

EN LO PRINCIPAL: TENGASE PRESENTE *AMICUS CURIAE*; PRIMER OTROSÍ: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CALIDAD INVOCADA; SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA.

ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

RODRIGO BUSTOS BOTTAI, abogado, cédula nacional de identidad N° [REDACTED], mandatario judicial de doña **MARÍA CONSUELO CONTRERAS LARGO**, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en autos sobre acción de protección, caratulados “Comunidad indígena Chucuruma/Ministerio de Bienes Nacionales y otro”, ROL 79459-2017, a SS. con respeto digo:

De conformidad con la Ley 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en particular lo señalado en los artículos 2° inciso 1 y 3 N°3 de dicha ley, vengo en presentar un *amicus curiae*, a través del cual ponemos a su disposición nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en la causa ROL N° 79459-2017, sobre acción constitucional de protección presentada por comunidad indígena Chucuruma, en autos caratulados “*Comunidad indígena Chucuruma/Ministerio de Bienes Nacionales y otro*”.

La presentación tiene por objetivo ilustrar los alcances de la consulta indígena y del concepto de tierras y territorios indígenas, a la luz de lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y especialmente el Convenio 169 de la OIT.

1. ACERCA DE LOS <i>AMICUS CURIAE</i> Y MANDATO DEL INDH.....	3
2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA CHUCURUMA O SOCOROMA	5
2.1 Antecedentes del recurso de protección presentado por la comunidad indígena Chucuruma o Socoroma	5
2.2 Sobre el titular de la acción: comunidad indígena Chucuruma	7
2.3 Sobre el patrimonio cultural Aymara.....	9
3. LA CONSULTA INDÍGENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6° DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT	9
3.1 Fuente normativa	9
3.2 Fundamentación de la consulta indígena establecido en el Convenio 169 OIT.....	15
3.3 Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta indígena	16
1.- Previa	17
2.- Procedimientos apropiados	18
3.- Instituciones representativas	19
4.- Buena fe	21
5.- Apropiada a las circunstancias.....	21
6.- Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas.....	21
3.4 SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT	23
4. CONCLUSIONES EN RELACIÓN A LA CONSULTA INDÍGENA Y LAS TIERRAS INDÍGENAS DEL CASO EN ESTUDIO	26

1. ACERCA DE LOS *AMICUS CURIAE* Y MANDATO DEL INDH

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” corresponde a un instituto de derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la resolución del litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso¹.

Uno de los fundamentos de esta institución es que constituye un eficaz mecanismo que permite entregar opiniones técnicas a la judicatura ante la complejidad de elementos del caso particular, por cuanto lo auxilia en la adopción de una decisión informada y situada en el contexto académico y jurídico que le compete, resguardándose en todo caso, el irrestricto apego a la publicidad del proceso. Por lo anterior, el *amicus curiae* también se convierte en un instrumento que facilita la transparencia del debate público respecto de asuntos que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso².

Así entonces, la presentación del *amicus curiae* realiza una doble función. Por un lado, aporta al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra un pleito judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir para ilustrar y luego resolver el asunto controvertido. De otra parte, reviste de carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general. En síntesis, el *amicus curiae* puede también ser entendido como un mecanismo procesal apto para visibilizar institucionalmente la participación ciudadana, de manera de tomar más amplio el debate judicial y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática³.

En cuanto al ámbito de su aplicación, el *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente a los derechos humanos, debido a la consecuencial atención que suscitan aquellas causas en que los tribunales se ven llamados a decidir sobre el ejercicio de algún derecho fundamental y la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y de organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los derechos fundamentales⁴.

¹ Cfr. Napoli, A. y Vezzulla, J. M. (2007). “El Amicus Curiae en las Causas Ambientales”. Lexis Nexis. (nº 4), p1. Recuperado el día 27 de septiembre de 2011, de <http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

² ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino". En: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compilado por los nombrados. CELS. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997. págs. 387 y ss.

³ HENNIN, Monia. "La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño". [en línea]. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8_ nº 1, 2010. p. 284. Disponible en . [Última visita realizada el 22 de febrero de 2011].

⁴ El mismo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de regular y establecer cuáles son los requisitos para la presentación de la figura del amicus. Al efecto, dicha reglamentación exige:

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra respaldo en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N°14 y en el artículo 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

Además, el artículo 3 números 2 y 3 de la Ley 20.405 que crea el INDH establece, respectivamente, que son atribuciones del INDH:

“2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deben adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

Existen varios casos en que los *amicus curiae* han sido admitidos a consideración en nuestro país, tanto por los tribunales ordinarios de justicia como por el Tribunal Constitucional. Entre estos últimos, podemos mencionar el presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en autos sobre control de constitucionalidad ROL N°1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”⁵; la causa ROL N°740, Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo Reglamentario N°48, del Ministerio de Salud (caso “píldora del día después”); la Causa Rol N° 638-2006, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y Causa ROL N°1723-2010-INC, Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil, presentación de *amicus curiae* del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Respecto a los tribunales ordinarios, podemos mencionar, entre otros, la Causa Rol 165085-3, Solicitud de presentación de *amicus curiae* por el Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante, CELS) ante el Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago y

a) Que debe presentarse oportunamente junto a sus anexos a través de los medios contemplados en el Reglamento (tales como correo postal o electrónico); b) Debe estar escrito en el idioma del caso y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos; c) Debe ponerse de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia de la Corte

⁵ En la sentencia del Tribunal Constitucional, se hace mención expresa al *amicus* del INDH en los siguientes términos: “que se deja constancia que a Fojas 40, el Tribunal resolvió tener presentes las observaciones formuladas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por su Directora, en relación con aspectos generales de la legislación militar vigente en el país y en el Derecho Comparado y con reparos de constitucionalidad que le merecen a esa entidad algunas disposiciones del proyecto de ley materia de estos autos”. Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2012 sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”, Fundamento Jurídico 3.

auto sobre recurso de nulidad Rol N°2921-2011, presentación de *amicus curiae* del Instituto Nacional de Derechos Humanos ante la Corte Suprema.

En consideración a las normas antes señaladas y consideraciones señaladas, venimos en presentar un *amicus curiae*, con el objeto de colaborar con esta Ilustre Corte en el pronunciamiento, de acuerdo a las siguientes argumentaciones que paso a detallar a continuación.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA CHUCURUMA O SOCOROMA

2.1 Antecedentes del recurso de protección presentado por la comunidad indígena Chucuruma o Socoroma

Con fecha 05 de julio de 2017, el Ministerio de Bienes Nacionales, mediante el Decreto Exento N°215, destinó al Ejército de Chile, los inmuebles fiscales denominados “Lote A” con una superficie de 5.704,16 hectáreas, y “Lote B”, con una superficie de 3.077,20 hectáreas ubicados en el sector Pampa Campanane, Ruta A-145, Km. 6,5 de la comuna y provincia de Arica, Región de Arica y Parinacota, con el objetivo de emplear el inmueble para instrucción y entrenamiento de la VI División del Ejército.

Esta destinación se enmarca en el acuerdo denominado Acta de Chena N°4 -suscrito con fecha 25 de octubre de 2016 entre los Ministerios de Defensa Nacional, Bienes Nacionales y el Ejército de Chile- en virtud del cual el Ministerio de Bienes Nacionales procede a destinar ocho inmuebles fiscales al Ejército de Chile bajo la categoría de terreno “Fisco-Ejército”, para la realización de instrucción y entrenamiento. A cambio, el Ejército procederá a entregar al Ministerio de Bienes Nacionales 41 propiedades, que equivalen a 168.151 hectáreas (entre las cuales se encuentran “sitios de memoria”).

Ambos Lotes “A” y “B” rolan inscritos a fojas 25 vuelta, bajo el número 60, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica del año 1935, a nombre del Fisco de Chile.

La comunidad indígena Aymara de Chucuruma tomó conocimiento de la destinación descrita anteriormente, en el mes de octubre de 2017, interponiendo un recurso de protección con fecha 07 de noviembre de 2017, en contra de la Ministra de Bienes Nacionales y el Ministerio de Defensa –recurso que hoy se tramita en la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos ROL N°79.459-2017, a los que se acumuló los autos rol N°83280-2017- por la vulneración a las garantías establecidas en el artículo 19 N° 1, 2, 24 y por incumplimiento grave al Convenio 169 de la OIT, en razón que, según los recurridos, se estaría frente a áreas de propiedad indígena, puesto que la inscripción de dominio a favor del Fisco se realizó en el marco de un proceso unilateral de parte del segundo gobierno de Arturo Alessandri Palma en 1935. Por lo tanto, la declaratoria como

inmuebles fiscales de terrenos en tierras ancestrales indígenas, correspondientes a la comunidad aymara de Chucuruma, obligaría al Estado realizar una consulta previa, libre e informada.

Conjuntamente con lo anterior, la comunidad acompaña el Informe del Consejo de Monumentos Nacionales, donde se señala que en el inmueble entregado al Ejército de Chile se encuentran sitios de interés arqueológico, histórico y cultural del pueblo aymara. Dichos sitios han sido insuficientemente evaluados en cuanto a su contenido patrimonial, siendo presumible que existan más vestigios relevantes.

Evacuado el informe del Ministerio de Bienes Nacionales, este señaló que su actuar fue apegado a derecho, en razón que el inmueble no se encuentra dentro de lo que se denomina un “Área de Desarrollo Indígena” (ADI) y que, además, el inmueble objeto de la acción deducida es Fiscal no conociendo restricciones para realizar la destinación al Ejército, por lo que el Decreto Exento 215 es apegado a derecho. Agrega que el Estado ya cumplió con la entrega de territorios a los pueblos indígenas a través de los instrumentos legales emanados tanto de la Ley Indígena, como del D.L. 1939 de 1977, entre otros. Por último, señala no haber asuntos pendientes en esta materia, según la Ley 19.253, con el pueblo aymara. En este sentido, la recurrida desconoce otra forma de entrega y dominio de tierras que no sea las establecidas en la ley. Luego, haciendo referencia al término “tierra indígena” y su definición legal, incluye como tal, aquellas que históricamente han sido ocupadas, pero condicionando su existencia y validez al correspondiente acto administrativo e inscripción en el Registro Público de Tierras Indígenas de la CONADI. Luego, en este sentido, agrega que en nuestro sistema jurídico no se reconoce el “dominio por preexistencia o ancestralidad”. En consecuencia, señala que la Comunidad Indígena Chucuruma, al no acompañar la inscripción respectiva, carece de la base jurídica donde sustentar su pretensión. Declara que, para el Ministerio de Bienes Nacionales, las tierras en tensión son del Fisco hasta demostrarse lo contrario. En consecuencia, niega su obligación de consulta.

En cuanto a la existencia de sitios arqueológicos, el Ministerio señala que no contaba con información al momento de dictarse el decreto 215, ya que el informe del Consejo de Monumentos Nacionales es posterior y evacuado justamente por su dictación. Sin perjuicio de lo anterior, por las evidencias arqueológicas, se tendría un equipo de trabajo en terreno a fin de adoptar medidas que correspondan, las cuales no se detallan.

El Ejército en su informe se limitó a alegar una falta de legitimación pasiva de la acción ya que sólo es el beneficiado por un acto de competencia exclusiva del Ministerio de Bienes Nacionales, de acuerdo al DL 1939 del 1977, y que se han tomados los resguardos para no dañar este sitio arqueológico, trabajando en conjunto con el Bienes Nacionales y el Ministerio de Defensa se encuentran trabajando en acciones tendientes a evitar afectaciones al patrimonio cultural de la comunidad flora y fauna, lo que incluye la

protección al cóndor y sus ambiente, comprometiéndose a aceptar otros territorio que permita el objetivo de prácticas de artillería en territorios con estas características a los terrenos en disputa.

2.2 Sobre el titular de la acción: comunidad indígena Chucuruma

De acuerdo a los registros electrónicos de la Dirección Regional Arica y Parinacota de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la comunidad Indígena Chucuruma, del sector Socoroma de la comuna de Putre, se encuentra legalmente constituida desde el día 02 de mayo de 2002, y tiene personalidad jurídica vigente, inscrita con el N° 51 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas.

Dicha comunidad se encuentra representada por Julián Patricio Mamani Tapia (Presidente), Pablo Huanca Guarachi (Vicipresidente), Luis Andrés Limari Marca (Tesorero), Irenia del Carmen Marca Carrasco (Secretario) y por José de Jesús Rodríguez Manlla. Este directorio tiene vigencia hasta el día 24 de septiembre de 2018, fecha en la que se deberá renovar a sus integrantes.

La comunidad de Chucuruma es parte del pueblo indígena Aymara, que habita principalmente tres zonas del norte de Chile: la XV Región de Arica y Parinacota – predominantemente-, la I Región de Tarapacá y la III Región de Atacama en menor proporción⁶. Dentro de estos territorios, las comunidades se encuentran asentadas principalmente entre los territorios que van desde el altiplano desde Visviri por el Norte, hasta la Laguna del Huasco por el sur, los ríos Lluta y Azapa de la precordillera, las quebradas de Víctor, Camarones, Tacna o Camiña, Tarapacá y Guatacondo –algunas de las cuales llegan hasta el mar- y los oasis de precordillera; Pica-Matilla, Mamiña, la pampa del Tamarugal y Quillagua, además de centros urbanos. Estos lugares corresponden a las comunas de Camarones, General Lagos y Putre en la Región de Arica y Parinacota, y a las comunas de Camiña, Huara, Pica y Colchane en la Región de Tarapacá⁷.

De acuerdo a la información proporcionada por la CONADI en su geoportal⁸, sabemos que los poblados aymaras son numerosos, y se encuentran distribuidos por todos los sectores antes mencionados. Por otro lado, cada uno de ellos se encuentra compuesto por un pueblo central, sus tierras de cultivo y los campos de pastoreo, distribuyéndose en diversas zonas geográficas del altiplano, los valles y los oasis de la siguiente manera:

Región	Comuna	Pueblos y Comunidades Aymaras
--------	--------	-------------------------------

⁶ Información disponible en <http://www.beingindigenous.org/index.php/es/norte/aymara/38-pueblo-aymara>

⁷ Esto de acuerdo a información estadística publicada por la Dirección General de Obras Públicas. Guía de antecedentes territoriales y culturales de los pueblos indígenas de Chile. Disponible en web http://transparencia.dgop.cl/OtrosAntecedentes/docs/Guia_asuntos_indigenas.pdf

⁸ <http://siic.conadi.cl/>

Arica y Parinacota ⁹	Camarones	Cochiza, Sibitaya, Timar, Umirpa, Huancarane, Chitita, Illapata, Mulluri, Paracohaylla, Vila Vila, Villa Vista, Alto Cobija, Camarones, Codpa, Pachica, Esquiña.
	Putre	Chucuruma, Paquita, Chumiza, Murmutani, Ticnamar, Zapahuira, Belén, Caquena, Chapiquiña, Chucuyo, Copaquilla, Caqueña, Guallatire, Lupica, Parinacota, Cruzani, Putre, Quipaquipani, Saxamar, Copaquilla.
	General Lagos	Guacollo, Pakagua, Alcérreca, Ancoacane, Chislluma, Colpitas, Cosapilla, Visviri, Putani, Huailas, Chujlluta, Tacora.

La población que se reconoce Aymara de acuerdo al censo¹⁰ de 2002, alcanza a 48,511 personas (24.118 hombres y 24.313 mujeres). Mientras que los datos actualizados de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o CASEN correspondientes al 2015, arrojan un total de 107.507 personas¹¹.

De acuerdo al censo, un 84,4% se encuentra en las Regiones de Arica y Parinacota y de Tarapacá; un 5,7% en la Región Metropolitana; un 5,3% en la Región de Antofagasta y un 4,6% en las demás regiones. Los Aymaras representan al 7% de la población indígena del país. Cifras similares nos indica la encuesta CASEN: un 82% de la población aymara se encuentra en la XV Región, un 69,3% en la I Región, un 3,5% en la RM, 8,2% en la II Región.

Muchas de las actuales propiedades aymaras fueron constituidas por Cédulas Reales, durante el periodo colonial, Títulos que incluían a los poblados y los territorios comunales. Durante el siglo XIX y bajo la administración peruana, los aymaras inscribieron en registros de propiedad las tierras ocupadas, las que fueron reconocidas en el artículo 7 del Tratado de Ancón de 1883. Con posterioridad el gobierno chileno, en conocimiento de las pérdidas y detrimentos sufridos por el pueblo aymara, y mediante el Ministerio de Bienes Nacionales en 1998 realizó el “Plan de Saneamiento para Tierras Aymaras y Atacameñas de la I y II Región”, resultando restituida una superficie de 1.400.000 hectáreas del

⁹ Tabla obtenida desde la Guía de antecedentes territoriales y culturales de los pueblos indígenas de Chile de la Dirección General de Obras Públicas. Op. Cit. 3.

¹⁰ Síntesis de resultados Censo (2002). Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en <http://www.ine.cl/docs/default-source/FAQ/s%C3%ADntesis-de-resultados-censo-2002.pdf?sfvrsn=2>

¹¹ CASEN 2015, Resultados pueblos indígenas.

altiplano de las Regiones de Arica-Parinacota y Tarapacá. Por otro lado, además, se estableció en el año 2007, un convenio de colaboración entre el Ministerio de Vivienda y Urbanismo con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, cuyo objetivo es promover la obtención de vivienda para las comunidades en zonas urbanas.

Así en la comuna de General Lagos, las tierras aymaras representan el 95% de la superficie comunal y en Putre el 45%. Mientras que, en la comuna de Camarones, representan el 10% de superficie comunal. Por otro lado, en la Región de Tarapacá, en las comunas de Colchane, el 70% de la superficie corresponde a las mismas, y en la comuna de Pica, las tierras de estos pueblos representan el 10% de la superficie comunal.

Es decir, que en la Región de Arica y Parinacota el porcentaje de tierras que en la actualidad se encuentra en manos de las comunidades aymaras asciende el 37,5% aproximadamente.

2.3 Sobre el patrimonio cultural Aymara

El patrimonio cultural Aymara está constituido por aspectos inmateriales, entre los que se encuentran la lengua, la religiosidad andina y sus modos de expresión, el conocimiento de la naturaleza, y el calendario de fiestas y celebraciones a la Pachamama y a los Santos Patronos entre otros. El patrimonio cultural material se evidencia en los tejidos, la arquitectura tradicional de los poblados -algunos coloniales-, las iglesias y los campos de cultivos, entre muchos otros. Destaca, además el patrimonio arqueológico constituido por los tambos, los cementerios o gentilares, las chullpas -construcciones de piedras realizadas por los antiguos y usadas como depósitos de alimentos o sepulturas-, pukaras y lugares con arte rupestre -geoglifos, petroglifos y pictografías-, los cerros tutelares, y finalmente, el patrimonio natural, formado por los paisajes, especialmente los de los valles altos, oasis y del altiplano¹².

3. LA CONSULTA INDÍGENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6° DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

3.1 Fuente normativa

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo¹³, el que por su naturaleza de tratado internacional deviene en mandato obligatorio para el Estado parte. De igual manera se encuentra contenido en otros instrumentos de

¹² Esto de acuerdo a información estadística publicada por la Dirección General de Obras Públicas. Guía de antecedentes territoriales y culturales de los pueblos indígenas de Chile. Disponible en web http://transparencia.dgop.cl/OtrosAntecedentes/docs/Guia_asuntos_indigenas.pdf

¹³ Decreto N° 236 Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2008 vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

carácter internacional, que aún sin tener 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 Indígenas¹⁴, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como de la Corte IDH.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵. Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño¹⁶, el Comité de Derechos Humanos¹⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁸, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal¹⁹, han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

Satisfacer adecuadamente esta obligación, de acuerdo a lo más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas convencionales, sino que igualmente estimado hoy, un Principio General del Derecho Internacional²⁰.

De esta manera, desde la entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT, pesa sobre el Estado de Chile la obligación de consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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. La consulta siendo un derecho para los pueblos constituye una obligación para los Estados.

Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, que dispone que:

¹⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General 107ª sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

¹⁵ 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 OIT”, Chile, Noviembre de 2012. Párrafo 23.

¹⁶ Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Párr.62 c.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr.62 c.

¹⁸ Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 23.

¹⁹ Examen periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 19 c.

²⁰ Corte IDH. Pueblo Indígena de Sarayaku Vs Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 164.

Artículo 6°: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

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

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

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

La consulta, junto con la participación, también ha sido reconocida como derechos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²¹. En el artículo 18 del instrumento se prescribe que “*Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones*”. Así también su artículo 19 establece que “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*”. Asimismo, su artículo 30 señala que los Estados “*Celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo*”.

²¹ Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos el derecho a la participación de los pueblos indígenas, ha sido concebido tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana, como parte comprensiva del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que preceptúa el derecho a la participación política²². Lo señaló la Corte en el Caso *Yatamana vs. Nicaragua* y recientemente lo reiteró la Comisión IDH al sostener que *“En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos (...) desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”*²³.

La Comisión IDH ha reafirmado que *“El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que pueden afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbre de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio”*²⁴.

También el sistema interamericano ha reconocido el derecho de consulta como garantía del derecho de propiedad indígena y como elemento indispensable para su supervivencia grupal. Lo ha sostenido la Corte IDH en relación a la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal. Así, en los casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay y caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte ha sostenido uniformemente que la consulta previa a la delimitación y, en su caso, elección y entrega de tierras alternativas, no puede quedar entregada *“A criterios meramente discrecionales del Estado, [sino que] deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la Convención*

²² **Artículo 23. Derechos Políticos** 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

²³ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 274.

²⁴ Ídem, párrafo 276.

*Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derechos consuetudinario*²⁵.

Por último, la Corte IDH ha señalado que la consulta previa no sólo constituye un deber convencional, sino que es también un principio general del Derecho Internacional. En el ámbito interamericano, al desarrollo jurisprudencial se suma el esfuerzo de los Estados miembros de la OEA por consensuar una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que incluye la obligación de facilitar *“la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”*. Agregándose que *“Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos”*²⁶.

Por su parte, los órganos de control de tratados interpretando los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia han igualmente instado a los Estados Partes a realizar consultas con los pueblos indígenas susceptibles de verse afectados con medidas de carácter administrativo o legislativo. Así, el Comité de Derechos Humanos²⁷ ha formulado recomendaciones precisas en orden a realizar consulta previa en relación a la concesión de licencias de explotación en territorios indígenas; del mismo tenor son las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño²⁸ que ha recomendado al Estado a velar por que el programa intercultural bilingüe para los pueblos indígenas, se expanda y que en este punto *“mantenga consultas con las comunidades indígenas a fin de evaluar ese programa”*. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas llama al Estado a llevar a cabo este proceso mediante *“(…) una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y con el Convenio N° 169 de la OIT*²⁹, y que adopte las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas

²⁵ Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II Doc.56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.280.

²⁶ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo Permanente de la OEA/Ser.K/XVI.OEA GT/DADIN/doc.407/11 rev. 1 27 de abril de 2011. Art. XVII.

²⁷ Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5 17 de abril de 2011, párr..19 literal c.

²⁸ Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33.

²⁹ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

participen “*En todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos*”³⁰.

Por su parte, el Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009, reiteró que “(...) *debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile. A este respecto, el Relator Especial enfatiza que un aspecto fundamental del Convenio No 169 de la OIT es la obligación de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos*”³¹, y que en materia de institucionalización del mecanismo de consulta, se debía llevar a cabo “*una consulta sobre la consulta*” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia³². El Estado ha asumido este llamado y ha realizado esfuerzos en esta dirección, los que se han plasmado en el Decreto Núm. 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que entró en vigencia el 4 de marzo del año 2014³³.

A nivel de la jurisprudencia comparada, el derecho a la consulta ha sido caracterizado por la Corte Constitucional de Colombia como un verdadero derecho fundamental para los pueblos indígenas. Esta alta Corte, ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales dentro una comunidad indígena que “*La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su*

³⁰ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

³¹ 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.10.

³² 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 la recomendaciones hecha por el Relator Especial anterior. Párr.11.

³³ Adicionalmente se cuenta actualmente con el Decreto Núm., 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento de Evaluación del Sistema de Impacto Ambiental.

*subsistencia como grupo social*³⁴. De ahí que “*La participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades*”³⁵.

3.2 Fundamentación de la consulta indígena establecido en el Convenio 169 OIT

Este derecho-deber se enmarca dentro del derecho a la participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a los pueblos a conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma³⁶. Supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos³⁷.

Por lo anterior, la norma del artículo 6° constituye una disposición “primordial” del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)³⁸.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte “tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc.

³⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte “tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009].

³⁶ ANAYA, JAMES. Los pueblos Indígenas en el Derecho Internacional, Madrid, Trotta, 2005, página 232.

³⁷ Cfr. Anaya, James. Los pueblos indígenas..., op. citada supra, pág. 148. Anaya, analizando el concepto de pueblo y autodeterminación, señala que la idea de pueblo no se agota en la estatalidad. Identificar ambos conceptos sería muy reductivo además de anacrónico. Para él “los retos planteados por la existencia de grupos diferenciados dentro de las estructuras de poder más amplias no son tanto demandas de autonomía absoluta como esfuerzos por mantener la integridad del grupo, así como replantear los términos del proceso de integración o de reorientar la dirección de éste”.

³⁸ OIT. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Según Juan Manuel Salgado el derecho de consulta sería una expresión del derecho a la participación que estaría consagrada en el Convenio bajo diferentes modalidades.

La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo³⁹.

Este deber, se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho el actual Relator de la ONU sobre la materia, *“el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”*⁴⁰.

3.3 Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta indígena

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, el derecho a la consulta se encuentra ligada con el derecho de los pueblos interesados a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecta a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y así como también al derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (autodeterminación y autogobierno).

Según su clasificación la participación indígena se exige de “manera general” en el tratado bajo los artículos 2.1, 5.c, 6.1.b, 7.1, 7.2, 15.1, 22.2, 23.1 y 27.2; en la modalidad de la “consulta” --que constituye el umbral mínimo de satisfacción del derecho por cuanto las otras modalidades establecen modos más intensos de control—bajo los artículos 6.1.a, 6.2, 15.2, 17.2 y 28.1; en la variante de la “cooperación” bajo los artículos 5.c, 7.2, 7.3, 7.4, 20.1, 22.3, 25, 27.1 y 33.2; en la modalidad del “control” bajo el artículo 7.1; del “consentimiento libre e informado” en los artículos 4.2, 16.1 y 16.4; en la forma del “requerimiento” bajo los artículos 16.4, 22.3, 23.2; en el modo de “autogestión” en los artículos 25.1 y 27.3; y, por último, bajo la modalidad de “decisión” en el 7.1 (que en rigor constituye una forma directa de autogobierno en su ámbito propio). Cfr. Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, Comentado y Anotado. Comahue: Universidad Nacional de Comahue, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006, pág. 95 y 96.

³⁹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK). También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

⁴⁰ **Anaya, James.** Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009 [ref. 4 de abril de 2010]. Disponible en la web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf.

La consulta se vincula igualmente con el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente⁴¹. Está enlazada así también con el deber de los gobiernos de velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos, debiendo los resultados de estos estudios ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas⁴².

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho según la jurisprudencia de la OIT, la cual ha sido expresamente recogida por el actual Relator de la ONU como criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta válida a los pueblos indígenas en relación al proceso de reforma constitucional chilena, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones:

1.- Previa

La consulta procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena de que se trata, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida.

El artículo 6 de la OIT exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas susceptibles de afectarles directamente⁴³. La consulta por lo tanto debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

⁴¹ Para Irigoyen el derecho de consulta que se contempla en relación a medidas concretas, legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe necesariamente complementarse con el derecho más general de los pueblos indígenas a participar, al menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan (artículo 6.1 b) y a participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1). La consulta por tanto se encuadra necesariamente en un proceso más amplio donde las decisiones generales (verbigracia, política energética, de comunicaciones, sobre turismo, etc) que dan el marco general a las medidas concretas que se implemente con la intervención de los pueblos indígenas. Cfr. Irigoyen, Raquel. Tomando en Serio y Superando el Derecho de Consulta Previa: el Consentimiento y la Participación, ponencia presentada en el curso sobre “Consulta Previa”. Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá, octubre 2008.

⁴² Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la 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), párr. 77 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>.

⁴³ Esto supone, por ejemplo, que las comunidades y pueblos sean involucrados lo antes posible en el proceso, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental.

2.- Procedimientos apropiados

No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR⁴⁴ que este deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada⁴⁵.

La validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados. El procedimiento apropiado de esta manera exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso.

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento⁴⁶. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente⁴⁷. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, *“para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”*⁴⁸.

Por lo tanto, se requiere entre otras condiciones establecer plazos adecuados, los que a su vez dependerán del tipo de medida a ser sometida a consulta⁴⁹. Se requerirá en este contexto garantizar que la consulta sea efectivamente accesible a los pueblos indígenas, por lo tanto se deberá tomar en cuenta la diversidad lingüística, lo que es consistente con la obligación impuesta por el art. 12 del Convenio que prevé la obligación estatal de *“garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender*

⁴⁴ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Pág.53.

⁴⁵ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Pág.53.

⁴⁶ Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr.89.

⁴⁷ Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia. Impreso por Dumas-Titoule. 2003, pág.17.

⁴⁸ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la 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) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> párr. 79.

⁴⁹ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Párr. 62 http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

La Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas *“deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones”*⁵⁰. El carácter adecuado implica que *“la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión”*⁵¹. El Relator Especial, ha sostenido en este punto que *“se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manea que se adapte a sus modelos culturales y sociales (...) si eso no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”*⁵².

3.- Instituciones representativas

El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye *“un requisito esencial de los procedimientos de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”*⁵³.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña, en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitan entablar un diálogo genuino y constructivo y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que *“lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”*⁵⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte

⁵⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.201.

⁵¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

⁵² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, Apéndice A, párr. 33.

⁵³ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28

⁵⁴ Cfr. OIT Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra. 2010Párr. 75, pág. 28.

Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*: “Es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”⁵⁵.

De esta manera la obligación de consulta previa implica ciertas cargas o responsabilidades para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe. En este sentido el ex Relator Stavenhagen, señaló que “los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda”⁵⁶.

Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio e interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados⁵⁷. Se ha señalado por parte de los órganos de control de la OIT que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible y que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos. Esto implica que se deben realizar procesos de consulta que considere, por ejemplo, a las autoridades tradicionales y ancestrales de los pueblos involucrados y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad.

Es importante señalar que en el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos. 9 a 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

De acuerdo al Relator Especial en relación a los criterios mínimos de representatividad se debería tener en cuenta: a) el alcance de las medidas a ser consultadas; b) atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; c) las distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y por último, conforme a los

⁵⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 18.

⁵⁶ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15 15 de noviembre de 2007. párr. 23.d).

⁵⁷ Informe del Comité establecido para examinar la 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 de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61.

principios de proporcionalidad y no discriminación, y d) deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género⁵⁸.

4.- Buena fe

Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad. Al respecto e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en *“que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”*⁵⁹.

5.- Apropriada a las circunstancias

El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.

6.- Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas

Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. En razón de lo anterior, podemos señalar que el Estado no satisface el deber de consultar mediante la realización de una reunión de mera información o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un

⁵⁸ Cfr. James Anaya. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

⁵⁹ Cfr. Anaya, James. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta. Op. cit., párr. 31.

intercambio auténtico con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

Cabe agregar, aquellos casos en que necesariamente se requiere el consentimiento de las comunidades indígenas, no bastando la mera consulta:

- 1) Cuando nos encontremos ante proyectos de inversión o de desarrollo que generen un impacto mayor en las tierras o territorio indígena.

En ese sentido la Corte Interamericana señaló en el caso Comunidad Indígena Saramaka Vs Surinam que:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis”⁶⁰.

- 2) Cuando se pretenda utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares

De acuerdo a lo señalado en el artículo 30 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas:

Artículo 30.

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

En el mismo sentido la Declaración Americana de Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General del año 2016, que establece: *“No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado”.*

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Serie C N° 172. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párrafo 82.

Estas disposiciones consagran el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, estableciendo que, éstas deben dar su consentimiento cuando las materias a discutir sean asuntos como la relocalización, reasentamiento y/o el desarrollo de actividades militares en sus territorios.

3.4 SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

De acuerdo a la información proporcionada por el Ministerio de Bienes Nacionales, los Lotes “A” y “B” de la Pampa de Campanane corresponden a terrenos fiscales –según rola en inscripción de fojas 25 Vta. Bajo el número 60, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica del año 1935- señalando además que su actuar fue apegado a derecho, ya que el inmueble no se encontraría dentro de lo que se denomina un “Área de Desarrollo Indígena” (ADI).

En cambio, de acuerdo a la información proporcionada por la comunidad indígena, se señala que la inscripción a nombre del Fisco se realizó en el marco de un proceso unilateral de parte del gobierno de la época (1935). Para sostener lo anterior, citan literatura especializada de la época -Choque Mariño, 2015- que cita acciones de larga data, así como el juicio planteado por Socoroma contra Manuel Ventura -Archivo Judicial Arica, N°447, foja 314 vuelta, 1912- que darían cuenta de derechos ancestrales, en cuyos límites se encontrarían los terrenos hoy disputados.

En razón de estos antecedentes es que se dedujo por parte de la comunidad indígena de Chucuruma el recurso de protección que se ventila en estos autos.

Al respecto, cabe hacer unas consideraciones en relación a las tierras indígenas, según lo señalado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y especialmente de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT.

Para los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras está revestido de ciertas notas distintivas que lo diferencian de la concepción clásica del dominio, referidas a su fundamento, su naturaleza y la extensión de sus contenidos y atributos. En primer lugar, su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino en la ocupación y el uso tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas⁶¹. En ese sentido, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

⁶¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Perú, 2003, párr. 7. En: Organización Internacional del Trabajo (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica. Ginebra, 2009, pág. 94. Ver también: Corte IDH Sentencia Caso Awás Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr.151 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112.

Artículo 14.2: 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.

Así, en tanto se erige este derecho sobre el uso y la ocupación histórica, los derechos territoriales de los pueblos indígenas existen aún sin que exista un título inscrito, así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶²⁶³.

En segundo término, este derecho posee una dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio. Esta naturaleza colectiva ha sido destacada por la jurisprudencia de la Corte IDH, la que ha señalado que *“entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad”*⁶⁴. Para el órgano interamericano, *“esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”*⁶⁵.

Por último y en atención a los fundamentos en que descansa este derecho, se extiende el mismo no solo a aquellas tierras que actualmente ocupan, sino a aquellas que habiéndoles pertenecido, no poseen u ocupan actualmente. Se trata de las tierras antiguas o ancestrales. La Corte IDH ha dicho *“los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales*

⁶² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

⁶³ Informe Anual Derechos Humanos (2014) Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁶⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 149.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 120. Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 87. El artículo 21 de la Convención reconoce el derecho de propiedad privada al disponer: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe [Caso en el cual] (...) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”⁶⁶.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que no obstante las dificultades que representa para los ordenamientos jurídicos la adopción de procedimientos adecuados para reconocer la ocupación tradicional como fuente del derecho de propiedad y posesión, ello es la “*pedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. Así, si bien el concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, no es menos cierto que debe ser aplicado*”⁶⁷.

Reconocido el derecho de los pueblos indígenas, en los términos ya señalados, pesa sobre el Estado la obligación de ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a estos. Sobre todo, en razón que la noción de territorio indígena se incorporó al ordenamiento jurídico chileno por la vía de la ratificación de tratados internacionales, particularmente, del Convenio 169 de la OIT. En efecto, este Convenio dispone que:

Artículo 14.2: Se 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”.

Ello exige adoptar en el ordenamiento interno “*las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad (...) acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta [comunidad indígena]*”⁶⁸, incluida la de ofrecer protección efectiva frente a ataques de terceros⁶⁹.

En opinión de la Comisión IDH se lesionaría la seguridad y la estabilidad jurídica de las tierras “*cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y*

⁶⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

⁶⁷ Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.

⁶⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2001, párr. 138.

⁶⁹ Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr.123.

*permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas*⁷⁰, agregando que, *“para evitar esto, algunos de los Estados Partes de la OEA han elaborado mecanismos jurídicos especiales de protección para las tierras y territorios indígenas, como el reconocimiento de las garantías jurídicas de indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas”*⁷¹.

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que no usan u ocupan de forma efectiva, pero cuyo dominio reivindican, implica, dados los patrones históricos de ocupación y colonización, enfrentar conflictos de intereses y derechos con terceros poseedores de buena fe, quienes cuentan con títulos inscritos de larga data. Ante este conflicto entre propietarios particulares y pueblos indígenas (ambos amparados por el derecho de propiedad), el Convenio 169 obliga al Estado a dotarse de *“procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos interesados”*⁷².

A modo de resumen de este apartado, podemos señalar que ante la colisión de derechos entre la Comunidad indígena Chucuruma con el Fisco de Chile, en la resolución del conflicto se deberá tomar en cuenta que al desconocer el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios, *“se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”*⁷³.

4. CONCLUSIONES EN RELACIÓN A LA CONSULTA INDÍGENA Y LAS TIERRAS INDÍGENAS DEL CASO EN ESTUDIO

A raíz de lo expuesto *supra* se concluye que el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas obliga a todos los órganos del Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y de lo prescrito en el Título V “Sobre la Participación” de la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo indígena.

⁷⁰ *Ibidem*. Párr. 89.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Artículo 14.3 Convenio 169 OIT.

⁷³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

En ese marco, corresponde al Poder Ejecutivo, no obstante la plena vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

En relación a las tierras y territorios indígenas, de acuerdo a lo expuesto en este *amicus curiae*, se destaca que para los pueblos, el derecho sobre las tierras está revestido de una trascendental importancia, que lo diferencia de la concepción clásica del dominio establecida en el código civil. Su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino, más bien en la ocupación y el uso tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas.

Así, si esta Ilustre Corte determina que nos encontramos frente una medida administrativa susceptible de afectar directamente a la comunidad indígena Socoroma, deberá ordenar se realice la consulta establecida en el artículo 6º, al ser Chile signatario del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la normativa doméstica, tomando en consideración los estándares internacionales de Derechos Humanos aquí expuestos, y además lo señalado en la Ley Indígena, que establece:

“Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a SS.: Tenerlo presente

PRIMER OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2º de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante INDH, el dispone que El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3º de la Ley 20.405: “*Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del*

país; y, - Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva; - Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia”.

POR TANTO, Solicito a SS.: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: se sirva tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Copia de la reducción a Escritura Pública Repertorio N°11138-2010 de la Sesión Constitutiva del Consejo del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, de fecha 30 de julio de 2010, suscrita ante el notario público de Santiago María Loreto Zaldívar Mackenna.
2. Copia de la reducción a escritura pública Repertorio N°612-2018 de fecha 9 de febrero de 2018, de la sesión realizada con fecha 15 de enero de 2018 que nombró como Directora a doña Consuelo Contreras Largo.
3. Copia del mandato judicial para actuar por la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) doña Consuelo Contreras Largo.