

El Convenio N° 169 de la OIT
sobre Pueblos Indígenas y Tribales
Manual para su aplicación judicial

Sebastián Donoso Rodríguez
Manuel Núñez Poblete

CJAJ
Cuadernos
Jurídicos
de la
Academia
Judicial



DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com.

EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES MANUAL PARA SU APLICACIÓN JUDICIAL

© Sebastián Donoso Rodríguez - Manuel Núñez Poblete

2022 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° EN TRÁMITE

ISBN 978-956-405-116-1

Primera edición, septiembre de 2022 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Desde hace un tiempo la Academia Judicial viene elaborando diversos tipos de materiales docentes para apoyar el desarrollo de los cursos que imparte. Ellos sirven tanto como textos de autoformación o bien como apoyo de clases presenciales o, por último, como guiones base para el diseño de cursos en línea. En su elaboración participan docentes de distintas universidades, así como magistrados/as, todos/as seleccionados/as por el Consejo Directivo de la Academia Judicial previo concurso público, garantizándose de ese modo contar con los/as mejores exponentes de las diversas disciplinas.

Como puede apreciarse, su utilidad excede a la que puede extraerles la propia Academia Judicial, razón que ha justificado desde el año 2018 publicar estos textos, algunos con formato digital y otros, como los presentes, en formato impreso, poniéndolos así a disposición de toda la comunidad legal nacional.

Cualquiera sea el tema que se aborde en ellos, estos textos tienen algunos elementos en común. Por lo pronto, apuntan a cuestiones de gran relevancia y común ocurrencia en la práctica jurídica y judicial nacional. Por otra parte, el tratamiento de los mismos busca problematizar los tópicos y acopiar para cada uno de ellos bibliografía y, sobre todo, jurisprudencia actualizada. Son textos pensados para generar reflexión y debate y que, sin lugar a dudas, serán de gran utilidad para académicos/as y litigantes.

JUAN ENRIQUE VARGAS
Director
Academia Judicial

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL CONVENIO N° 169 COMO TRATADO DE DERECHOS HUMANOS.....	3
1.1. Introducción. El Convenio N° 169 en manos de los jueces: criterios generales de aplicación judicial de los tratados internacionales	3
A) La dimensión normativa y hermenéutica del tratado	4
B) Cómo se interpreta el Convenio N° 169: criterios e insumos técnicos	6
C) La cláusula de flexibilidad.....	10
D) Otros instrumentos de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas	11
a. Sistema de Naciones Unidas	12
b. El Sistema Interamericano.....	16
1.2. La historia de la ratificación: jurisprudencia del Tribunal Constitucional y desarrollo reglamentario y legislativo posterior	23
A) El fallo del Tribunal Constitucional de 2000.....	23
B) Desarrollo legislativo ulterior y aplicación directa	27
1.3. A quiénes protege el Convenio: quiénes forman parte de los pueblos indígenas y tribales. Pueblos indígenas rurales y urbanos	29
A) Dimensión colectiva	33
a. Organizaciones colectivas en la legislación chilena.....	35
b. Las autoridades de la organización.....	36
B) Dimensión individual	38
C) Pertenencia y autoidentificación.....	40
1.4. Qué protege el Convenio: derechos individuales y derechos colectivos, identidad cultural y autodeterminación.....	41
2. LA CONSULTA Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CONVENIO N° 169	45

2.1. Introducción	45
2.2. Las disposiciones sobre participación y consulta como la “piedra angular” del Convenio	46
2.3. La participación y consulta en relación con el derecho a la libre determinación.....	48
2.4. Mecanismos de participación y consulta en el Convenio	49
2.5. El derecho-deber de consulta indígena. Principios rectores o estándares...	52
2.6. El derecho-deber de consulta indígena. Desarrollo e interpretación de sus principios rectores o estándares	55
A) A través de instituciones representativas	55
B) De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias	56
C) Mediante procedimientos apropiados	56
D) Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento	57
2.7. Vinculabilidad de la consulta	62
2.8. Reglamentación interna de la consulta del artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio.....	64
A) Reglamentación temprana de la consulta del artículo 6 N° 1 letra a): el Decreto Supremo N° 124 de 2009	66
B) Reglamentación doméstica actualmente vigente de la consulta del artículo 6	67
2.9. Consulta de medidas legislativas	79
2.10. El mecanismo de participación del artículo 7 del Convenio	88
2.11. El estándar de consentimiento en el Convenio. El artículo 16 y el traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan.....	89
2.12. La consulta en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales	94
A) Qué medidas se consultan	95
B) En qué casos se consulta (medidas susceptibles de causar afectación directa a pueblos indígenas)	99
C) Cómo se consulta.....	103
D) A quién se consulta.....	104
E) Qué consecuencias tiene la omisión de la consulta	106
F) Qué sucede si la comunidad no participa en un proceso de consulta o se retira de él.....	108
G) Jurisprudencia en sede de protección	111
2.13. La consulta en la jurisprudencia administrativa	113
3. TIERRAS, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES	114
3.1. Introducción	114
3.2. Las tierras en el Convenio: vinculación con el derecho a la libre determinación, “importancia especial” y deberes para los gobiernos.....	115

A) Las tierras y el derecho a la libre determinación.....	116
B) “Importancia especial” de la relación de los pueblos indígenas con las tierras. Introducción del concepto de territorio	117
C) Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos	119
3.3. El régimen de protección de las tierras indígenas. Los derechos que reconoce y deberes que establece el Convenio.....	120
A) Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: aproximación al concepto “tierras” en sentido amplio.....	122
B) Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: alcance del concepto “tierras”.....	124
C) Régimen de las tierras indígenas en el Convenio: consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios.....	125
D) Derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y deberes correlativos de los gobiernos	127
3.4. El régimen de los recursos naturales. Los derechos que reconoce el Convenio N° 169	129
A) El régimen de los recursos naturales y su vinculación con el concepto de territorio	129
B) El régimen de los recursos naturales (artículo 15)	133
3.5. Reglas especiales respecto al traslado o reasentamiento de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan (artículo 16).....	135
3.6. Mecanismos de “ampliación” de las tierras indígenas en el Convenio (artículo 19).....	140
3.7. Protección ambiental de las tierras indígenas en el Convenio.....	141
3.8. Las tierras, territorio y recursos naturales en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y ambientales.....	147
A) Alcance del concepto de territorio.....	148
B) Estatus de las Áreas de Desarrollo Indígena en relación al concepto de territorio.....	151
C) Constitución de servidumbres mineras sobre tierras indígenas. Relación con las disposiciones del Convenio	153
4. EL COMPONENTE INDÍGENA EN LOS LITIGIOS JUDICIALES.....	155
4.1. El Convenio N° 169 y la reinterpretación de los derechos fundamentales constitucionales en clave indígena: recursos de protección y amparo.....	163
A) El acceso a la justicia.....	165
B) La interpretación evolutiva y el enfoque intercultural	166
C) Las medidas de reparación: individuales y colectivas.....	167
4.2. Las normas especiales en materia civil: conflictos civiles, electorales y asociativos.....	169

4.3. Normativa en materia laboral y de seguridad social: las comunidades como empleadoras y los indígenas como trabajadores.....	172
4.4. El impacto del Convenio en materia penal: persecución penal e instituciones de justicia penal indígena	177
A) Persecución penal estatal de los miembros de comunidades indígenas	177
a. Deber de no discriminación.....	178
b. Deber de reconocer el factor cultural y considerar las características económicas, sociales y culturales de quienes forman parte de los pueblos indígenas (artículo 10.2).....	182
c. El juez debe considerar las costumbres o el derecho consuetudinario (artículo 9.2).....	185
d. El derecho a una defensa especializada.....	186
e. Sanciones: el deber de tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales y preferencia de las sanciones distintas al encarcelamiento (artículo 10).....	186
B) La comunidad sancionadora: el deber del juez de considerar las instituciones de justicia penal indígena	187
5. LA INCARDINACIÓN DEL CONVENIO N° 169 EN LA NORMATIVA ESPECIAL VIGENTE EN CHILE	190
5.1. Ley N° 19.253	190
5.2. La Ley N° 20.249 sobre “Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios” o ECMPO.....	192
A) La Ley N° 20.249 en síntesis.....	193
B) El ECMPO.....	193
C) A quiénes aplica.....	195
D) Normas de discriminación positiva en el artículo 10 de la Ley N° 20.249.....	195
E) Ley N° 20.249, Convenio y concepto de “territorios”.....	197
F) Ley N° 20.249, ECMPO y Convenio en la jurisprudencia judicial.....	198
5.3. Los pueblos indígenas en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente	200
A) La evaluación ambiental.....	201
B) El sancionatorio ambiental	212
C) La tutela jurisdiccional en los procedimientos de evaluación ambiental: el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.....	212
5.4. Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua y otras normas especiales sobre Rapa Nui	216
A) Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua	218
B) Ley N° 21.070, que Regula el Ejercicio de los Derechos a Residir, Permanecer y Trasladarse hacia y desde el Territorio Especial de Isla de Pascua	221

5.5. Normativa sectorial sobre recursos naturales, con particular referencia a la que es aplicada por los jueces civiles (concesiones mineras, aguas y contencioso especial del artículo 56 de la Ley N° 19.253).....	222
A) Código de Minería, concesiones mineras y pueblos indígenas	222
a. Las concesiones mineras y la consulta indígena	224
b. Las servidumbres mineras, consulta indígena y procedimiento aplicable.....	229
B) Las aguas y los pueblos indígenas en la normativa doméstica.....	231
a. Disposiciones de la Ley N° 19.253 que se refieren a las aguas indígenas.....	231
i. Normas instrumentales relativas a la “ampliación” de las aguas indígenas	231
ii. Normas sustantivas relativas al reconocimiento o regularización de “usos inmemoriales” de aguas por comunidades indígenas	233
iii. Tratamiento de las aguas indígenas en la Ley N° 19.253.....	234
b. El Código de Aguas y los usos “ancestrales”	238
c. Las aguas en el Convenio. Vinculación con la normativa doméstica	245
i. Artículos del Convenio que se refieren a las aguas indígenas	245
ii. Tratamiento de las aguas indígenas en el Convenio.....	247
d. Las autorizaciones sobre aguas y la consulta indígena	254
5.6. Normativa sectorial sobre patrimonio cultural indígena.....	257
A) Normativa sectorial doméstica	259
B) El patrimonio cultural indígena en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios.....	262
5.7. Salud y educación	265
A) Salud y autodeterminación	265
B) Educación	269
BIBLIOGRAFÍA	273