

CARRASCO MATAS, F. (2017) EL DERECHO MINERO ANTE LA NORMATIVA INDÍGENA INTERNACIONAL SANTIAGO: EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO.

Cristóbal Carmona Caldera

Doctorando en Derecho, Universidad Diego Portales, Chile

A pesar de los conocidos impactos que tiene la industria minera para los pueblos indígenas de nuestro país -*e.g.*, contaminación de cuerpos de agua; desecación de humedales; destrucción de sitios patrimoniales, etc.-, la relación entre la legislación que regula dicha industria y la normativa que contiene los derechos de estos pueblos, ha sido más bien escasa. Se entendía, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que ambas áreas trataban de cuestiones diversas, por lo que ni siquiera se planteaba la posibilidad de una antinomia; ello, evidentemente, derivaba en una aplicación lisa y llana del derecho minero a situaciones en las que se veían comprometidos derechos indígenas.

Así, por ejemplo, un estudio de jurisprudencia realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el año 2009, indicaba cómo los tribunales, frente a la superposición entre la Ley N°19.253 (Ley Indígena) y los procesos concesionales mineros y eléctricos, en vez de resolver la “colisión normativa”, sencillamente “no se pronuncian sobre ello y hacen aplicación estricta de las normativas referentes a las concesiones revisadas”¹. En el mismo sentido, elaborando acerca del dictamen de Contraloría en el que se declaraba que las concesiones eléctricas no eran una “cuestión indígena” que debiese ser consultada, Fernández y De la Piedra llegaron a afirmar que dicho juicio “podría ser aplicable no sólo a las concesiones eléctricas, sino también a las mineras (...) constitución de servidumbres, etc., por cuanto dichos procedimientos corresponderían a materias mineras (...) pero no a cuestiones

¹ Castro & Vergara (2009) 135.

indígenas”². Asimismo, aunque con un matiz diverso, puede recordarse que en el primer fallo sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (Convenio), el Tribunal Constitucional -en su sentencia Rol N°309-2000- intentó asimilar el Derecho a Consulta Previa (art. 15N°2) con las autorizaciones que requiere el art. 17 del Código de Minería (C. 70°) y con el procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, “el que -decía- garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos” (C. 71°). A ello, al fin, habría que agregar el enfoque “sectorializante” que sostuvieron las autoridades políticas de la época, según el cual se entendía que -a decir de Contesse y Lovera- “en materia de derechos de los pueblos indígenas, las leyes sectoriales vigentes al momento de la promulgación del Convenio permiten traducir en clave legal doméstica los estándares del mismo”³.

Estos razonamientos eran, por supuesto, erróneos. Así, en los últimos años diferentes cortes han resuelto casos relativos a concesiones o servidumbres mineras -sea en contra o a favor de comunidades indígenas- aplicando las normas del Convenio; la homologación que hiciera aquella vez el TC entre el derecho a consulta y los procedimientos internos -fuese respecto de la Participación Ciudadana ambiental, el art. 34 de la Ley Indígena o los procedimientos de oposición en la constitución de concesiones mineras- ha sido desvirtuada por el establecimiento de procedimientos consultivos en materia ambiental, administrativa y concesional; y ya la Corte Suprema ha señalado que se debe aplicar un proceso de consulta previa a la constitución de servidumbres mineras (Rol N°6628-2015; 04.05.2016).

Aun cuando incipiente, la comprensión de que ambas normativas se superponen en sus respectivas regulaciones genera una serie de preguntas relacionadas con cómo implementar, coordinar y armonizar sus instituciones respectivas. En este escenario, el libro de Felipe Carrasco supone una importante contribución al debate sobre este tópico y el debate que vendrá.

² Fernández & De la Piedra (2011) 116.

³ Contesse & Lovera (2011) 127.

Carrasco comienza su libro pareciendo compartir la concepción ya criticada sobre las relaciones entre normativa indígena y legislación minera, en el sentido de que, “hasta hace poco tiempo” ambas áreas “se encontraban delimitadas”, siendo “un tema pacífico que nada tenían en común” (p. 16). Sin embargo, deja de lado dicha caricaturización, para sostener que la hipótesis de su trabajo “es que las normas que han reconocido derechos a las minorías indígenas han modificado las reglas para hacer minería” (p. 17), creando, básicamente “un nuevo marco regulatorio” (p. 18). Por lo mismo, su trabajo busca “establecer los límites o condiciones de borde donde operaría la normativa indígena respecto al derecho minero y sus instituciones relacionadas” (p. 18). Esta sola intención sirve ya para poner de manifiesto la importancia y novedad de la obra, pues es escasa la doctrina que haya acometido una empresa semejante, contentándose la que ha tratado el tema, por lo general, en buscar interpretaciones que, o minimicen la eficacia del derecho indígena frente a la legislación minera o la supediten a una eventual adecuación legislativa.

El autor aborda la tarea enunciada siguiendo una estructura relativamente simple -aunque no por ello inadecuada-: muestra, primero, las principales características de las instituciones mineras y ambientales (relacionadas con la minería), para luego efectuar una extensa revisión sobre los fundamentos e instrumentos del derecho indígena, y terminar finalmente analizando las relaciones entre ambas normativas. Esta estructura, aunque le reste algo de asertividad al trabajo, genera el valor de que puede ser entendido por el público jurídico amplio, no necesariamente especialista en alguna de las dos ramas que concentran la atención del autor.

Decía, entonces, que el libro comenzaba analizando las principales instituciones necesarias para el desarrollo de la industria minera, cuestión que efectúa en su Capítulo II. En éste, Carrasco se detiene a examinar el dominio y la concesión minera, la servidumbre minera, el derecho de aprovechamiento de aguas y la institucionalidad ambiental. Cabe relevar el enfoque que utiliza el autor en el tratamiento de algunos temas, en donde más que defender su propia postura -o, en última instancia, adherir a alguna de las descritas- frente a cuestiones como, por ejemplo, el dominio minero o la naturaleza jurídica de

la concesión, se limita a exponer las diferencias doctrinarias que existen entre Vergara Blanco, por un lado, y Ossa Bulnes y Lira Ovalle, por otro. Esta decisión tendrá consecuencias cuando se pase a abordar las relaciones entre las dos legislaciones, como se explicará más adelante.

Una vez delineadas las instituciones de la industria minera, Carrasco Matas dedica los dos próximos capítulos del libro *-i.e.*, los capítulos III y IV- a la exposición del “derecho indígena”. Así, el Capítulo III, cuyo objeto es el tratamiento de los temas más relevantes para su trabajo que genera la relación entre el “derecho” y los “pueblos indígenas”, parte con una distinción necesaria entre el “derecho de los pueblos indígenas” y el “derecho indígena”, entendiendo por el primero aquello que lo que la doctrina denomina como “derecho propio indígena”, y por el segundo, aquella “porción del ordenamiento jurídico que regula a un grupo de individuos que tienen características personales especiales (ser o descender de pueblos originarios)” (p. 134). Y es a este último al que, naturalmente, aboca su atención. En esta línea, analiza -aunque no, quizás, con la profundidad que se requeriría- el fundamento de este derecho, su evolución en el contexto internacional, el derecho de auto determinación, entre otros tópicos. Llama la atención, eso sí, el espacio que le dedica en este capítulo a dos temas específicos. El primero, es aquel referido a las fuentes y justificaciones teóricas del multiculturalismo; y es que aun cuando es un tema interesante y contribuya a una comprensión integral del fenómeno en estudio, su extensión hace perder un poco el hilo de lo que es la reflexión central del libro. El segundo, es su exposición del “título indígena” en su faz de título histórico, toda vez que, como reconoce el mismo autor, dicho tipo de título no existió respecto de las comunidades del norte del país, las que han sido tradicionalmente las receptoras de los impactos de la industria y, por ende, aquellas cuya titularidad de derechos supone un desafío mayor para la legislación minera. A pesar de ello Carrasco Matas dedica varias páginas a la constitución de la propiedad mapuche, desde la radicación hasta todo el período de división de la propiedad comunitaria, todas cuestiones que pareciesen alejarse del hilo conductor de la investigación.

Siguiendo en la temática indígena, el Capítulo IV aborda la normativa nacional e internacional en la materia, enfatizando cómo la emergencia de los derechos

humanos ha sido la que finalmente ha producido un cambio en las relaciones del derecho occidental con los pueblos indígenas. Comienza tratando someramente los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), tratamiento respecto del cual se echa en falta las observaciones y recomendaciones que han efectuado sobre estos tratados sus respectivos órganos de control -a saber, el Comité de Derechos Humanos y el Comité DESC-, los que en las últimas décadas han sido los encargados de aplicar los derechos contenidos en ambos pactos internacional a los pueblos indígenas⁴. Dicha omisión no se repite cuando se detiene en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues puede encontrarse una correcta descripción de la recomendaciones y jurisprudencia tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que se refiere a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Luego de una sucinta revisión de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Carrasco se detiene en el Convenio. Dada la relevancia de este instrumento para los temas concernientes al objeto del libro, no es extraño que el autor dedique una buena parte del capítulo a su análisis. Así, se examina su historia, objeto y contenido, estudiando especialmente las normas referidas a tierras y recursos naturales y al derecho a consulta. El capítulo termina con un análisis un tanto más escueto de la normativa nacional atingente, a saber, la Ley Indígena; la Ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el Reglamento General de Consulta, entre otras.

El Capítulo V es, al fin, es más relevante de la investigación, pues trata, precisamente, de las “relaciones entre el derecho minero y las instituciones necesarias para el ejercicio de la minería con el derecho indígena”, como señala su título. Acá, de nuevo, el autor resalta el momento actual de las relaciones entre ambas normativas, las cuales “toman contacto, influyéndose respectivamente, lo cual obliga a redefinir muchas de sus instituciones cuando se encuentra presente el elemento indígena” (p. 319), sea modificando el derecho minero propiamente tal, o a las instituciones que sirven de apoyo

⁴ Ver Saul (2016).

para el desarrollo del negocio. Metodológicamente, el capítulo sigue el esquema expositivo utilizado en el Capítulo II, aplicándosele a las materias allí tratadas los conceptos estudiados en el Capítulo III y la normativa revisada en el Capítulo IV. De esta forma, se analizan las relaciones entre el derecho indígena y (i) el dominio y las concesiones mineras; (ii) las servidumbres mineras; (iii) derechos de aguas; y (iv) el derecho ambiental. De estos tópicos, sin duda los más interesantes -por novedad y contenido- son aquellos referidos a (i) y (ii).

En lo concerniente al dominio minero y las concesiones mineras, el análisis sigue el método utilizado en el Capítulo II, distinguiendo que en función de la teoría doctrinal que se siga, si la de Ossa y Lira o la de Vergara Blanco, se determinarán las modificaciones a las normas de derecho minero pertinentes. Así, por ejemplo, bajo la posición de este último profesor se “abre la posibilidad de fundar una ‘propiedad’ indígena minera” (p. 349). En el mismo sentido, bajo la doctrina también de Vergara Blanco sobre la *naturaleza administrativa* de las concesiones mineras, “la aplicación del art. 6 del Convenio estatuye una nueva obligación al juez, el cual debe hacerse cargo argumentativamente del proceso de consulta indígena” (p. 359). Y aun cuando el estándar de “afectación directa” que propone Carrasco Matas para hacer procedente la consulta es excesivamente alto, no deja de ser notable que aborde derechamente el cómo y cuándo se debiese efectuar la consulta dentro del procedimiento concesional; al respecto, vale citar *in extenso* su conclusión:

De esta manera cambia el carácter de procedimiento sumamente reglado de la concesión minera (...) y se matiza la falta de discrecionalidad del Tribunal, ya que este debe hacerse cargo argumentalmente del proceso de consulta, teniendo presente la legislación minera nacional y las obligaciones en materia de derechos humanos indígenas que ha adquirido el Estado de Chile a nivel internacional (p. 361).

En materia de servidumbres pasa algo parecido, aunque sin depender de una teoría doctrinal determinada. Acá, las modificaciones implican que, ante una constitución judicial de servidumbre en tierra o en territorio indígena, no solo se debiese emplazar a la comunidad, sino que también notificar a CONADI, para dar cumplimiento a la obligación impuesta en el art. 13 de la Ley

Indígena, relativa a la autorización del gravamen, pudiendo el juez denegar la servidumbre en caso de incumplimiento de la normativa indígena. Si se trata, en cambio, de una servidumbre por acuerdo entre las partes, la falta de autorización de CONADI constituye un vicio de nulidad absoluta del acuerdo.

Al fin, el libro termina, en su Capítulo VI, con algunas breves conclusiones sobre los temas tratados.

Por supuesto, no todas las argumentaciones del autor parecen adecuadas; vale subrayar someramente dos de ellas. Por una parte, el análisis y tratamiento que hace de la doctrina de la “autoejecutabilidad/no autoejecutabilidad” de ciertas normas del Convenio, no solo contiene desprolijidades técnico-jurídicas importantes -*e.g.*, atribuir su origen al derecho internacional (p. 253) cuando en realidad proviene de la jurisprudencia norteamericana, o indicar que la “no autoejecutabilidad” es la “norma general en derecho internacional público” (p. 253), cuando es precisamente todo lo contrario (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)-; sino que, además, incurre en una aplicación mecánica de esta teoría sin hacerse cargo de los numerosos problemas que supone. Por ejemplo, en un número no menor de ocasiones, hace referencia a la “no autoejecutabilidad” del art. 15N°2, según fuera declarada por el TC (p. 267) y sin ahondar o presentar razones adicionales. Al proceder de esta forma, el autor no se hace cargo de (a) lo arbitrarias que son las apreciaciones del tribunal a este respecto; (b) del hecho que la *ratio decidendi* del TC no es vinculante -esto es, no obliga a otros tribunales ni órganos de la Administración-; y del hecho no menor que (c) ni el propio Tribunal Constitucional ni la Corte Suprema, han seguido esta línea jurisprudencial. Todavía más, esta última ha llegado a declarar, en relación con la procedencia del Derecho a Consulta durante el procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, que la consulta y el derecho a participar en los beneficios -ambos, se sabe, contenidos en el artículo 15N°2 y respecto de los cuales Carrasco Matas ha señalado que no proceden en un procedimiento de constitución de servidumbre (p. 387)- constituían una “obligación directa” para el Estado (Rol N°6628-2015; 04.05.2016). El

resultado de esto es que las aserciones del autor que descansan en dicha clasificación aparecen como injustificadas.

Por otra, vale reparar -aunque sea muy sucintamente- en una cuestión metodológica. Y es que, a pesar de que en el Capítulo V se interpreten frecuentemente las distintas normas del Convenio, en ningún caso se utiliza para ello las reglas de interpretación correspondientes, cuales son, los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que hace que, indefectiblemente, muchas de sus conclusiones descansen sobre supuestos erróneos. Por ejemplo, analizando el art. 15Nº2 del Convenio, el autor llega a inferir que cuando este se refiere a “autorizar”, está queriendo referirse a “autorización administrativa”; ello se basaría en el hecho de que, bajo las teorías de los profesores Ossa y Lira, el procedimiento concesional sería siempre judicial; y dado que -para Carrasco- no puede haber procesos de consulta en sede judicial, colige que, cuando el Convenio habla de “autorización”, está queriendo decir “autorización administrativa”. El resultado práctico de dicha lectura es excluir -bajo la teoría de los mentados académicos- la consulta de las concesiones mineras. El problema con dicha conclusión es que se alcanza sin respetar las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena, las que, de aplicarse, darían un significado completamente distinto al asunto debatido.

Con todo, las observaciones precedentes no ocuyen el valor teórico y práctico de muchas de las argumentaciones desplegadas por Carrasco, aunque fuese por el solo hecho de ser de los primeros que aborda directamente estos temas e identifica concretamente qué modificaciones supone la aplicación de la normativa indígena a las instituciones mineras. Así, innegablemente el libro es un aporte y referencia inevitable para una discusión informada y argumentada en torno a la implementación del derecho indígena en el contexto del desarrollo de la industria minera.

Referencias Bibliográficas

Castro, M. y Vergara, J. (Eds.) (2009) *Jurisprudencia indígena. Cosmovisión y legislación*. Santiago: Ministerio de Justicia, Programa de Antropología

jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- Contesse, J. y Lovera, D. (2011) “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento” en *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 127-151.
- Fernández, A. y De la Piedra, C. (2011) “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias” en *Estudios Públicos* (121), 71-132.
- Saul, B. (2016) *Indigenous Peoples and Human Rights. International and regional jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing.