El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales
Manual para su aplicación judicial
Autores: Sebastián Donoso Rodríguez y Manuel Núñez Poblete
Der Ediciones /2022
www.librotecnia.cl

ÍNDICE

ABREVIATURAS VII

INTRODUCCIÓN 1

1. El Convenio Nº 169 como tratado de derechos humanos 3
   1.1. Introducción. El Convenio Nº 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 Nº 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 Nº 169 45

www.librotecnia.cl

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 Conveno 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 Nº 1 letra a) del Convenio 64
A) Reglamentación temprana de la consulta del artículo 6 Nº 1 letra a): el Decreto Supremo Nº 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

www.librotecnia.cl

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 Nº 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 Nº 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

www.librotecnia.cl

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 Nº 169 en la normativa especial vigente en Chile 190

5.1. Ley Nº 19.253 190

5.2. La Ley Nº 20.249 sobre "Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios" o ECMPO 192

A) La Ley Nº 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 Nº 20.249 195

E) Ley Nº 20.249, Convenio y concepto de "territorios" 197

F) Ley Nº 20.249, ECMPO y Convenio en la jurisprudencia judicial 198

5.3. Los pueblos indígenas en la Ley Nº 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 Nº 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua y otras normas especiales sobre Rapa Nui 216

A) Ley Nº 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua 218

B) Ley Nº 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

www.librotecnia.cl

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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

www.librotecnia.cl