

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco)

*The rights of indigenous peoples in the context
of mining concessions' constitution procedures in Chile
(Temuco Appeal Court)*

*Comentario de Felipe Guerra Schleef**

C.A. de Temuco

Temuco, veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, compareció [...] la **COMUNIDAD INDÍGENA CARIMÁN SÁNCHEZ Y GONZALO MARÍN**, en procedimiento voluntario de constitución de concesión minera de exploración, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y del artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, haciéndose parte en el presente procedimiento en calidad de tercero excluyente, por tener interés actual en su resultado y detentar derechos incompatibles con el solicitante “Inversiones Huife Ltda”., empresa que, desde el año 2012, ha intentado intervenir el territorio mediante la construcción de la “Central Hidroeléctrica Llançalil”, omitiendo abiertamente las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el cual se encuentra vigente en Chile.

SEGUNDO: Que, la solicitud de la recurrente, fue desestimada atendido “lo dispuesto en el artículo 1 y siguientes de la Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que en su Título II Del Reconocimiento, protección y desarrollo de los

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Becario ANID en el programa de Programa de Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8377-4225>. Correo electrónico: felipe.guerra.schleef@gmail.com.

El presente trabajo se enmarca en el contexto de la investigación doctoral titulada “Extrayendo Consentimiento: Política(s) de participación indígena en el contexto de actividades extractivas en Chile”.

indígenas establece cuales son las Tierras Indígenas, y especialmente lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 18.248 en adelante Código de Minería; que establece en su artículo 2 que: “La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial..”. Teniendo además en consideración lo dispuesto en el artículo 34 del mismo cuerpo legal que establece que al procedimiento de constitución de la concesión minera no le será aplicable lo dispuesto en los artículos 92 y 823 del Código de Procedimiento Civil y advertido que la petición realizada por la **COMUNIDAD INDÍGENA CARIMÁN SÁNCHEZ Y GONZALO MARÍN**, dice relación con considerarse aquel tercero excluyente; verificado que su petición no cumple con lo peticionado en la norma contemplada en el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil por cuanto no se refiere a la cosa litigada (pedimento minero) y no puede considerársele tampoco legítimo contradictor, por cuanto su petición no se enmarca dentro de las hipótesis contempladas en el artículo 34 del Código de Minería, referido a lo dispuesto en sus artículos 61 a 70 y 84”.

TERCERO: Que, conforme al artículo 13 N° 2 del Convenio 169 de la OIT que se encuentra vigente desde el 15 de septiembre de 2009: “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Asimismo, el artículo 15 agrega: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

CUARTO: Que, la normativa antes citada no solo tiene relevancia en cuanto a la consagración del derecho de los referidos pueblos originarios existente en nuestra patria a los recursos naturales existentes en sus tierras, sino que y ello en directa relación y consecuencia con lo anterior en cuanto a que se consagra en el artículo 12, el deber del Estado de dar protección contra la violación de estos derechos. En efecto la referida norma dispone: “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

QUINTO: Que, el artículo 6°, inciso segundo de la Constitución Política del Estado consagra el “principio de supremacía constitucional y de vinculación directa de la

Constitución”, al disponer que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, lo que conlleva “la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución”.

SEXO: Que el art. 5 inciso segundo de la Constitución Política establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

SÉPTIMO: Que, la norma anterior conlleva la agregación automática al listado de libertades y derechos contenido en el art. 19 de la Constitución Política, de aquellos que contienen los tratados ratificados y vigente en Chile, que se refieren a “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, esto es a toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, cualquiera sea el tratado internacional al efecto vigente en nuestro país.

OCTAVO: Que, en este contexto el alcance de las normas del Código de Minería, debe ser interpretado conforme a los derechos que el Convenio 169 de la OIT garantiza a los Pueblos Originarios, ya que en caso de duda debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución y a los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales y caute-
lados por el artículo 5 de la Carta Magna.

NOVENO: Que, el artículo 34 del Código de Minería dispone que: “ al procedimiento de constitución de la concesión minera no le será aplicable lo dispuesto en los artículos 92 y 823 del Código de Procedimiento Civil, y toda cuestión que se suscite durante su tramitación se substanciará en juicio separado, sin suspender su curso. El juez, de oficio, podrá corregir los errores que observe en la tramitación, salvo que se trate de actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley”.

DÉCIMO: Con todo, como se indicó, el artículo 15 N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado en nuestro país con posterioridad al Código de Minería, dispone que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, cuestión que se cumple en nuestro país como así lo explicita el inciso primero del artículo 1 del Código de Minería, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

UNDÉCIMO: Que, en este contexto, cabe entender que, la prohibición prevista en el artículo 34 del Código de Minería de permitir la oposición de legítimos contradictores,

en los términos del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, en los proceso de constitución de concesiones mineras, no se aplica cuando la oposición la presentan integrantes de pueblos originarios en amparo de sus tierras, toda vez que la normativa aprobada por nuestro país impone que antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras indígenas, debe consultarse a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, condición que no se cumple si se determina que conforme al artículo 34 del Código de Minería, la oposición debe ser planteada en un juicio separado.

DUODÉCIMO: Que, en tal evento no es posible descartar de plano la comparecencia de la recurrente, simplemente por razones de texto y sin entrar a analizar el fondo de su presentación, en particular la eventual afectación de tierras indígenas como consecuencia de la solicitud de concesión minera planteada, y de la procedencia en el caso de autos de la Consulta Indígena para lo cual es fundamental conocer en forma previa del informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que es el organismo legalmente habilitado para aclarar esta situación.

DECIMOTERCERO: Que, teniendo en consideración que para poder pronunciarse sobre las solicitudes de la recurrente, el Tribunal A quo, debe no solo escuchar a las partes, sino que también requerir informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en relación a la procedencia de los capítulos de la presentación del recurrente, será acogida la apelación presentada en los términos que se indicará, dejándose sin efecto lo obrado en la forma que se indicará.

Y, visto, además, lo prevenido en los artículos 12 y 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 34 del Código de Minería, artículos 186, 188 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, **SE REVOCA** la resolución apelada de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte, solo en cuanto **SE DECLARA** que en cuanto a la petición Principal, y del Primer, Segundo y Tercer otrosí se provee: “para resolver informe previamente la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena sobre la eventual afectación de tierras indígenas como consecuencia de la solicitud de concesión minera planteada, y de la procedencia en el caso de autos de la Consulta Indígena”. En cuanto al cuarto otrosí, se provee: “como se pide oficiase en los términos solicitados”. En todo lo demás anotado se mantiene dicha resolución.

Como consecuencia de lo anterior, y de conformidad al artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, déjese sin efecto todo lo obrado en estos autos a contar de la fecha de la dictación de la resolución recurrida, suspendiéndose la tramitación del procedimiento, hasta la total resolución de la incidencia generada por la presentación formulada por la recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Roberto Contreras Eddinger.

Rol N° Civil-297-2020 (pvb).

COMENTARIO

El fallo que se comenta representa un avance histórico para el ejercicio de los derechos de participación indígena, al ser la primera vez que un tribunal chileno reconoce la procedencia de implementar procesos de consulta previa en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan los territorios de los pueblos indígenas. Sin embargo, antes de continuar con el análisis de este importante precedente para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, resulta fundamental entregar algunos antecedentes para contextualizar el conflicto que se ventilaba en este caso.

Respecto de esta causa, el conflicto involucraba las tierras comunitarias en las que fue relocalizada la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín en Llanclil (comuna de Pucón, Región de La Araucanía) en el 2013, luego de que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) adquiriera sus tierras ancestrales en Huilio (comuna de Freire, Región de La Araucanía), para entregárselas a una comunidad indígena de otro territorio, provocando un conflicto que persiste hasta nuestros días¹. De esta forma, las tierras que actualmente tiene esta Comunidad en propiedad comunal en el territorio de Llanclil, le fueron entregadas por la CONADI a modo de compensación en el contexto de una política de reparación al amparo del art. 20 b) de la Ley N° 19.253.

Sin embargo, desde el arribo de la Comunidad al territorio de Llanclil, su plan de vida asociado a sus nuevas tierras se ha visto seriamente amenazada como consecuencia de las acciones de una empresa particular, Inversiones Huife Limitada, para impulsar un proyecto hidroeléctrico en el área², sin consulta y consentimiento de las diversas comunidades mapuches que habitan estos valles. En este contexto, los procedimientos para la constitución de estas concesiones mineras por parte de Inversiones Huife Limitada en el territorio de la Comunidad, en lugar de tener como objetivo el aprovechamiento de los minerales del subsuelo, buscaban utilizar al estatuto especial del minero para imponer gravámenes y servidumbres a los predios superficiales y viabilizar, de este modo, el desarrollo de su proyecto hidroeléctrico en un contexto de fuerte oposición de las comunidades mapuches y locales.

Fue precisamente esta situación la que fundó la presentación de la Comunidad para hacerse parte en el procedimiento de constitución de concesiones mineras de exploración tramitado ante el Juzgado de Letras de Pucón. De esta forma, recurriendo al Convenio 169 de la OIT, la Comunidad argumentó que el régimen de concesiones mineras debía

¹ GONZÁLEZ, Karina, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, SÁNCHEZ CURIHUENTRU, Rubén, 2007: *Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades "Carimán Sánchez y Gonzalo Marín" y "Comunidad Manuel Contreras"*, Documento de Trabajo N° 6, Temuco: Observatorio Ciudadano.

² Este proyecto hidroeléctrico corresponde a la "Pequeña Central Hidroeléctrica Llanclil", la cual fue calificada ambientalmente favorable por la RCA N° 26/2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía. Sin embargo, por medio de la Res. Ex. N° 202099101391, de 25 de mayo de 2020, la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental acogió parcialmente 9 de 11 reclamaciones administrativas interpuestas por observantes ciudadanos (las reclamaciones PAC), dejando sin efecto la RCA N° 26/2019, por lo cual en la actualidad dicho permiso ambiental no se encuentra vigente.

ser interpretado a la luz de este tratado internacional pertinente a derechos indígenas, lo que implicaba reconocerle su derecho a participar del procedimiento de constitución de dichas concesión minera en su territorio; solicitar la apertura de un proceso de consulta previa; y oponerse al otorgamiento de dichas concesiones.

Sin embargo, al rechazar las peticiones de la Comunidad, todo el fundamento de la resolución del Juzgado de Letras de Pucón se limitó a distinguir entre la concesión minera y el derecho del predio superficial, para efectos de negar formalmente la concurrencia de derechos incompatibles sobre el objeto litigioso, y a sostener que, de acuerdo con el art. 34 del Código de Minería, no resultaba procedente oponerse en este tipo de procedimientos voluntarios. Es precisamente en contra de dichas determinaciones del Juzgado de Letras de Pucón, que la Comunidad interpuso el recurso de apelación que sería acogido por las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que se comentan.

Para acoger los recursos interpuestos por la Comunidad, la Corte de Apelaciones de Temuco se funda en la noción de “Bloque de constitucionalidad” para ampliar la base normativa aplicable al presente caso, incorporando aquellos derechos indígenas garantizados en el Convenio 169 de la OIT como parámetros de constitucionalidad y convencionalidad para interpretar el alcance de las disposiciones del Código de Minería. En este contexto, particularmente relevante para la Corte son los derechos de los pueblos indígenas garantizados en los artículos 12³, 13⁴ y 15 párr. 2⁵ del Convenio 169.

A juicio de la Corte, estas disposiciones tienen dos consecuencias relevantes en los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan territorios de pueblos indígenas. En primer lugar, la Corte sostiene que la prohibición prevista en el art. 34 del Código de Minería, que impide la oposición en los procesos de constitución de concesiones mineras, “[...] no se aplica cuando la oposición la presentan integrantes

³ El artículo 12 del Convenio 169 garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a: “[...] tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

⁴ El artículo 13 del Convenio 169 señala que:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

⁵ El párrafo 2º del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, establece que: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

de pueblos originarios en amparo de sus tierras” (considerando 11°). Esto, a su vez, lleva a la Corte a reconocer la obligación de implementar procesos de consulta previa con los pueblos indígenas en los procedimientos para la constitución de concesiones mineras que puedan afectar sus territorios, si es que se comprueba que en el caso en particular se produce la afectación exigida como elemento que se genere de este derecho, “[...] para lo cual es fundamental conocer en forma previa del informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que es el organismo legalmente habilitado para aclarar esta situación” (considerando 12°).

De esta forma, mediante una interpretación armónica de las disposiciones del Código de Minería y el Convenio 169, la Corte admite la posibilidad de que cuando estén en cuestión territorios de pueblos indígenas, las gestiones judiciales voluntarias para constituir concesiones mineras pueden tornarse en procedimientos contenciosos, debiendo examinarse la necesidad de abrir un proceso de consulta previa.

Ahora bien, aun cuando esta sentencia representa un avance importante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan sus territorios, el razonamiento de la Corte abre algunas interrogantes interesantes. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las preguntas respecto de cómo debiera insertarse un proceso de consulta indígena en el contexto de una gestión judicial de constitución de concesión minera y quién debiera ser el órgano responsable de llevar a cabo dicho proceso.

En efecto, como sabemos, los procedimientos concesionales mineros se tramitan ante los tribunales civiles, mientras que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, conforme lo disponen expresamente los artículos 6 y 15 párr. 2° del Convenio 169, es una obligación de los “gobiernos”⁶. Si bien la doctrina nacional ha reconocido que la constitución de una concesión minera es una función netamente administrativa, a pesar de tramitarse ante un tribunal de justicia⁷; no es menos cierto que implementar un proceso de consulta es un desafío de proporciones para un tribunal, que no cuenta con los recursos técnicos ni económicos para desplegar un proceso de diálogo de estas características.

Sin embargo, considero que una interpretación armónica del Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 19.253, debiera llevarnos a concluir que el órgano responsable de la implementación de un proceso de consulta en una gestión judicial de estas características es la CONADI, al ser este:

“[...] el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas,

⁶ Así lo ha reconocido expresamente la OIT. Ver, entre otros: Oficina Internacional del Trabajo, 2013: *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), Ginebra: Departamento de normas internacionales del trabajo, pp. 14-15.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro, 1998: “Esquema del procedimiento concesional minero chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12, p. 254.

especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional” (art. 39, Ley Nº 19.253).

Lo anterior, por una parte, permite reconocer la procedencia de implementar procesos de consulta previa en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile cuando se verifique el principal elemento generador de este deber estatal –la susceptibilidad de afectación directa–, al mismo tiempo que mantiene la responsabilidad por la ejecución de dicho proceso en el gobierno.