



## RESUMEN EJECUTIVO

### Coloquio Académico realizado sobre Convenio N°169 de la OIT

Con el patrocinio del Ministerio de Minería, el 12 de noviembre pasado, el Instituto de Derecho de Minas, Aguas y Medio Ambiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama convocó en la ciudad de Copiapó a un importante grupo de académicos, autoridades, actores empresariales y comunidades indígenas, vinculadas al trabajo minero, a debatir respecto a las implicaciones teóricas y prácticas de la reciente entrada en vigencia en nuestro país del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre pueblos indígenas y tribales. Se trató de una iniciativa pionera, el primer coloquio tripartito sobre esta importante materia que, al cobijo de la academia, reunió en un mismo lugar a las organizaciones indígenas locales directamente afectadas por proyectos de inversión, a las compañías mineras relacionadas con tales inversiones y a los servicios públicos encargados de la aplicación del Convenio N°169. A partir de un documento convocatorio, el evento buscó estimular una discusión de alto nivel académico, con una mirada objetiva y autónoma de la problemática planteada, que trajera consigo un aporte real de ideas que -una vez validadas por todos los partícipes del encuentro- pudiesen ser recogidas y difundidas para el perfeccionamiento de la normativa jurídica vigente sobre el particular.

El coloquio fue inaugurado por el Sr. Contralor y ex – Rector de la Universidad de Atacama, Profesor Mario Maturana Claro, a nombre de nuestra Casa de Estudios Superiores; por el Sr. Jefe de la Unidad de Asuntos Indígenas del Ministerio de Minería, don Juan Huenulao Gutiérrez; y por el Sr. Gobernador Provincial de Copiapó, don Jorge Campillay Ramírez, en representación del Gobierno Regional de Atacama. Previo al inicio de la conversación, el Sr. Zoilo Gerónimo, Gestor Cultural de la Comunidad Indígena Colla “Río Jorquera y sus afluentes” dirigió una rogativa tradicional a la Pachamama por el éxito de la actividad.





Participaron en la reunión los secretarios regionales ministeriales de Minería de las regiones de Atacama y Arica y Parinacota, la Encargada de Programas y Proyectos de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) para la Región de Atacama, y los abogados y profesionales de apoyo de las secretarías regionales ministeriales de Obras Públicas y Bienes Nacionales, de las direcciones regionales de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y de la Gobernación Provincial de Copiapó. A ellos se unieron los directivos de las comunidades indígenas collas “Copiapó” y “Río Jorquera y sus afluentes”, encabezados por sus respectivos presidentes, los señores Gabriel Cardozo y Héctor Salinas, y ejecutivos y profesionales de empresas mineras que desarrollan proyectos de prospección y explotación de minerales en tierras y territorios indígenas de la Provincia de Copiapó, como es el caso de Kinross, Cerro Casale, Andina Minerals y Lumina Cooper. Entre los ejecutivos asistentes a esta actividad académica es menester destacar la presencia de los señores José Tomás Letelier, Vicepresidente de Asuntos Externos de Kinross; Flavio Fuentes, Gerente de Asuntos Legales y Regulatorios de Compañía Minera Cerro Casale; y Jaime Andrade, Gerente de Asuntos Públicos de Compañía Minera Lumina Cooper Chile S.A. (MLCC). La Universidad por su parte estuvo representada por un equipo de trabajo coordinado por el Profesor Marcelo Díaz, quien ofició de moderador del evento, e integrado por el Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Profesor Rodrigo Pérez, el Sr. Director de la Escuela de Derecho, Profesor Julio Landaeta, los señores directores de los departamentos de Derecho Público y Derecho Privado, profesores Víctor Morales y Raúl Weishaupt, respectivamente, y el Doctor en Derecho Administrativo Profesor Francisco Pinilla, sin perjuicio de la asistencia también de profesores del Departamento de Trabajo Social y del propio Profesor Mario Maturana antes referido.



La metodología empleada fue el coloquio, es decir, una reunión en que se convoca a un número limitado de personas para que debatan un problema, en este caso las derivaciones de la entrada en vigencia el 15 de septiembre pasado del Convenio N°169 de la OIT en los proyectos de inversión minera que se llevan a cabo en la zona, sin que necesariamente haya de recaer acuerdo. El objetivo, como ya se señaló, fue recoger visiones, experiencias, realidades e ideas que permitan avizorar eventuales conflictos y plantear posibles soluciones a los mismos, en el marco de una relación de respeto y mutuo beneficio entre las partes involucradas.

Para que la reunión fuera fructífera se concordó que, sobre la base del documento convocatorio, un académico introduciría cada tema a debatir con una breve exposición, que no podría superar los cinco minutos, para que –con posterioridad- el moderador ofreciera la palabra a los asistentes hasta completar un lapso de discusión no mayor a cuarenta minutos. De todas las ideas formuladas se dejó constancia en un registro de audio digital que será transcrito más adelante e incorporado a una monografía que se pretende publicar con el resultado de la sesión.

Los temas escogidos fueron:

- El Convenio N°169 y la Constitución Política del Estado (¿Supraconstitucionalidad del Convenio?), introducido por el Profesor de Derecho Político y Constitucional Sr. Rodrigo Pérez, candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España).
- El Convenio N°169 y la Ley Indígena (Análisis del Decreto Supremo que regula el artículo 34 de la Ley Indígena sobre consulta y participación), presentado por el Profesor de Derecho Administrativo Sr. Francisco Pinilla, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Y
- ¿Es posible introducir la consulta en el otorgamiento de concesiones mineras y geotérmicas?, introducido por el Profesor de Derecho de Minería y Derecho de Aguas Sr. Víctor Morales, candidato a Magíster en Derecho de Minería por la Universidad de Atacama.

Finalmente, se dejó abierta una última interrogante, a saber, ¿cuáles serían los aspectos principales de afectación de los proyectos de exploración y explotación minera y geotérmica sobre tierras y territorios indígenas?, esto con el fin de poder continuar el diálogo en una futura ocasión, para la cual la Universidad de Atacama manifiesta desde ya su mejor disposición.



---

Desde 1857 en la Enseñanza Minera de Chile  
Desde 1905 en la Formación de Profesores  
Avenida Copayapu N°485 - Copiapó



### **Convocatoria a Coloquio Académico**

*Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 27 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión; sólo 20 años después, el 15 de septiembre pasado, comenzó a regir en nuestro país el Convenio N°169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Una larga tramitación parlamentaria, no exenta de dificultades, concluyó finalmente con la ratificación de este trascendental acuerdo internacional y su ulterior registro ante el Director General de la OIT en septiembre de 2008; hecho que generó su entrada en vigor en nuestro Ordenamiento Jurídico en la fecha referida, atendido lo dispuesto en el artículo 38 del mismo Convenio, de acuerdo con el cual su vigencia en el Estado Miembro de la OIT que lo haya ratificado comenzará doce meses después del momento en que se haya registrado dicha ratificación.*

*El Convenio N°169 tiene su antecedente inmediato en un documento similar de 1957 (el Convenio N°107 de la OIT), se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos y en los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación, y obedece a la evolución del derecho internacional en la materia y a los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, circunstancias que hicieron aconsejable adoptar nuevas normas internacionales, según propia declaración, con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.*

*De acuerdo a su artículo 1, el Convenio N°169 se aplica, en países independientes, a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, siempre que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; así como también a los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.*

*Uno de los ejes fundamentales del Convenio es el establecimiento de la institución de participación y consulta previa a los pueblos tribales e indígenas en la deliberación, planificación y ejecución de iniciativas gubernamentales que a ellos involucren; normativa que introduce un desafío mayor en nuestro Ordenamiento Jurídico, al generar una serie de inquietudes que es preciso*



*resolver para la aplicación en la práctica de las disposiciones del Convenio N°169. Lo anterior, porque -como resulta común en los acuerdos internacionales- la participación y consulta previa no se encuentran delimitadas en el documento en sus aspectos sustantivos, razón por la cual resulta menester discutir la forma y estructura de un procedimiento que de garantías de legitimidad y, a la vez, cautele debidamente los derechos de los pueblos indígenas.*

*Importante es señalar que la institución de participación y consulta previa en los términos consagrados en el Convenio N°169 supone un conocimiento riguroso de la cultura, organización social y forma de vida de los distintos pueblos indígenas, razón por la cual, al hablar de un proceso de participación y consulta de acuerdo al Convenio, es necesario hacer la separación entre el proceso mismo y el contenido de éste. En el caso de los procesos, ellos deben ser consensuados con las comunidades, bajo estándares internacionalmente aceptados. Respecto al contenido, resulta fundamental un estudio antropológico, social y cultural de cada uno de éstas, intentando conocer de la propia fuente la fisonomía y evolución actual de las mismas, a fin de interpretar certeramente sus necesidades y demandas.*

*La institucionalidad chilena recién ha comenzado a enfrentar este desafío. Un ejemplo cercano ha sido la consulta previa para recoger opiniones, críticas y observaciones de los pueblos indígenas a iniciativas legislativas del Gobierno sobre creación de un Consejo Nacional Indígena e implantación de cupos especiales indígenas para la representación parlamentaria y en los consejos regionales. No obstante, no se ha abierto aún un espacio de discusión académico en torno al contenido sustantivo de la participación indígena, esto es, los requisitos que debiera cumplir el proceso de consulta para satisfacer la finalidad para la cual fue creada y sus efectos, particularmente, el carácter vinculante de su resultado; cuestiones que cobran mayor relevancia en temas como la ejecución de proyectos de inversión en territorio indígena. Si bien las disposiciones del Convenio obligan inicialmente sólo a los Estados, también es cierto que los particulares o empresas vinculadas, por ejemplo, a procesos de explotación de recursos naturales en territorio indígena deben tener presente la participación y consulta previa como un elemento fundamental para mitigar el impacto social de sus iniciativas y favorecer el éxito de las mismas; más aún cuando el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Convenio N°169, ha reconocido el carácter autoejecutable de disposiciones relativas a la consulta previa.*

*Es por lo señalado que el Instituto de Derecho de Minas, Aguas y Medio Ambiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, con el patrocinio de la Unidad de Asuntos Indígenas del Ministerio de Minería, ha estimado necesario convocar a un coloquio académico con sus profesores de*



*Derecho Constitucional, Administrativo y de Minería para discutir las inquietudes surgidas y recoger las ideas que, oportunamente procesadas en una monografía, puedan servir de marco orientador para el accionar de los organismos del Estado involucrados en la materia. Con el fin de enriquecer el debate, la Facultad se compromete a invitar no sólo a los representantes de los servicios públicos vinculados al tema, sino también a empresas que están desarrollando y desarrollarán proyectos de inversión en territorios indígenas y a comunidades que estén siendo o puedan ser afectadas por tales iniciativas; nuestra idea es incorporar la experiencia práctica de estos actores a la discusión para así obtener nuevos enfoques o perspectivas de análisis.*

*El evento que se convoca se estructurará a partir de cuatro grandes inquietudes, cada una de las cuales será introducida por un profesor de la Facultad con el objeto de acotar y dirigir la discusión, la cual no deberá superar una hora cronológica, a saber:*

*1.- Incorporación del Convenio N°169 a nuestra institucionalidad. El Convenio N°169 y la Constitución Política del Estado (¿Supraconstitucionalidad del Convenio?).*

*2.- El Convenio N°169 y la Ley N°19.253 o Ley Indígena. Análisis del Decreto Supremo que regula el artículo 34 de la Ley Indígena sobre consulta y participación.*

*3.- ¿Es posible introducir la consulta en el otorgamiento de concesiones mineras y geotérmicas?*

*4.- ¿Cuáles serían los aspectos principales de afectación de los proyectos de exploración y explotación minera y geotérmica sobre tierras y territorios indígenas?*



**Breves apuntes sobre la pregunta**  
**¿Tiene el Convenio N°169 de OIT rango supraconstitucional?**



**Profesor Rodrigo Pérez Lisic**  
**Derecho Constitucional**

1. Como primera consideración, la tesis de la supraconstitucionalidad -es decir, la tesis por la cual los tratados sobre derechos humanos se ubican jerárquicamente por encima de la Constitución- de las convenciones, tratados, pactos, protocolos y otros instrumentos jurídicos internacionales es sostenida en Chile por una minoría de la doctrina jurídica chilena y jurisprudencial o judicial (profesor Humberto Nogueira Alcalá, profesor José Luís Cea Egaña o magistrado Carlos Cerda).
2. Por el contrario, la tesis de la legalidad -es decir, la tesis por la cual los tratados sobre derechos humanos se ubican jerárquicamente bajo la Constitución, en el mismo rango que la ley- de estos instrumentos jurídicos internacionales, constituye la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional chileno. Una prueba de ello es la sentencia Rol N°1.050, de 3 de abril de 2008, en cuya virtud se declara la constitucionalidad del artículo 6° N°1, letra a) y N°2, y artículo 7° N°1, oración segunda, todas ellas del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas. En este control de constitucionalidad del Convenio citado el Tribunal Constitucional verifica, entre otras materias, el hecho de haberse aprobado las disposiciones cuestionadas del tratado de conformidad a los quorumes que exigen las leyes orgánicas constitucionales, es decir, 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (Considerando Décimo Sexto).
3. La naturaleza jurídica del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, es la de una norma programática, que depende de las posibilidades de realización del Estado chileno.



4. Sin embargo, el Convenio tiene un gran poder de orientar la legitimidad política del gobernante, pues impone al Estado chileno un conjunto de deberes que le insta a asumir su cumplimiento progresivamente. El Convenio N°169 es ley de la República de Chile, por lo que apenas se asuman los compromisos que establece esta norma, el Estado chileno ya no podrá retroceder en la calidad de los derechos otorgados so pena de incurrir en responsabilidad internacional frente a la comunidad de Estados partes del Convenio.
5. Otra virtud del Convenio es su aptitud para incrementar la participación ciudadana de los pueblos indígenas y tribales -lo que aumenta los niveles de participación democrática-, aunque jurídicamente no resulten vinculantes para la autoridad. Una prueba de ello es el artículo 6° N°1, letra a), en cuyo mérito se señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deben 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 afectarlas directamente. Otro tanto ocurre con la norma que establece el artículo 7° N°1, en cuya virtud los pueblos interesados pueden participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Este tipo de normas constituyen un importante factor de democratización de los pueblos indígenas y tribales y que para su cumplimiento el gobernante sólo debe empeñar capacidad de gestión.
6. El carácter no vinculante de las consultas a los pueblos interesados fue zanjado por el Tribunal Constitucional en los Considerandos 13 y 14 de su Sentencia Rol N°1.050. La razón que da es su incompatibilidad con los únicos institutos de participación democrática que con carácter vinculante establece la Constitución de 1980: el plebiscito comunal del artículo 118 y el plebiscito que dirime el contenido de un proyecto de reforma constitucional, previsto en el artículo 128.
7. El Convenio N°169 es un tratado sobre derechos humanos que viene a reforzar, tratándose de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, los deberes de promoción de los derechos y los deberes de abstención de lesionar los mismos que tienen los órganos del Estado, de conformidad al artículo 5° párrafo segundo de la Constitución de 1980. Esto resulta evidente en el artículo 3° del Convenio N°169 cuando se declara que tales pueblos gozan plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos y sin discriminación. Del mismo modo se expresa que no deberá emplearse fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales, o bien los derechos que establece el Convenio a favor de los pueblos indígenas y tribales.



## **El Convenio N°169 y la Ley N°19.253 o Ley Indígena. Análisis del Decreto Supremo que regula el artículo 34 de la Ley Indígena sobre consulta y participación**



**Profesor Francisco Pinilla Rodríguez  
Derecho Administrativo**

### **Fuentes normativas:**

- Decreto Supremo N°124, de 4 de septiembre de 2009, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas (Diario Oficial de 23.08.2009)
- Ley N°19.253 de 1993, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Diario Oficial de 05.10.1993).

### **Introducción:**

El art. 34 de la Ley N°19.253 de 1993<sup>1</sup>, establece el deber de los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, de “escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas” que reconoce la ley. Conforme a ello, el Decreto Supremo N° 124 de 2009, establece criterios que intentan unificar y encausar los distintos procesos de consulta pública que deba desarrollar un órgano administrativo determinado. Cabe indicar además, que las reglas del Decreto Supremo N°124 de 2009, se inspiran en los principios que dispone el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Sin embargo, ello no significa que este reglamento constituya un

---

<sup>1</sup> 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.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.



desarrollo normativo directo de dicho convenio a través de la potestad reglamentaria, sino que, a nuestro entender, es indirecto, pues tiene un objetivo preciso: el de dar contenido al art. 34 de la Ley Indígena.

Por su parte, desde una perspectiva general el Decreto Supremo N°124 de 2009 aparece como un estatuto amplio y desformalizado procedimentalmente. Frente a lo cual, los órganos de la Administración del Estado que se encuentren llamados a aplicarlo deben proceder conforme a las reglas generales que rigen a la Administración del Estado, y adecuar a cada caso, una metodología compatible con cada situación.

Por lo tanto, el objetivo del Decreto Supremo N°124 de 2009 ha sido introducir el procedimiento de consulta ante los casos en que una medida legislativa o administrativa pueda afectar de manera directa a los pueblos indígenas, pudiendo implicar una vinculación con las tierras indígenas o áreas de desarrollo o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables, tal como prevé el art. 7 del Decreto Supremo N°124 de 2009.

No obstante, la entrada en vigor del Decreto Supremo N°124 de 2009 ha supuesto algunos desafíos entorno a la amplitud y relevancia del procedimiento de consulta propuesto por el Reglamento. Dichos desafíos podrían identificarse en atención a las siguientes cuestiones que pasamos a plantear.

### **Cuestiones para el debate:**

1. ¿Sobre qué aspectos o materias recae el procedimiento de consulta que regula el Decreto Supremo N°124, de 2009?
2. ¿Dispone de un procedimiento de consulta el Decreto Supremo N°124 de 2009?
3. ¿Es facultativo para la Administración implementar un procedimiento de consulta a las organizaciones indígenas?
4. ¿Es vinculante para la Administración la opinión consultada a las organizaciones indígenas?
5. ¿Procede el procedimiento de consulta ante las propuestas de proyectos de inversión?



**Resumen de planteamientos en el marco de “Coloquio: Convenio OIT N° 169 sobre Derechos de Pueblos Originarios”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama. Noviembre 2009**



**Profesor Víctor Morales Cortés  
Derecho Minero**

Se me pide responder la siguiente pregunta: ¿Es posible introducir la consulta (a los pueblos originarios) en el procedimiento de concesiones mineras?

La opinión que se me pide dar, se refiere a la forma de aplicar en Chile una parte de un artículo del Convenio OIT N°169. Dicho artículo, que es el 15 N° 2, dispone lo siguiente: *“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 la 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 que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las 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”.*

La respuesta es que no es posible en los términos planteados en la pregunta; pero lo sería de otras formas, si se interpreta, es decir, si se lee correctamente la referida disposición en relación con nuestro Orden Jurídico minero, como trataré de explicar a continuación:

1.- Como primera cuestión previa a despejar debe señalarse que la pregunta formulada lleva a equívocos, por cuanto aquello (“introducir la consulta en el procedimiento concesional minero”) no es lo que exige el artículo 15 N° 2 del Convenio, o sea, no se requiere que el procedimiento concesional minero sea modificado, sino que “el Gobierno” asegure un proceso de consulta para autorizar programas de prospección o explotación minera en territorios indígenas. Dicho



proceso, como veremos, puede ser paralelo o posterior al otorgamiento de la concesión minera.

2.- Una segunda cuestión que debe aclararse es que a través del procedimiento de constitución de concesión minera chileno sólo se otorga un título (derecho real), que es un requisito previo para desarrollar labores mineras y que no siempre significa autorización para realizar tales labores mineras en el terreno.

Para graficar mejor lo señalado anteriormente, he de decir que, por ejemplo, según nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque una persona o empresa tenga constituida una concesión minera en un determinado lugar, para llevar a cabo un **“proyecto de desarrollo minero”**, se requiere someterse previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y aprobarlo (Artículo 10 letra i) de la Ley N°19.300). Pero más aún, siguiendo con el ejemplo, si dicho proyecto presenta **“Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”**, debe someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, que es un procedimiento que contempla un proceso obligatorio de **participación o consulta ciudadana, y aprobación de la Autoridad** (Artículos 10 y 11 de la Ley N°19.300).

En el mismo sentido gráfico, si el concesionario minero desea realizar labores mineras en un **“lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales”** deberá obtener permiso escrito del Intendente. (Artículo 17 N°2).

Así entonces, de los ejemplos antes dados (y existen muchos más) podemos despejar esta segunda cuestión, esto es que no debe confundirse la “concesión minera” con la realización efectiva de “labores mineras”; aquello sería como confundir el derecho de formar una sociedad y abrir giro ante el Servicio de Impuestos Internos para instalar un restaurante, con obtener todos los permisos sanitarios, municipales, laborales y otros y efectivamente abrir el restaurante.

3.- En tercer término, si pese a lo antes señalado continuamos con la idea de introducir la consulta en el procedimiento de constitución de concesiones mineras, nos encontraremos con que nuestra Constitución Política (Artículo 19 N° 24 inciso 7°) dispone que dichas concesiones **deben constituirse siempre por resolución judicial (Tribunales Ordinarios de Justicia, no Gobierno)**, mandato que se repite en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, agregando que el procedimiento que se seguirá ante dichos tribunales se hará: **“sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona”**. (Artículo 5° Ley N° 18.097). Si a esto se suman otras normas constitucionales y disposiciones de la citada ley



orgánica, que para su modificación requieren quórum o mayorías muy elevadas de parlamentarios, podemos hacernos una idea de lo difícil que resultaría obtener una modificación, de la señalada naturaleza, en procedimiento concesional minero, pese a que éste se encuentra regulado en detalle en el Código de Minería que tiene rango de ley ordinaria.

Debe tenerse en cuenta que, para bien o para mal, la actividad minera en Chile es la única actividad económica tratada a nivel constitucional, elevada implícitamente a la categoría de estratégica, declarándose un “interés público” por su desarrollo y protegida jurídicamente por acciones constitucionales; de ahí entonces la necesidad de este debate.

No es del caso detenerme en este último tema en el presente resumen de ideas, sino solo para decir que, en todo caso, tomando en consideración que la concesión minera es un “título que contiene un derecho real” (cosa incorporal, intangible) que todos deben poder adquirir (artículo 19 N°23 de la Constitución Política), entonces la aplicación correcta del Convenio OIT N°169, artículo 15 N°2, debiera referirse al ejercicio de las facultades que dicho derecho otorga.

Por lo demás, modificar el procedimiento de constitución concesional minero significaría necesariamente enmendarlo completamente en cuestión de plazos fatales (múltiples), caducidades, características esenciales del mismo procedimiento como la de ser “no contencioso”, la de ser breve, las referidas a cargas procesales y pecuniarias del peticionario, la de realizar publicaciones en un diario minero, en fin, adecuar muy probablemente el sistema o “datum” referido a las coordenadas UTM que rigen la cartografía minera, o sea, prácticamente significaría redactar un nuevo Código en cuanto a procedimiento concesional y otros aspectos, presentar el proyecto, que se apruebe en ambas Cámaras del Parlamento, y ponerlo en vigencia; cuestión que no se concibe sino entendiendo que el Convenio OIT N°169 es un mandato programático para el Estado chileno, programa que podría tomar varios años o decenios en encontrar aplicación práctica; sin perjuicio de las modificaciones que requeriría el Reglamento del Código de Minería.

4.- Por último en cuanto consideraciones previas, he de decir que si nos ponemos, como en los números anteriores, de cara a las dificultades u oposiciones jurídicas a la aplicación del Convenio sobre el tema de la consulta, el requisito en cuestión debe confrontarse con la llamada “garantía de las garantías” (Artículo 19 N°26 de la Constitución Política), esto es, en términos muy generales, saber si no se hace extremadamente dificultoso o irrealizable el derecho del minero, garantizado por la Constitución; cuestión que parece, en principio, salvarse bien, al menos respecto de las grandes empresas, a la luz de fallos del Tribunal Constitucional. Lo anterior



se refuerza por la propia Constitución, en una parte todavía (en mi humilde juicio) sub usada, como lo es la defensa de la “función social de la propiedad”, cuestión que podrá explicar mejor el profesor Pérez Lisicic, por su experticia en el tema.

En todo caso, creo que la aplicación de la norma en cuestión del Convenio debe pasar por la dictación de una ley simple, atendida la última norma constitucional citada.

### **Fórmulas de aplicar la consulta a proyectos de prospección y explotación mineras:**

Dicho lo anterior, resta ver la manera de aplicar la consulta a los pueblos o comunidades indígenas afectadas. Por razones de extensión de estas anotaciones o apuntes de ideas, expondré mis planteamientos sólo de manera enunciativa, pues su desarrollo deberá ser parte del coloquio que aquí sostenemos con miras a consolidar propuestas serias que sirvan como referentes en otras necesarias instancias de diálogo.

- A) He de comenzar con la que me parece es la fórmula más simple de solución, y que sin modificar el procedimiento de constitución de concesiones mineras, puede encontrar una rápida aplicación real.

El artículo 17 del Código de Minería, contiene determinados requisitos para realizar labores mineras efectivas. Dispone que en ciertos lugares, como zonas cercanas a población, playas, parques nacionales, zonas de interés científico o histórico, recintos militares, y otros varios, debe obtenerse permiso escrito de ciertas autoridades públicas. Se trata de una norma que contiene 6 numerales, en cada uno de los cuales se indica el tipo de lugar y la autoridad a la que debe pedírsele el correspondiente permiso.

Mi idea es proponer al Legislador dictar un artículo único que agregue un numeral al artículo 17, en un sentido como el que paso a proponer:

“Art. 17 N° 8: Del Alcalde (o Gobernador) respectivo, para ejecutar labores mineras en lugares declarados como “tierras o territorios indígenas”, permiso que no podrá ser concedido sino previo proceso de consulta participativa y debidamente informada de los miembros de dichas comunidades o pueblos.”

Podría agregarse un inciso segundo - o uno transitorio a la respectiva ley - que en su espíritu disponga lo siguiente:



“Los procesos de consulta participativa referidos en el inciso anterior, deberán establecerse mediante Decreto Supremo, previa cuya dictación se abra un periodo de participación ciudadana informado y nacional, en los términos contemplados en la Ley N°19.300 para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a lo dispuesto el Artículo 15 N° 2 del Convenio OIT N° 169”.

- B) También sería factible, atendido el concepto de “Medioambiente” contenido en el artículo 2° de la Ley 19.300 , que expresa que uno de los factores incluidos en el mismo concepto es el “sociocultural” (lo que se refuerza en otras disposiciones de la misma ley, como el ya citado artículo 11), introducir una disposición en dicha ley que disponga el sometimiento a Estudio de Impacto Ambiental, con el subsecuente proceso (vigente) de participación ciudadana, aplicado en particular a los pueblos originarios.
- C) Otro tanto, en el mismo sentido anterior, puede además incorporarse como norma al sistema de establecimiento o modificación de “Planes Reguladores Comunales”, en cuanto incorporar el requisito de solicitar permiso al Alcalde para desarrollar proyectos mineros, incluyendo procesos de consulta a comunidades indígenas que, por lo demás, ya existen en tales procedimientos.

### **Comentario final:**

No creo que ninguna de las fórmulas propuestas pueda seriamente llevarse a la práctica (ni políticamente, ni jurídicamente) si no existe la “certeza jurídica” necesaria en cuanto a la determinación mediante “declaración formal” de los territorios (líneas de base) comprendidos en el Convenio, con precisión de coordenadas UTM, como se exige a la industria minera para amparar o resguardar sus derechos frente al resto de la comunidad nacional.

Los Pueblos Originarios requieren que sus derechos se hagan cumplir, tanto en materia de tierras, aguas, recursos no renovables y todos los derechos garantizados por nuestro Ordenamiento Jurídico. Es preciso entonces que la comunidad nacional incorpore realmente en su cultura nociones básicas como la “función social de la propiedad”, y la “protección de nuestro patrimonio”; pero para que ello ocurra los Poderes Públicos deben adelantarse no solo en la medida que los compromisos internacionales lo exijan, sino en posibilitar que tales derechos y compromisos sean eficaz y efectivamente realizados en tiempos lógicos y de manera justa.

Es cuanto puedo reseñar en este documento.



## Nómina de Participantes

OSCAR IGNACIO SALAS CASTRO	<a href="mailto:oscar.salas@mop.gov.cl">oscar.salas@mop.gov.cl</a>
MAURO CESAR CAMPOS GUTIERREZ	<a href="mailto:campos.mauro@gmail.com">campos.mauro@gmail.com</a>
PAZ GONZALEZ JARA	<a href="mailto:pgonzalez@mineracasale.cl">pgonzalez@mineracasale.cl</a>
CARLA ANNABELLA ROUSSEANE ASTE	<a href="mailto:crousseann@mineracasale.cl">crousseann@mineracasale.cl</a>
ANA MARIELA RIQUELME TORRES	<a href="mailto:ariquelm@unap.cl">ariquelm@unap.cl</a>
PATRICIO PINTO CASTRO	<a href="mailto:ppinto.3@conama.cl">ppinto.3@conama.cl</a>
LUIS HERNAN ROJAS DA SILVA	<a href="mailto:lrojas@minmineria.cl">lrojas@minmineria.cl</a>
JORGE CAMPILLAY RAMIREZ	<a href="mailto:icampillay@interior.gov.cl">icampillay@interior.gov.cl</a>
VENAY AGUIRRE MATURANA	<a href="mailto:vaguirre@interior.gov.cl">vaguirre@interior.gov.cl</a>
PATRICIO ORLANDO ARAYA VARGAS	<a href="mailto:paraya@indap.cl">paraya@indap.cl</a>
JOSE TOMÁS LETELIER	<a href="mailto:jose.letelier@kinross.com">jose.letelier@kinross.com</a>
XIMENA MATAS QUILODRAN	<a href="mailto:ximena.matas@kinross.com">ximena.matas@kinross.com</a>
EUGENIO BENITEZ GONZALEZ	<a href="mailto:Eugenio.benitez@maricunga.cl">Eugenio.benitez@maricunga.cl</a>
CAROLINA FLORES	<a href="mailto:carolina.flores@kinross.com">carolina.flores@kinross.com</a>
ANGELA CAÑUPAN LLANQUILEO	<a href="mailto:acanupan@conadi.gov.cl">acanupan@conadi.gov.cl</a>
GABRIEL CARDOZO BORDONES	<a href="mailto:collagabriel@hotmail.com">collagabriel@hotmail.com</a>
ALICIA ANDREA TORRES APABLAZA	<a href="mailto:apablazabogado@gmail.com">apablazabogado@gmail.com</a>
MARCOS MOSCOSO CEBALLOS	<a href="mailto:Moscoso@minmineria.cl">Moscoso@minmineria.cl</a>
JUAN HUENULAO GUTIERREZ	<a href="mailto:jhuenulao@minmineria.cl">jhuenulao@minmineria.cl</a>
VIVIANA LIBERONA ALEGRIA	<a href="mailto:vliberona@interior.gov.cl">vliberona@interior.gov.cl</a>
MAGLIO PATRICIO CISTERNA PIAZZOLI	<a href="mailto:magliocisterna@gaci.com">magliocisterna@gaci.com</a>
ZOILO GERONIMO ESCALANTE	CEL 86709754
ALONSO CEPEDA ANTOINE	<a href="mailto:cepeda.alonso@gmail.com">cepeda.alonso@gmail.com</a>
HECTOR SERGIO SALINAS CORTEZ	CEL 81737528
B. ROJAS CAMPUSANO	<a href="mailto:berojas@indap.cl">berojas@indap.cl</a>
FERNANDA CORNEJO MUÑOZ	<a href="mailto:fcornejo@uda.cl">fcornejo@uda.cl</a>
MARIA CRISTINA GONZALEZ CAMPOS	<a href="mailto:cristina.gonzalez@uda.cl">cristina.gonzalez@uda.cl</a>
MARIO MATURANA CLARO	<a href="mailto:mario.maturana@uda.cl">mario.maturana@uda.cl</a>
RODRIGO PEREZ LISICIC	<a href="mailto:rodrigo.perez@uda.cl">rodrigo.perez@uda.cl</a>
VICTOR MORALES CORTES	<a href="mailto:victor.morales@uda.cl">victor.morales@uda.cl</a>
FRANCISCO PINILLA RODRIGUEZ	<a href="mailto:fpinillar@gmail.com">fpinillar@gmail.com</a>
MARCELO DIAZ SUAZO	<a href="mailto:marcelodiazsuazo@vtr.net">marcelodiazsuazo@vtr.net</a>
FLAVIO FUENTES	
JAIME ANDRADE	
RAÚL WEISHAUPH HIDALGO	