterrorista agrava las penas que la legislación penal ordinaria tiene para los delitos a los que ella se refiere (artículo 3)¹¹². Además, la aplicación de la Ley Antiterrorista tiene directas implicancias con la utilización excesiva de la prisión preventiva como medida cautelar en contra de quienes se les imputa, dado que por disposición del artículo 19 n° 7 letra e) de la Constitución Política, la decisión que otorga la “libertad” a una persona procesada por tal legislación debe ser adoptada por la unanimidad de los miembros de la sala, la que asimismo, debe ser integrada por Ministros titulares de la respectiva Corte de Apelaciones. Esto es lo que se ha denominado “prisión preventiva reforzada”.

Es importante hacer presente que en materia penitenciaria, y en especial en el contexto de las personas pertenecientes al pueblo mapuche recluidas en centros penitenciarios producto de procesos de criminalización en su contra el Estado de Chile ha tenido una aplicación muy restrictiva de los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, por cuanto en ningún caso se han aplicado medidas penitenciarias distintas a la prisión. Un caso particular es el del Machi Celestino Córdova, quien debió realizar dos prolongadas huelgas de hambre (una de 105 y otra de 56 días) para que el gobierno accediera a autorizarlo a realizar una ceremonia religiosa vinculada con su estado de salud.

¹¹²En su artículo 2 la Ley Antiterrorista se refiere a los delitos de homicidio, lesiones, secuestro, incendio y asociación ilícita entre otros.

Recomendaciones

Sobre la base de la información y el análisis realizado a lo largo del presente informe, y al cumplirse 10 años desde que el Estado de Chile ratificó el 2008 el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es que la Central Unitaria de Trabajadores de Chile insta a la Organización Internacional del Trabajo a efectuar las siguientes recomendaciones al Estado a objeto de que este haga efectivas las obligaciones que contrajera al suscribirlo y de plena implementación a los derechos en el reconocidos:

1. Garantice efectivamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a su identidad cultural y a mantener, salvaguardar y promover su modo de vida y sus formas de organización, cultura, idiomas y expresiones religiosas reconocidos en el Convenio 169. Esto implica, entre otras cuestiones, que adopte todas las medidas que sean necesarias, tanto legislativas como administrativas, en especial la modificación de disposiciones existentes, para reconocer y promover la autoidentificación colectiva o individual de los pueblos indígenas y tribales -principio inspirado en la libre determinación y, por tanto, en la facultad soberana de un pueblo de definir su estatus jurídico y membresía- para efectos de determinar la pertenencia a pueblos indígenas y tribales y, consecuentemente, la titularidad de los derechos que el Convenio les garantiza.
2. Diseñe, implemente y aplique efectivamente un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y garantice el respeto de su integridad de conformidad con el Convenio 169. Dada la importancia demográfica de los pueblos indígenas en el país, la situación pasada y presente de discriminación de la que han sido objeto, y como un gesto de valoración y de reconocimiento de estos pueblos, recomendamos se inste al Estado a que los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT sean garantizados en su Constitución Política. Ello a objeto de asegurar la protección efectiva de los derechos en él establecidos.
3. Desarrolle una acción coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, que incluya la adopción de medidas legislativas y de otra índole pertinentes para la protección, en pie de igualdad y sin discriminación, de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones propias. En el mismo sentido, recomendamos se haga en llamado derogar las disposiciones legales y reglamentarias analizadas en este informe, que son incompatibles con los derechos consagrados en el Convenio 169, y a que el Estado se abstenga de adoptar legislación contraria a los derechos humanos. Lo anterior, tomando en cuenta los impactos diferenciados y derechos específicos de las mujeres, niños y niñas, adultos mayores y personas con discapacidad pertenecientes a pueblos indígenas y tribales.
4. Adopte las medidas que impiden que los pueblos indígenas participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En especial, recomendamos que adopte medidas para garantizar su plena participación, en proporción a su población, en el Congreso Nacional, instancia de la que han estado excluidos a la fecha. También para que elimine los obstáculos, en particular la legislación sobre partidos políticos, que impiden a los pueblos indígenas participar en la vida política a través de sus instituciones propias.

5. Garantice el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, de conformidad a las disposiciones del Convenio 169. Además, instar a que haga efectivo el derecho de estos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
6. Adapte aquellas medidas legislativas, administrativas o de otra índole que impidan o limiten el pleno y libre ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, y su derecho al consentimiento libre e informado reconocidos en el Convenio, para lo cual debe asegurar la participación plena de los pueblos indígenas y tribales, incluyendo en este último caso a las comunidades afrodescendientes.
7. Consulte a los pueblos y comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares del Convenio 169 aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, que implique potenciales afectaciones a sus tierras y territorios. Esto, sin perjuicio de si se trata de proyectos que deben hacer ingreso obligatorio al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Además, en el caso de proyectos o actividades que deben hacer ingreso al SEIA, es necesario y urgente que el Estado implemente procesos de consulta con los pueblos interesados, con independencia de la modalidad de evaluación ambiental.
8. Garantice que los pueblos indígenas y tribales puedan usar y gozar de sus tierras y territorios tradicionalmente ocupados, lo que de acuerdo al Convenio 169 implica que los mismos sean reconocidos, titulados, delimitados y demarcados, mediante procedimientos especiales y con participación de los pueblos interesados. Para ello las instituciones del Estado involucradas deben establecer mecanismos adecuados junto con los pueblos y sus comunidades, y reconocer las formas consuetudinarias y sistemas de tenencia colectiva existentes a fin de garantizarles el debido reconocimiento legal de su derecho a la propiedad colectiva. Debe asegurarse que ello garantice a los pueblos interesados los derechos a usar y gozar de los recursos naturales dentro de sus territorios necesarios para su supervivencia física y cultural.
9. Adopte todas las medidas que estén a su alcance para evitar que se someta a juicios injustos o infundados a autoridades tradicionales, dirigentes o personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribales, que de manera legítima reclaman el respeto y protección de sus derechos humanos, en particular sus derechos a usar y gozar de sus tierras y territorios tradicionales, o frente a actividades empresariales de extracción, explotación o desarrollo.

**EL CONVENIO 169 DE
LA OIT SOBRE PUEBLOS
INDÍGENAS Y TRIBALES A 10
AÑOS DE SU RATIFICACIÓN
POR EL ESTADO DE CHILE:
ANÁLISIS CRÍTICO DE SU
CUMPLIMIENTO**

