

EN LO PRINCIPAL: TENGASE PRESENTE *AMICUS CURIAE*; OTROSÍ: LEGITIMACIÓN ACTIVA.

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), tal como se acreditará, en autos sobre acción de protección, caratulados “Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños/SQM Potasio S.A.”, ROL 10301-2018, a su señoría Ilustrísima 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 hacer presente *amicus curiae*, en virtud del cual ponemos a disposición de este Ilustre Tribunal nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en la causa ROL N° 10301-2018, sobre acción constitucional de protección presentada por la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños, y sus organizaciones, a saber, comunidad atacameña de Solor, comunidad indígena atacameña de Río Grande, comunidad indígena atacameña de Machuca, comunidad indígena de Catarpe, comunidad atacameña de Quitar, comunidad atacameña de san Pedro de Atacama, comunidad atacameña de Solcor, comunidad atacameña de Larache, comunidad atacameña de Yaye, comunidad atacameña de Sequitor y Checar, comunidad atacameña de Ayllu de Cucuter, comunidad atacameña de Toconao, comunidad atacameña de Talabre, comunidad atacameña de Peine, comunidad atacameña de Guatin y comunidad atacameña de Coyo, en autos caratulados “Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños/SQM Potasio S.A”.

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

ÍNDICE

1. ACERCA DE LOS <i>AMICUS CURIAE</i> Y MANDATO DEL INDH.....	5
2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LAS COMUNIDADES INDÍGENAS ATACAMEÑAS/LIKANANTAY.	8
2.1 El acuerdo CORFO-SQMs.....	8
2.1.1 Modificación del Contrato para el proyecto en el Salar de Atacama.	8
2.1.2 Modificación del contrato de arrendamiento de pertenencias mineras “OMA”.	10
2.2 Aprobación de la modificación de contratos por la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN).....	11
2.3 Aprobación de la modificación de contratos por la Contraloría General de la República.	13
2.4 Recurso de protección presentado por las comunidades indígenas atacameñas/likanantay.....	13
2.5 Sobre el titular de la acción: comunidades indígenas atacameñas/Likanantay.	15
2.6 Sobre el patrimonio cultural Atacameño.....	17
2.7. Sobre el tercero coadyuvante: comunidades colla.....	18
2.8. Sobre el patrimonio cultural Colla	20
3. SOBRE LA CONSULTA INDÍGENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6° DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT.....	21
3.1 Fuente normativa.....	21
3.2 Fundamentación de la consulta indígena establecido en el Convenio 169 OIT.....	23
3.3. Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta indígena	23
1.- Previa	25
2.- Procedimientos apropiados	25
3.- Instituciones representativas	26

4.- Buena fe	28
5.- Apropiada a las circunstancias.....	28
6.- Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas.....	29
4. SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT	29
4.1 Área De Desarrollo Indígena (Adi) Atacama La Grande.....	29
4.2. Sobre las Tierras y Territorios Indígenas.	32
5. OTRAS CONSIDERACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO-DEBER DE CONSULTA INDÍGENA Y SOBRE LAS TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS	34
1.- En relación a la fuente normativa	34
2.- Fundamentación del derecho-deber a la Consulta Indígena.....	40
3.- Sobre las condiciones que debe satisfacer la consulta indígena	41
3.1. Procedimientos Adecuados	42
3.2. Instituciones representativas	42
3.3. Sobre la Buena Fe	43
3.4 Sobre la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr consentimiento.	44
6. CONCLUSIONES EN RELACIÓN A LA CONSULTA INDÍGENA Y LAS TIERRAS INDÍGENAS DEL CASO EN ESTUDIO	48

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

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/EI%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.

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 consecencial 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.

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 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_ n° 1, 2010. p. 284.

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: 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

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 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.

⁵ 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.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LAS COMUNIDADES INDÍGENAS ATACAMEÑAS/LIKANANTAY.

2.1 El acuerdo CORFO-SQMs.

Con fecha 17 de enero de 2018 la Corporación de Fomento de la Producción, (en adelante “CORFO”), suscribió dos contratos de interés público con Sociedad Química y Minera S.A., SQM Potasio S.A., y SQM Salar S.A. (en adelante “SQMs”): **1) Modificación de Contrato para el proyecto en el Salar de Atacama, y 2) Modificación del contrato de arrendamiento de pertenencias mineras “OMA”.**

Para la mejor comprensión de esta presentación, describiremos el contenido de cada uno de estos actos jurídicos, de acuerdo a lo indicado en las bases de conciliación del proceso arbitral, publicadas en la página web de la CORFO⁶:

2.1.1 Modificación del Contrato para el proyecto en el Salar de Atacama.

La modificación de contrato para el Proyecto en Salar de Atacama, contempla varios derechos y obligaciones para las SQMs, que se detallan a continuación:

A) Incorporación de nueva cuotas y expansiones de Capacidad Productiva.

Las bases de conciliación fijaron una cuota adicional de extracción de hasta un máximo total de 349.553 toneladas de Litio Metálico Equivalente (LME)⁷, que deberá explotarse en estricto apego a las Resoluciones de Calificación Ambiental vigentes y a la autorización de Comisión Chilena de energía nuclear (CCHEN).

⁶https://www.corfo.cl/sites/Satellite?c=C_NoticiaNacional&cid=1476721192410&d=Touch&pagename=CorfoPortalPublico%2FC_NoticiaNacional%2FcorfoDetalleNoticiaNacionalWeb

⁷ De acuerdo a la información disponible en los medios de comunicación, esta cuota equivaldrá a triplicar la capacidad actual de extracción <http://www2.latercera.com/noticia/sqm-corfo-sellan-acuerdo-salar-atacama-tras-largo-arbitraje/> [en línea: consultado con fecha 08 de junio de 2018]

El aumento de la cuota de extracción contempla la construcción de una nueva planta o “Expansión 1” de productos grado batería de 50.000 toneladas en carbonato de litio equivalente, posibles de ejecutar en 2 módulos de 25.000 toneladas c/u (“Nueva cuota” de 185.767 tons de LME).

La modificación de contrato establece, además, la opción de explotar una “Cuota Adicional” de 112.723 toneladas de Litio Metálico Equivalente si SQM ejerce la opción de construir y poner en operación una capacidad adicional de producción de 100.000 toneladas de productos de litio grado batería (en módulo de 25.000 tons), siempre que se encuentre en operación la “Expansión 1”.

Adicionalmente se establece el derecho a una “Cuota de Eficiencia” de 51.063 toneladas de Litio Metálico Equivalente máximo, en la medida que se ejecuten inversiones que permitan futuras expansiones de producción sea a través de construcción, desarrollo y operación de nuevas plantas y/o a través de incrementos de eficiencia, para cual SQMs deberá informar por escrito a CORFO y adjuntando los antecedentes fundantes de dichas mejoras.

B) Opción Maricunga

Las bases de conciliación facultan a CORFO para requerir a SQMs, quién se compromete, a la evaluación conjunta de un proyecto que se realizará a través de la constitución de una sociedad con una empresa estatal determinada por CORFO que posea o adquiera en el futuro pertenencias mineras en dicho Salar, a la cual tanto SQMs o la empresa relacionada respectiva como la referida empresa estatal deberán aportar las señaladas pertenencias. SQMs se obliga a participar de buena fe en dicho proceso, y si al cabo de 4 años, contados desde esta fecha, no hubiere acuerdo para tal proyecto conjunto, SQMs no estará obligada en continuar tales negociaciones. CORFO espera que esta cláusula facilite la integración de concesiones en el Salar de Maricunga para hacer viable el desarrollo por CODELCO de una explotación de litio económicamente viable en este salar.

C) Reservas de Litio, Manejo de Salmueras Residuales y Recuperación Futura de Litio.

Se establece, además, dentro de las bases, una cláusula declarativa, en virtud de la cual SQMs señala que las reservas conocidas de litio en las Pertenencias son suficientes para satisfacer las necesidades del mismo y que, al término del año dos mil treinta, quedarían en el Salar de Atacama un volumen suficiente de salmueras para poder permitir la futura explotación comercial del litio contenido en ellas.

D) Otras obligaciones

SQM se obliga además a realizar aportes destinados a investigación y desarrollo de Chile. Además, se obliga también a realizar aportes en relación a un porcentaje de las ventas anuales a las comunidades indígenas y el Desarrollo Regional.

Finalmente, en relación al Gobierno Corporativo de la Sociedad SQM Salar, la modificación de contrato obliga a SQMs a conformar un directorio compuesto por cinco directores, dos de los cuales serán independientes, cuya función es fiscalizar el cumplimiento de los Contratos con CORFO, entre otros.

2.1.2 Modificación del contrato de arrendamiento de pertenencias mineras “OMA”.

La modificación del contrato de arrendamiento de las pertenencias “OMA” comprende diversas obligaciones para SQM y CORFO:

A) Arrendamiento de pertenencias y explotación

Mediante la modificación de contrato, CORFO mantiene el arrendamiento de 28.054 pertenencias mineras a SQMs, quién podrá explotar únicamente 16.384, con el objeto de extraer y producir productos de Cloruro de Potasio, Ácido Bórico, Cloruro de Magnesio o Bischofita y Productos de Litio o cualquiera otra sustancia minera existente en las mismas incluyendo los subproductos Cloruro de Sodio y Sulfato de Sodio y demás que procedan.

B) Rentas

Las bases de conciliación establecieron el pago de nuevas tasas de rentas de arrendamiento con escalas progresivas y marginales sobre el precio de venta, que se comparan favorablemente con las comisiones que se pagan a nivel internacional.

C) Precio Preferente para Productores Especializados de productos de Valor Agregado en Chile.

Se fijaron precios preferentes de productos de litio que alcanza hasta el 25% de capacidad anual de producción teórica, a productores nacionales, con el objetivo de promover el establecimiento de productores especializados de alto valor agregado en el país.

D) Otras obligaciones

Las bases de conciliación establecieron otras obligaciones de diversa naturaleza a SQMS, entre ellas: a) restitución, transferencia y derecho de adquisición sobre derechos de aprovechamiento de aguas; b) obligación de alindamiento.

E) Prohibiciones

La modificación al contrato de arrendamiento contempla diversas prohibiciones para SQMS, entre ellas: i) prohibición de la comercialización de productos bajo valor agregado; ii) la explotación de salmuera en el anillo de protección 10 de 2030, y una vez expirado el contrato, misma prohibición en el Anillo de protección 2 por 15 años; iii) de operación conjunta o integrada con los demás explotadores de las pertenencias OMA.

Cabe señalar que ambos contratos emanaron del proceso de Arbitraje que ambas empresas sostuvieron desde el año 2014.

2.2 Aprobación de la modificación de contratos por la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN).

La Comisión Chilena de Energía Nuclear (en adelante “CCHEN” o “Comisión” indistintamente) es un organismo autónomo del Estado creado por la Ley 16.319, y que en

la actualidad es la entidad estatal encargada del control de los actos jurídicos que versen sobre los materiales de interés nuclear⁸, incluido el litio. Así, en razón de las facultades otorgadas por ley, la Comisión aprobó en la sesión de Consejo Directivo realizada el día 08 de marzo de 2018, mediante Acuerdo del Consejo N° 2287/8 de marzo de 2018, el requerimiento de aumento de cuota de extracción de litio presentada por las empresas SQMs.

Específicamente esta autorización se otorga en el marco de las funciones establecidas en los artículos 3° letra d) y artículo 8° de la ley, estas normas establecen como atribuciones de la Comisión, específicamente:

“Ejercer en la forma que determine el Reglamento el control de la producción, adquisición, transporte, importación y exportación, uso y manejo de los elementos fértiles⁹, fisionables y radioactivos¹⁰”.

“Por exigirlo el interés nacional, los materiales atómicos naturales y el litio extraídos, y los concentrados, derivados y compuestos de aquéllos y éste, no podrán ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos sino cuando ellos se ejecuten o celebren por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, con ésta o con su autorización previa. Si la Comisión estimare conveniente otorgar la autorización, determinará a la vez las condiciones en que ella se

⁸ **Artículo 2°:** Para los efectos de la presente ley se entiende por energía atómica la generada por procesos o fenómenos nucleares, tales como la fisión y la fusión nuclear y la emisión de partículas y de radiaciones. Para los mismos efectos, los términos "energía nuclear" y "energía atómica", son sinónimos.

Para iguales efectos: a) son materiales atómicos naturales o materiales nucleares naturales, el uranio y el torio, y cualquiera otro que determine la ley, y b) **son materiales de interés nuclear:** zirconio, niobio, titanio, hafnio, berilio, cadmio, cobalto, **litio**, agua pesada, helio, uranio y torio, estos dos últimos con los elementos de sus series radiactivos, gadolinio y cualquiera otro que se determine por decreto supremo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el Reglamento fijará las definiciones de materiales fértiles, fisionables, fusionables, radiactivos y de los demás términos técnicos que tengan relación con la producción y el aprovechamiento de la energía nuclear.

⁹ “Materiales fértiles: materiales que contienen átomos fértiles”, entendiéndose fértil como “dícese del material que, mediante reacciones nucleares con neutrones, dé lugar a nucleidos fisionables” (Artículo 3 Reglamento).

¹⁰ Artículo 3 letra g). Ley N° 16.319 que crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

concede. Salvo por causa prevista en el acto de otorgamiento, dicha autorización no podrá ser modificada o extinguida por la Comisión ni renunciada por el interesado”¹¹.

De esta forma, de acuerdo a lo señalado en la Ley 16.319, es la CCHEN quien posee pleno control respecto de los actos jurídicos que se celebren teniendo como objeto a los materiales atómicos naturales y al litio extraído, así como sus concentrados, derivados y compuestos, y fue en ese contexto, que autorizó el convenio CORFO-SQM.

2.3 Aprobación de la modificación de contratos por la Contraloría General de la República.

Finalmente, con fecha 10 de abril de 2018, la Contraloría General de la República tomó razón de las modificaciones al contrato entre CORFO y SQM por la explotación del Salar de Atacama.

2.4 Recurso de protección presentado por las comunidades indígenas atacameñas/likanantay.

En virtud de dichas modificaciones, y específicamente en contra de aquella que aumentó la cuota de extracción de litio en el Salar de Atacama, las comunidades indígenas atacameñas/likanantay, específicamente: (i) Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños, (ii) comunidad atacameña de Solor, (iii) comunidad indígena atacameña de Río Grande, (iv) comunidad indígena atacameña de Machuca, (v) comunidad indígena de Catarpe, (vi) comunidad atacameña de Quitar, (vii) comunidad atacameña de san Pedro de Atacama, (viii) comunidad atacameña de Solcor, (ix) comunidad atacameña de Larache, (x) comunidad atacameña de Yaye, (xi) comunidad atacameña de Sequitor y Checar, (xii) comunidad atacameña de Ayllu de Cucuter, (xiii) comunidad atacameña de Toconao, (xiv) comunidad atacameña de Talabre, (xv) comunidad atacameña de Peine, (xvi) comunidad atacameña de Guatín y (xvii) comunidad atacameña de Coyo, interpusieron un recurso de protección con fecha 15 de febrero de 2018, en contra de CORFO y SQMs –recurso que hoy se tramita en esta Corte en los autos ROL N° 10301-2018- por la vulneración a las garantías establecidas en el artículo 19 N° 2, 8, 21 y 24 de la Constitución Política, y por

¹¹ Artículo 8 Ley N° 16.319 que crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

incumplimiento grave al Convenio 169 de la OIT, en razón de que el lugar donde se encuentra emplazado el Proyecto de extracción de litio, se encuentra en el Salar de Atacama, el que está ubicado geográficamente en el área de desarrollo indígena (Zona ADI) Atacama La Grande. Esta situación obligaría a CORFO a realizar una consulta previa, libre e informada.

Evacuados los informes de CORFO y SQM, estos señalaron que su actuar fue apegado a derecho, en razón de los siguientes argumentos:

- (1) CORFO habría actuado con estricto apego a la normativa vigente, en el contexto de una conciliación, en la que llamó a un juez árbitro, y en virtud de las bases que él mismo propuso, adoptando adicionalmente los resguardos necesarios para proteger adecuadamente el medio ambiente y la sustentabilidad del Salar de Atacama, con el objetivo de maximizar la oferta de litio de Chile a nivel mundial con las consecuentes ventajas para el país, y mejorar la calidad de vida de las personas y comunidades que habitan la cuenca del referido Salar;
- (2) Por su lado las SQMs, han señalado que las alegaciones de los recurrentes deben ser desestimadas, por cuanto la materia recurrida – tendiente a examinar el sentido y alcance de modificaciones contractuales- no es susceptible de ser revisada en sede de protección, desde que la interpretación, ejecución y efectos de los contratos constituye un asunto de lato conocimiento, a la par que, si se quisieran plantear judicialmente las objeciones de que dan cuenta los recursos, deben formularse a través del procedimiento especial y de uso preferente que hoy contempla nuestro ordenamiento jurídico, tratándose de la protección del medio ambiente, entre otras alegaciones.

Finalmente con fechas 14 de marzo y 18 de mayo, se hicieron parte del recurso de protección en calidad de terceros coadyuvantes, miembros de las comunidades indígenas colla Samca Arumanti de Yaite, Waira Manta Tujsi, Pacha Churicay, El Torin, Yatiry Warmitary y Pai Ote, en razón que el acuerdo antes indicado incluye también un derecho de opción referente al Salar de Maricunga, Salar que se encontraría en territorio ancestral de

las comunidades colla (III Región de Atacama), por lo que el acuerdo CORFO/SQM habría omitido también, consultar a dichas comunidades.

2.5 Sobre el titular de la acción: comunidades indígenas atacameñas/Likanantay.

Las comunidades recurrentes pertenecen al pueblo indígena Atacameño que habita la II Región de Antofagasta. Estas comunidades, se localizan principalmente en la cuenca del Salar de Atacama y en el curso alto del río Loa, y su afluente, el río Salado, lugares correspondientes a las comunas de Calama y San Pedro de Atacama, ambas de la provincia del Loa¹².

Las comunidades se encuentran agrupadas en pequeños pueblos y en *ayllus*, esta última, corresponde a una antigua organización socio-territorial con poblamiento parcelario, en terrenos agrícolas y regados. Son *ayllus*, por ejemplo, las localidades de Taira en el Loa y Catarpe, Suchor, Bellavista, Guachar, Quitar, Tambillos, Cuchabrachi, Solcor, Yaye, Larache, Checar, Sequitor, Coyo, Tulor, Vilama, Cucuter, Poconche, Beter y Guatin, en San Pedro de Atacama. En casi todos los casos, estas comunidades, poseen asentamientos ganaderos en los campos de pastoreo aledaños. Mientras que organizadas en pueblos, están las comunidades de Conchi Viejo, Toconce, Caspana, Cupo, Ayquina, Lasana, Chiu Chiu, Rio Grande, Machuca, Toconao, Talabre, Camar, Sociare, Peine y el ayllu Conti Tuqui (Conde Duque) de San Pedro de Atacama, entre otras¹³.

De acuerdo a la información proporcionada por la CONADI en su geoportal¹⁴, sabemos que los poblados atacameños son numerosos, y se encuentran distribuidos por todos los sectores antes mencionados.

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 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

¹⁴ <http://siic.conadi.cl/>

Comuna	Pueblos y Comunidades Atacameñas
Calama ¹⁵	Conchi Viejo, Taira, Toconce, Caspana, Cupo, Ayquina, Lasana, Chiu Chiu.
San Pedro de Atacama	Río Grande, Machuca, Catarpe, Quito, San Pedro de Atacama, Coyo, Séquitor, Larache, Yaye, Solor, Toconao, Talabre, Camar, Socaire, Peine, Cúcuter, Solcor y Guatín

La población que se reconoce Atacameña de acuerdo al censo¹⁶ de 2002, alcanza a 21.015 personas (10.852 hombres y 10.163 mujeres). Mientras que los datos actualizados de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o CASEN correspondientes al 2015, arrojan un total de 31.800 personas¹⁷.

De acuerdo al censo, solo un 34% de los atacameños vive fuera de la II Región, así el porcentaje de atacameños en dicha Región, incluyendo la población urbana y de poblados rurales, alcanza aproximadamente a 13.800 personas. Cifras similares nos indica la encuesta CASEN: un 46% de la población atacameña se encuentra en la II Región.

El territorio atacameño ocupado en las actividades agrícolas y ganaderas comprende diversos pisos ecológicos. En la cuenca del río Loa Medio y Superior, los territorios se constituyen en torno a los ríos Loa, Toconce, Caspana y Salado e incluyendo los extensos campos de pastoreo en las zonas altas. Lo mismo ocurre en la cuenca del salar de Atacama, donde los territorios de las comunidades Machuca, Río Grande, Toconao, Camar, Talabre, Socaire, Peine y los ayllus de San Pedro de Atacama, además de las tierras agrícolas

¹⁵ 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.

¹⁶ 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>

¹⁷ CASEN 2015, Resultados pueblos indígenas, disponible en línea en página web del Ministerio de Desarrollo Social.

respectivas, se extienden a los campos de pastoreo ubicados en las quebradas, puna y altiplano aledaños. Estos territorios coinciden de modo general con las Áreas de Desarrollo Indígena Alto Loa y Atacama La Grande. El territorio reivindicado por la comunidad indígena atacameña, comprende la cuenca alta del río Loa, desde el volcán Miño, por el norte, hasta el volcán Llullaillaco y el salar de Punta Negra, por el sur, resultando una superficie de 2.342.442,9 hectáreas. Al interior de estos territorios demarcados, existe propiedad atacameña constituida por diversos títulos de propiedad como se indica.

A principios del siglo XX, las comunidades de Ayquina, Machuca, Río Grande y Peine constituyeron títulos de dominio en las Notarías y Conservadores de Bienes Raíces de Antofagasta. Estas propiedades alcanzan a 134.688 hectáreas. También, en 1965 el Ministerio de Tierras y Colonización otorgó 2.706 hectáreas en títulos de dominio gratuitos, en la mayoría de los ayllus de San Pedro de Atacama y en otros pueblos de la zona. Recientemente, el Ministerio de Bienes Nacionales entregó en propiedad 139.223 hectáreas a comunidades atacameñas, tierras correspondientes a campos de pastoreo. Igualmente, se han otorgado varias concesiones de tierras fiscales por 25 años, especialmente de sitios patrimoniales naturales e históricos¹⁸. En resumen, los atacameños tienen inscritas a nombre de las comunidades o familias atacameñas un total de 276 mil hectáreas¹⁹.

2.6 Sobre el patrimonio cultural Atacameño²⁰

Los atacameños poseen y conservan un patrimonio cultural constituido por su cosmovisión, por los ritos y ceremonias a la Pachamama y en torno a su relación con la naturaleza, y por las fiestas patronales y las celebraciones de los Carnavales. La recuperación de la lengua

¹⁸ Esto de acuerdo a la información publicada por la Dirección General de Obras Públicas. Guía de Pueblos Indígenas. Consulta y Territorio (2016) http://www.dgop.cl/areasdgop/semat/Documents/Pueblo_indigenas_consulta/Guia_pueblos_indigenas_consulta_y_territorio.pdf

¹⁹ 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

²⁰ *Ibíd.* Pág 25.

Kunza, presente en diccionarios y en la toponimia del paisaje, es un patrimonio en reconstrucción. El patrimonio material, está representado por cementerios o “gentilares”, sitios de arte rupestre -como Taira, Tulán, Quebrada de Jere, Yervas Buenas o Matancillas-, los tambos Incas -de Catarpe, Peine Viejo y Turi-, las antiguas aldeas atacameñas -como Tolor-, y los pucarás atacameños de Quitar y Turi. Se suman a estos, los poblados atacameños y las iglesias coloniales. El patrimonio natural de los atacameños está representado por la Reserva Nacional Los Flamencos, lugar donde se emplaza el Salar de Atacama, siendo destacable que casi la totalidad de los sitios turísticos o de imponentes paisajes como Laguna Chaxa, El Tatio, Valle de la Luna o las lagunas Miscanti y Meñiques, están administrados por comunidades atacameñas.

2.7. Sobre el tercero coadyuvante: comunidades colla.

Los terceros coadyuvantes pertenecen a las comunidades Samca Arumanti de Yaite, Waira Manta Tujsi, Pacha Churicay, El Torin, Yatiry Warmitary y Pai Ote, todas parte del pueblo indígena colla, quienes ocupan parte del desierto de Atacama, algunas quebradas de la precordillera y el borde de la puna de las provincias de Copiapó y Chañaral, aunque algunos de sus miembros viven en pueblos y ciudades. Dentro de dichos territorios, las comunidades se localizan principalmente en la cuenca del río Jorquera y sus afluentes, más la Quebrada de Carrizalillo y Lomas Bayas. Las Quebradas de Paipote, San Miguel y San Andrés, más la cuenca del río Patón y parte de la Laguna de Santa Rosa, y la zona de Potrerillos, donde ocupan la Quebrada Jardín y las aguadas cercanas, la Quebrada de Doña Inés y el Salar de Pedernales. Estos lugares pertenecen a las comunas de Tierra Amarilla, Copiapó y Chañaral, provincia de Copiapó y Chañaral, en la región de Atacama²¹.

A su vez, de acuerdo a la información proporcionada por la CONADI en su geoportal²², sabemos que los poblados collas son numerosos, y se encuentran distribuidos por todos los

²¹ 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

²² <http://siic.conadi.cl/>

sectores antes mencionados. Además, de la organización familiar, la organización formal y representativa de los collas es la comunidad indígena, constituida en virtud de la Ley Indígena 19.253, la que posee Personalidad Jurídica y está formada por una directiva a cargo de un Presidente, y toma los acuerdos por asamblea, para entre otras tareas administrar el territorio demarcado. El siguiente cuadro muestra a cada una de las comunidades collas, de acuerdo a su ubicación comunal:

Región	Comuna	Pueblos y Comunidades Aymaras
III Región de Atacama	Tierra Amarilla	Río Jorquera y sus Afluentes, Wayra Manta Tujsi (Lomas Bayas), Pacha Churicai (Los Loros), El Torín.
	Diego de Almagro	Diego de Almagro, Geoxcutuxial (Portal del Inca).
	Copiapó	Copiapó (Paipote), Pastos Grandes (Paipote), Sinchi Wayra (Paipote), Pai-Ote (Paipote, San Andrés, San Miguel), Serranía Poblete

La población que se reconoce colla de acuerdo al censo²³ de 2002, alcanza a 3.198 personas (1.687 hombres y 1511 mujeres). Mientras que los datos actualizados de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o CASEN correspondientes al 2015, arrojan un total de 16.088 personas²⁴.

De acuerdo al mismo censo, un 56,3% de la población colla se encuentra en la Región de Atacama, y un 43,7% vive fuera de la Región de Atacama. Los collas representan al 1% de la población indígena del país. Cifras similares nos indica la encuesta CASEN: un 26,3% de la población colla se encuentra en la III Región.

²³ 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>

²⁴ CASEN 2015, Resultados pueblos indígenas.

En relación a sus Territorios Patrimonial y Tierras, cabe señalar que las primeras comunidades collas constituidas, realizaron entre los años 1996 y 1997 una demarcación de sus territorios, resultando en Río Jorquera una superficie de 451.957,61 hectáreas, con 223 vegas, 171 aguadas y varios campos de pastoreo. Mientras que en la Quebrada Paipote el territorio demarcado alcanzó a 289.941,04 hectáreas, con 75 vegas, 38 aguadas y varios campos de pastoreo.

De este universo, el Fisco de Chile ha reconocido a las comunidades collas, mediante títulos de propiedad, un total de 8.622,85 hectáreas, correspondientes a fondos de valles y quebradas, superficies que fueron transferidas a la comunidad colla de Río Jorquera y sus afluentes²⁵ (5.707,24 hás); a la comunidad colla de Paipote y Pastos Grandes, (1.978,65 hás) y una porción individual entregada a la comunidad colla de Pastos Grandes (100,99 hás). Se debe tener presente que las comunidades de la Quebrada de Paipote, sus invernadas corresponden a tierras particulares de propiedad de la Sucesión Cousiño. En el caso de la Comunidad Colla de Potrerillos 936,96 hectáreas, dichas tierras fueron transferidas en virtud del acuerdo CONADI-Ministerio de Bienes Nacionales de 1994, para implementación del artículo 19 de la Ley Indígena 19.253. Estas transferencias se encuentran protegidas e inscritas en el Registro de Tierras Indígenas.

2.8. Sobre el patrimonio cultural Colla

Los collas poseen un rico patrimonio inmaterial representado por las numerosas historias y recuerdos de vida en el desierto de Atacama. Tienen un conocimiento de la naturaleza y de la geografía de estos territorios mayormente desconocidos. En estos espacios existen numerosos sitios arqueológicos, la mayoría no estudiados, y muchos huaqueados o destruidos. El territorio Colla contiene importantes paneles de arte rupestre, como en Finca Chañaral, y varias tamberías, aunque no se ha estudiado su pertenencia

²⁵ Ver Proyecto CONADI, Subdirección Nacional Norte, “Identificación, estudio y materialización del traspaso de inmuebles fiscales a organizaciones Collas de la III región” de 1996. Ejecutado por Grupo de Investigación TEPU. Citado en http://transparencia.dgop.cl/OtrosAntecedentes/docs/Guia_asuntos_indigenas.pdf [en línea: visitado con fecha 25 de junio de 2018]

cultural prehispánica. La presencia Inca es de importancia, pues el Camino del Inca o Qhapaq Ñan delimita el espacio posible de habitar en el desierto de Atacama y cruza una porción del territorio de los collas. Hasta hace unas décadas, las familias collas ocupaban los tambos de Cachiyuyito y del Carrizo como parte del circuito de transhumancia, y en el río Jorquera, utilizan como vivienda y corral el Tambo Vega Colorada, y en ocasiones el tambo de la Laguna Santa Rosa. A ello, se debe sumar la existencia de varios parajes prístinos de relevancia natural y paisajística, como los salares y quebradas del desierto²⁶.

3. SOBRE 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 Trabajo²⁷, 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 carácter internacional, que aún sin tener naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un *corpus iuris*, integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁸, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo tanto de la jurisprudencia de la Corte IDH, como de la práctica que surge de su aplicación del instrumento por parte de los órganos internacionales de derechos humanos.

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

²⁶ 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

²⁷ 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.

²⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General 107ª sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

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:

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”.

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

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)²⁹.

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 mismo³⁰.

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

²⁹ 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. 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.

³⁰ 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 Inuussutissarsiat 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>

así como también al derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (autodeterminación y autogobierno).

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 directamente³¹. 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 mencionadas³².

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho de acuerdo a lo señalado en las decisiones e informes de la OIT, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones (i) previa, (ii) mediante procedimientos apropiados; (iii) por intermedio de instituciones representativas; (iv) buena fe; (v) apropiada a las circunstancias; (vi) finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas, se analizarán cada uno de estos requisitos.

³¹ 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.

³² 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>.

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 directamente³³. La consulta por lo tanto debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

2.- Procedimientos apropiados

No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR³⁴ 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 consultada³⁵.

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 consentimiento³⁶. Debe ser capaz por

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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 transparente³⁷. 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”³⁸.

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

3.- Instituciones representativas

Es importante señalar que, en el caso chileno, la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, que creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o Ley 19.253 impuso un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos 9 a 11). Así, las comunidades indígenas que gozan de personalidad jurídica, deberán ser consultadas mediante procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Sin embargo, esta

³⁷ Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia. Impreso por Dumas-Titoule. 2003, pág.17.

³⁸ 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.

obligación no puede estar restringida sólo a estas comunidades, en particular si existiera/n otra/s instituciones representativas no constituidas en virtud de dicha ley.

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*”³⁹.

Se ha señalado, además, 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 consideren, 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. 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*”⁴⁰. 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe.

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 interesados⁴¹.

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 las prácticas normativas del instrumento que surge de su aplicación por parte de la OIT, el Comité considera en relación a la buena fe “(...) *que es consustancial a toda consulta, la instauración de un clima de confianza mutua*”. Lo anterior, con el objetivo de propiciar un dialogo productivo entre las partes.

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 consulta⁴².

⁴¹ 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.

⁴² Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Estado de México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCS), párr. 44.

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

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

4.1 Área De Desarrollo Indígena (Adi) Atacama La Grande.

De acuerdo a la información disponible en el sitio web de la CONADI⁴³, y al Decreto Supremo 70 del 23 de abril de 1997, del Ministerio de Planificación y Cooperación⁴⁴, el Salar de Atacama, se encontraría dentro de lo que se denomina un “Área de Desarrollo Indígena” (ADI), específicamente de la ADI Atacama La Grande.

1º. Declárase Área de Desarrollo Indígena, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.253, al territorio ubicado en la comuna de San Pedro de Atacama, Provincia de El Loa, II Región de Antofagasta, comprendido entre los siguientes límites:

Oeste y Norte: La Cordillera de Domeyko, desde el trigonométrico Cerrillo hasta el cerro Quimol; la línea de cumbres que limita por el poniente y norte la hoya del Salar de Atacama desde el cerro Quimal hasta los cerros del Tatío, pasando por la cota 3429, el

⁴³ <http://siic.conadi.cl/exp/ficha.php> [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

⁴⁴ https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=70826&idParte=0 [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

cerro Bardo, el Cordón Barros Arana, el cerro Chuschul, el morro Cáblor y el volcán Tatío.

Este: Los límites con Bolivia y Argentina, desde los cerros del Tatío hasta el cerro del Rincón.

Sur: El límite con Argentina, desde el cerro del Rincón hasta el cerro Salín con el trigonométrico Cerrillos, pasando por el cerro Pajonales, la cota 3536 y el cerro Pingo Pingo.

2°. La declaración del Área de Desarrollo Indígena, dispuesta por el presente Decreto, tiene por finalidad la focalización de la acción que, de conformidad a la ley, corresponde desarrollar a los organismos de la Administración del Estado en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.

De acuerdo a lo señalado por la CONADI⁴⁵, las ADIs surgen a partir de la aplicación del Art. 26° de la Ley N° 19.253, aprobada en Octubre de 1995. De acuerdo a esta normativa, estas zonas son definidas como espacios territoriales determinados en los cuales los órganos de la Administración del Estado deben focalizar su acción para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de origen indígena que habitan en dichos territorios.

Es relevante señalar que la Ley Indígena, establece que para decretar el establecimiento de un área de desarrollo indígena, deberán concurrir los siguientes criterios:

- Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- Alta densidad de población indígena;
- Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;

⁴⁵ <http://www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena> [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

- Homogeneidad ecológica, y

- Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de estos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

Así, y de acuerdo a lo señalado por la Corporación de Desarrollo Indígena⁴⁶ las ADI se conciben como espacios de focalización de políticas coordinadas del 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.

“Vale decir, 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”⁴⁷.

En ese sentido, sus objetivos específicos son: *“respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades. Proteger las tierras indígenas, velar por la adecuada explotación de estas tierras. Velar por el equilibrio ecológico de estas tierras”⁴⁸.*

La focalización y concentración de recursos del Estado por tanto se está orientando en esta perspectiva territorial de Áreas de Desarrollo Indígena.

⁴⁶ <http://www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena> [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

⁴⁷ <http://www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena> [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

⁴⁸ <http://www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena> [consultado en línea: el viernes 08 de junio de 2018]

4.2. Sobre las Tierras y Territorios Indígenas.

Al respecto, cabe hacer, además, unas consideraciones en relación a las tierras y territorios 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 indígenas⁴⁹. En ese sentido, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 14.1: 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.

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.

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

⁴⁹ 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 Awas 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.

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*”⁵⁰.

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: 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”.

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado, pero que no están exclusivamente ocupadas por ellos y 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*”⁵¹.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Artículo 14.3 Convenio 169 OIT.

A modo de resumen de este apartado, podemos señalar que ante la colisión de derechos entre las Comunidades indígenas atacameñas y collas con CORFO/SQM, en la resolución del conflicto es pertinente considerar 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*”⁵².

5. OTRAS CONSIDERACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO-DEBER DE CONSULTA INDÍGENA Y SOBRE LAS TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS

Sobre los estándares internacionales sobre el derecho-deber consulta y sobre las tierras y territorios indígenas expuesto *supra*, cabe señalar, a mayor abundamiento, lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su opiniones consultivas y en los Informes derivados del conocimiento de casos, las consideraciones de la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos indígenas; otros órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia, junto con lo prescrito en declaraciones internacionales, donde se ha señalado:

1.- En relación a la fuente normativa

La consulta, junto con la participación, han sido reconocidas como derechos en el *soft law*. Así la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵³, que en su artículo 18 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*

⁵² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

⁵³ Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

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”.

Por otro lado, 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 Humanos⁵⁴. Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño⁵⁵, el Comité de Derechos Humanos⁵⁶, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁵⁷, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁵⁸, 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Párr.62 c.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr.62 c.

⁵⁷ Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 23.

⁵⁸ Examen periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 19 c.

Ahora, 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 política⁵⁹. 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*”⁶⁰.

Por otra parte, 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*”⁶¹⁶².

⁵⁹ **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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Ídem, párrafo 276.

De esta forma, 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*”⁶³.

A mayor abundamiento, los órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre 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 Humanos⁶⁴ 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 Niño⁶⁵ 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

⁶² También la Corte IDH, ha reconocido el derecho de consulta como garantía del derecho de propiedad indígena y como elemento indispensable para su supervivencia grupal. Así lo ha sostenido en relación a la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal. Véase 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 Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derechos consuetudinario*”⁶². En ese sentido, 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5 17 de abril de 2011, párr.19 literal c.

⁶⁵ Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33.

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*”⁶⁶, y que adopte las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen “*En todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos*”⁶⁷.

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*”⁶⁸, 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 materia⁶⁹. El

⁶⁶ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

⁶⁷ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

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 2014⁷⁰.

Finalmente, 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 subsistencia como grupo social”*⁷¹. 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*

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

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”⁷².

Así, 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 Internacional⁷³.

2.- Fundamentación del derecho-deber a la Consulta Indígena

En relación al fundamento del derecho-deber de consulta, el Relator de la ONU sobre la materia, **James Anaya**, ha señalado que, este 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 humanos⁷⁴. 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 afirmado **Anaya**, *“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*

⁷² 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].

⁷³ Corte IDH. Pueblo Indígena de Sarayaku Vs Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 164.

⁷⁴ 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”.

*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*⁷⁵.

Por otra parte la jurisprudencia comparada, ha señalado sobre la justificación de la consulta indígena, que esta se enmarca dentro del derecho a la participación de los pueblos indígenas, formando 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 autónoma⁷⁶.

3.- Sobre las condiciones que debe satisfacer la consulta indígena

Como señalamos *supra*, la consulta indígena debe al menos satisfacer las siguientes condiciones: (i) previa, (ii) mediante procedimientos apropiados; (iii) por intermedio de instituciones representativas; (iv) buena fe; (v) apropiada a las circunstancias; (vi) finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Se analizará las condiciones señaladas en los números (ii), (iii), (iv) y (vi), en relación a las consideraciones que al respecto han emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos indígenas como otros órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia.

⁷⁵ **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.

⁷⁶ ANAYA, JAMES. Los pueblos Indígenas en el Derecho Internacional, Madrid, Trotta, 2005, página 232.

3.1. Procedimientos Adecuados

Sobre este requisito, 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”*⁷⁷. 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”*⁷⁸.

Mientras que 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 maneja 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”*⁷⁹.

3.2. Instituciones representativas

En relación a las instituciones representativas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam* ha señalado: *“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”*⁸⁰.

En este orden el ex Relator Stavenhagen, señaló que *“los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el*

⁷⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.201.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

⁷⁹ 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.

⁸⁰Corte 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.

*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*⁸¹. 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 principios de proporcionalidad y no discriminación, y d) deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género⁸².

3.3. Sobre la Buena Fe

Sobre este requisito, 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*⁸³.

⁸¹ 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).

⁸² Cfr. James Anaya. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

⁸³ Cfr. Anaya, James. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta. Op. cit., párr. 31.

3.4 Sobre la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr consentimiento.

Sobre este punto, cabe agregar lo prescrito en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre 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”⁸⁴.

- 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.

⁸⁴ 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.

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*”.

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.

4. Sobre las tierras y territorios indígenas según la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado (i) la naturaleza colectiva de la tierra y (ii) fundamentos del derecho.

- (i) Sobre la naturaleza colectiva de la tierra:

(...) *“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”*⁸⁵.

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”*⁸⁶.

(ii) 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. En ese sentido, 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 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*

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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”.

alidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”⁸⁷.

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 Humanos⁸⁸⁸⁹.

Lo anterior, 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]”⁹⁰*, incluida la de ofrecer protección efectiva frente a ataques de terceros⁹¹.

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 permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas”⁹²*, 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”⁹³*.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

⁸⁹ Informe Anual Derechos Humanos (2014) Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr.123.

⁹² *Ibidem*. Párr. 89.

⁹³ *Ibidem*.

6. 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.

En ese marco, corresponde al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional, 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 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 las comunidades indígenas atacameñas, y collas podrá ordenar se realice la consulta establecida en el artículo 6°, 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 SE.: Tenerlo presente

OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2° 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 3° 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 SI.: tenerlo presente.