



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl



El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras: un comentario a la sentencia Rol N°91-2017 (acumuladas 92-2017 y 93-2017) de la Corte de Apelaciones de Copiapó

The duty to consult mining concessions and easements: a commentary on the judgement Rol N°91-2017 (accumulated 92-2017 & 93-2017) of the Court of Appeals of Copiapó

Cristóbal Carmona Caldera*  <https://orcid.org/0000-0002-6083-3640>

*Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Investigador. Mg. en DD. HH. y democratización, U. Nacional de San Martín

 cristobal.carmonac@mail.udp.cl



Resumen:

Se analiza la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó el 12 de diciembre de 2017, por la cual se rechaza una alegación de una comunidad indígena, relativa a la procedencia de la consulta de manera previa a la constitución de una servidumbre minera, estimando que dicha obligación no era aplicable, puesto que tanto las concesiones como las servidumbres mineras se otorgan por resolución judicial, la que no sería una "medida legislativa o administrativa" como requiere el art. 6 del Convenio 169 de la OIT. Esta decisión, se argumentará, es incorrecta, por cuanto se basa en la regla general de consulta del art. 6 y no en la regla especial del art. 15 N° 2 del mismo tratado, que es la que correspondía aplicar. La utilización de esta última norma habría sido decisoria para el resultado del juicio, además de contribuir a la solución del fenómeno actual de "desplazamiento" de las controversias sustantivas por las discusiones procedimentales, que se da a propósito del derecho a consulta.

Palabras Clave: Derecho a consulta; Concesiones y servidumbres mineras; Derechos sustantivos de los pueblos indígenas.

Abstract:

The sentence issued by the Court of Appeals of Copiapó on December 12 is analyzed, 2017, which rejects an allegation of an indigenous community, regarding the applicability of the duty to consult prior to the constitution of a mining easement, ruling that the consultation was not applicable, since both the mining concessions and easements are granted by judicial resolution, which is not a "legislative or administrative measure" as required by art. 6 of ILO Convention 169. This decision, it will be argued, is incorrect because it was based in the general rule of consultation of art. 6 and not in the special rule of art. 15 N°2 of the same treaty, which is the applicable rule for authorizations of exploration and exploitation activities. The use of this last norm, it would have been decisive for the outcome of the trial, and it would have contributed to the solution of the current phenomenon of "displacement" of substantive controversies by procedural discussions, that occur in the context of the right to consultation.

Keywords: Right to prior consultation; Mining concessions and easements; Substantive rights of indigenous peoples.

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2018 | Fecha de aceptación: 04 de junio 2019

Introducción

Hace ya unos años, el jurista colombiano Rodríguez Garavito (2012) notaba cómo la judicialización de las reivindicaciones indígenas a través del derecho a una consulta previa libre e informada, si bien proporcionaba la posibilidad de ralentizar la ejecución de proyectos de inversión en territorio indígena, terminaba diluyendo y desplazando los reclamos colectivos de estos pueblos y convirtiéndolos, al menos parcialmente, en observaciones procedimentales (Rodríguez Garavito, 2012, p. 23); de esta forma, indicaba el autor, *“los pasos procesales de la consulta desplazan, reemplazan o aplazan los conflictos sustantivos”* (Rodríguez Garavito, 2012, p. 57).

Una somera mirada a la jurisprudencia nacional sobre Consulta Indígena, basta para dar cuenta de cómo este efecto de *“desplazamiento”* ha operado en nuestro país. Así, desde los casos iniciales de invalidación de Resoluciones de Calificación Ambiental vía recurso de protección (Durán Soto, 2014), hasta los debates actuales en el contencioso administrativo ambiental, han girado en torno cuestiones eminentemente *“procesales”*: ¿es la participación ciudadana homologable a la consulta? ¿Ha realizado o no el Estado los *“esfuerzos necesarios”* para lograr el consentimiento de la comunidad afectada? ¿Es el recurso de protección la vía idónea para reclamar por la vulneración de este derecho? ¿Se ha observado una metodología adecuada para el levantamiento de información? Todo ello, mientras se ignora la controversia principal en estas causas, cual es, si la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas es compatible con el emplazamiento de un proyecto de inversión en su territorio.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó (2017, 91-2017) que es objeto del presente comentario, continúa reproduciendo este efecto de *“desplazamiento”*, aunque desde una sede y de una forma diversa. En este fallo, la Corte confirmó con declaración la sentencia del 2º Juzgado de Letras de Copiapó (2016, C-16-2012) (Juzgado), acogiendo la demanda de constitución servidumbres mineras deducida por la Compañía Minera Cerro del Medio SCM (Compañía) en contra del Fisco de Chile, pero reduciendo el monto de indemnización que se había fijado por el tribunal de primera instancia. Junto a ello -y en lo que importa para el presente comentario-, el tribunal de alzada rechazó el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Indígena Colla de Río Jorquera y sus afluentes (Comunidad), confirmando la decisión de primera instancia de negar la procedencia de la Consulta de manera previa a la constitución de la servidumbre e indicando que tampoco correspondía efectuar dicho procedimiento consultivo en el caso de las concesiones mineras.

Con ciertos matices, la Corte y el Juzgado coincidieron en basar su decisión sobre la consulta en una razón *puramente formal*: la resolución judicial por la cual se constituyen las concesiones y servidumbres mineras no constituiría una *“medida le-*

gislativa o administrativa", de las que requiere el supuesto de hecho de la regla general de consulta del art. 6 N°1 letra a) del Convenio. Por ende, razonaron, la consulta no sería aplicable al caso de marras. Para llegar a esta conclusión, simplemente ignoraron las alegaciones de la Comunidad relativas a las afectaciones que las actividades de exploración habrían generado ya sobre su territorio, y a cómo ello vulneraba no solo su derecho al territorio y a la consulta, sino también a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El hecho de que se haya efectuado en el contexto de un juicio de servidumbres mineras, con los consabidos impactos que tiene esta industria para los derechos de los pueblos indígenas (Yáñez Fuenzalida y Molina Otárola, 2008, pp. 175-229), solo acentúa las interrogantes que produce esta sentencia.

Con todo, este argumento no es nuevo. Ya el año 2015, la Corte de Apelaciones de Valdivia había rechazado un recurso de protección interpuesto por comunidades huilliche en el que se alegaba la falta de consulta previa a la constitución de concesiones mineras, resolviendo que ni el mentado art. 6 del Convenio, ni el Reglamento General de Consulta (Decreto 66, 2013), contemplaban a las resoluciones judiciales como medidas pertinentes de consulta (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2015, 1091-2014). El mismo razonamiento ha sido expuesto por el Gobierno (Cámara de Diputados de Chile, 2014) y parte de la doctrina (Guggiana Varela, 2016, pp. 82-89).

No obstante apoyarse en lo que parecerían sólidas razones de texto, la decisión adoptada por la Corte es errónea. Y lo es no tanto por efectuar una interpretación incorrecta de la norma -aunque, como se expondrá, ello también existe-, sino por argumentar desde la disposición equivocada: su decisión se sustenta en la ya citada regla general de consulta, contenida en el art. 6 N° 1 letra a), y no, como correspondía, en la regla especial de consulta establecida en el art. 15 N° 2, que en lo pertinente, estipula:

"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".

La opción entre una norma u otra, por supuesto, no es inocua, ni para el resultado de la acción, ni para el problema del *"desplazamiento"* identificado al inicio del trabajo. Al contrario, bajo la aplicación de la regla especial de consulta del art. 15 N° 2, las concesiones y servidumbres mineras sí serían medidas *"consultables"*; y las propias características de esta norma supondrían un tratamiento más cercano de las

cuestiones sustantivas comúnmente “desplazadas” por los debates de consulta. Para sustentar lo anterior, comenzaré (1) con una somera relación de los hechos y el razonamiento de los tribunales en primera y segunda instancia; luego, (2) mostraré por qué en este caso procedía aplicar la regla de consulta del art. 15 N° 2 del Convenio, para después (3) explicar por qué ello era relevante para su adecuada resolución y, en definitiva, para la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. Terminaré con una breve conclusión respecto a los tópicos tratados.

1. Los hechos y la decisión de los tribunales

El juicio de constitución de servidumbre minera comenzó a inicios del año 2012, con la interposición por parte de la Compañía, de la demanda de constitución de servidumbre legal minera de ocupación y tránsito en contra del Fisco de Chile. Esta servidumbre, que ocuparía cerca de 400 hectáreas de un predio fiscal, tenía por objeto el desarrollo de actividades de exploración y prospección geológica, con miras a la futura explotación minera del Proyecto Santa Cecilia.

Según informó el Fisco en su contestación, de acuerdo a las coordenadas de los vértices indicados en la demanda, la servidumbre se superponía con terrenos de la Comunidad. Ante esta situación, la Compañía rectifica la demanda, modificando las coordenadas para la solicitud de servidumbre. No obstante lo anterior, de manera previa a que se celebre la audiencia de estilo, la Comunidad comparece en la causa solicitando tres cosas: (a) la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento; (b) nulidad por no aplicación de la Consulta Previa, Libre e Informada; y (c) que se le admita como parte en el juicio con la calidad de tercero independiente. Si bien en un primer momento el tribunal no dio lugar al incidente, terminó -en resolución de 20 de noviembre de 2012- por acoger parcialmente la reposición planteada al efecto, reconociéndole a la Comunidad la calidad de tercero independiente y recibiendo a prueba el incidente de nulidad de todo lo obrado, estableciendo como hecho controvertido, entre otros, la “*procedencia del trámite de consulta dispuesto en el Convenio 169*”.

Se debe hacer en este punto una breve digresión. Paralelamente a la tramitación de este juicio, en una causa seguida ante en el mismo tribunal, por los mismos actores y en donde se reproducía a su vez la misma discusión -y que terminó más o menos en el mismo resultado (2° Juzgado de Letras de Copiapó, 2016, C-222 ; Corte de Apelaciones de Copiapó, 2017, 119-2017) -, la Comunidad también había solicitado que se le tuviese como tercero independiente, cuestión que, en dicho caso, el Juzgado había rechazado. Ante ello, la Comunidad interpuso un Recurso de Protección, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Copiapó (2013, 352-2012). En esta decisión, la Corte señaló que la Comunidad se encontraba protegida por un “*estatuto normativo especial*”, conformado por la reglamentación interna como por dis-

posiciones provenientes del derecho internacional, en especial *"el Convenio 169"*, citando explícitamente la regla especial de consulta del art. 15 N° 2 e indicando que la aplicación de este tratado era *"imperativa"* (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2013, 352-2012, cons. 6). Es interesante, entonces, notar el contraste entre este fallo y aquel que pronunciará, años más tarde, el mismo tribunal en el caso objeto de este comentario.

Volviendo al mismo, se había indicado que una de las peticiones de la Comunidad decía relación con la nulidad por falta de una consulta previa libre e informada. Sobre el particular, vale notar que, en este escrito, la Comunidad funda su pretensión de consulta en la vulneración que ya ha producido el proyecto a sus rutas de trashuancia y al *"patrimonio intangible de la comunidad"*; y si bien se encuentran en el escrito prescripciones procedimentales relativas a cómo se debe realizar la consulta, se debe subrayar que la Comunidad -a diferencia de lo ocurrido en reclamaciones de otras organizaciones indígenas en materias similares (Carmona Caldera, 2017, p. 495) no intentó subsumir la solicitud de consulta previa a la constitución de servidumbres en el supuesto de hecho del artículo 6 del Convenio. Basó su alegación, en cambio, en los derechos de los pueblos indígenas a *"decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo"* y *"de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural"* (art. 7 N° 1); en el hecho de que el *"territorio indígena"* comprende *"la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"* (art. 13 N° 2, Convenio); y, finalmente, en la regla especial de consulta del art. 15 N° 2, la que, se dijo ya, mandata la realización de procesos de consulta antes autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales de propiedad estatal existentes en territorio indígena. Sobre estos puntos, como se indicó arriba, ninguno de los dos tribunales se pronunciaría al momento de decidir el asunto.

Prosiguiendo con el juicio, el 31 de enero de 2014 el incidente de nulidad es rechazado. La Comunidad, participando luego en la audiencia de estilo, insiste sobre el tema de la consulta en su contestación verbal a la demanda. Finalmente, el Juzgado se pronuncia sobre dicha reclamación en la sentencia definitiva de 30 de agosto de 2016, en donde, previa cita de lo dispuesto en el art. 6 N°1 letra a) del Convenio, concluye, en lo principal, que:

"En el asunto de marras, queda en claro que no es discutida la implementación de medidas alguna de carácter administrativas o legislativas que afecten directamente a dicha comunidad, toda vez que estamos ante un procedimiento de carácter judicial que busca por medio de una sentencia la constitución de un derecho real de servidumbre minera en beneficio del demandante" (2° Juzgado de Letras de Copiapó, 2016, C-16-2012, cons. 15).

El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras...

Subsidiariamente, el Juzgado agrega que, con la rectificación de demanda, la Compañía modificó las coordenadas de su solicitud en el sentido de evitar cualquier superposición a los terrenos de la Comunidad. Por ende, el tribunal estima que, además de lo ya señalado, no se vería *"afectada de forma alguna la comunidad por la pretensión de la demandante"* (2º Juzgado de Letras de Copiapó, 2016, C-16-2012, cons. 15).

Esta decisión fue apelada a la Corte de Apelaciones de Copiapó, utilizando los mismos argumentos ya referidos a propósito del incidente de nulidad. La Corte, se indicó ya, confirmó el rechazo del tribunal *a quo*, aunque agregando ahora una argumentación en torno a las *concesiones mineras*. Así, en el Considerando Quinto del fallo, se comienza citando el art. 34 del Código Minero, el cual, se sabe, especifica que las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial; a continuación, la sentencia se detiene en la regla de consulta del art. 6 del Convenio, para al fin concluir que:

"la adecuada interpretación de las normas citadas en el motivo precedente, se ha de llegar a la conclusión que el Convenio 169 de la OIT, resulta ser inaplicable al procedimiento de constitución de concesiones mineras, toda vez, que tal procedimiento de constitución establecido por el Código de Minería de 1983, como lo preceptúa el señalado artículo 34 de dicho cuerpo normativo, es una potestad judicial, más [sic] no legislativa ni administrativa (objetos estas del procedimiento de consulta que se refiere el Convenio y la norma puntual)" (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2017, 91-2017, cons. 6).

Tras dicha aclaración, se dirige a tratar el tema de la consulta previa a la constitución de servidumbres mineras. Acá, luego de hacer referencia a las disposiciones que establecen el derecho de los titulares de concesiones mineras a constituir servidumbres convenientes a la exploración y explotación, y al hecho de que éstas pueden constituirse por acuerdo voluntario o por sentencia judicial, termina replicando para este último caso la argumentación de los considerandos anteriores:

"Si las servidumbres mineras se constituyen mediante resolución judicial, se ha de concluir que sólo las medidas legislativas y administrativas, a que se refiere el artículo 6.I. letra a del Convenio 169 de la OIT serán objeto de la consulta establecida en el mismo artículo, más [sic] no así, las judiciales" (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2017, 91-2017, cons. 8).

2. La regla especial de consulta del art. 15 nº2 frente a la regla de consulta general del art. 6 del convenio

La conclusión a la que llegaron los tribunales de primera y segunda instancia, he dicho, no es la correcta. Y si bien he señalado que el error consistió en utilizar una

norma disposición equivocada -la regla del art. 6 por sobre la especial del art. 15-, lo cierto es que todavía se puede formular una crítica desde el misma regla general de consulta, al menos en lo que respecta a las concesiones mineras. Ello, por cuanto, aun cuando no exista duda respecto de cuál es el órgano a través del cual el Estado actúa en el procedimiento concesional minero -a saber, los tribunales ordinarios de justicia (art. 5, Ley N°18.097 Orgánica Constitucional *sobre Concesiones Mineras*)-, sí persiste la discusión en torno a cuál es la naturaleza jurídica del acto que de este órgano emana (Claussen Calvo, 2010). En este contexto, el profesor Vergara Blanco (2013, p. 226) ha insistido en que los tribunales, al momento de otorgar las concesiones, estarían ejerciendo una potestad administrativa; de esta forma *"la concesión no varía de naturaleza, pues conferirá los mismos derechos y las mismas obligaciones, sea cual sea el órgano que cumpla tal función"* (Vergara Blanco, 2013, 263 y 264). Por lo mismo -concluye este autor- la *"resolución judicial"* con la que termina el procedimiento por el cual se gesta el acto concesional minero, *"tiene una naturaleza jurídica administrativa: es funcionalmente un acto administrativo que ha surgido orgánicamente en sede judicial"* (Vergara Blanco, 2013, p. 264).

De acuerdo a esta interpretación, entonces, no sería difícil entender que las resoluciones judiciales que constituyen concesiones mineras pueden ser comprendidas dentro del concepto de "medida administrativa" y, en consecuencia, debiesen ser consultadas. Sin embargo, esta tesis no podría extenderse a las *sentencias de constitución de servidumbre*, cuya naturaleza judicial es difícilmente disputable y respecto de las cuales, al fin, era que se trababa la controversia principal del caso.

Frente a ello, vale volver la vista a la REC del art. 15 N°2 del Convenio. Al respecto, es menester recordar que no solo la Comunidad fundó la procedencia de la consulta directamente en la norma del art. 15 N°2, sino también que el año 2013, en una causa de similares características, la misma Corte había reconocido la pertinencia de esta norma señalando, además, que la aplicación del Convenio tenía carácter *"imperativo"*. Contrario a ello, en esta oportunidad tanto el 2do Juzgado de Letras como la Corte rechazaron la existencia de una obligación de consulta, utilizando una interpretación literal del art. 6 N° 1 letra a). Se podría pensar que los jueces consideraron tácitamente que el tenor literal de ambas disposiciones daba pie para sostener que la consulta del art. 6 podía comprender aquella establecida en el art. 15 N° 2; sin embargo, una lectura de los respectivos preceptos da cuenta que sostener una perspectiva semejante no es jurídicamente plausible.

En efecto, si se examina el supuesto de hecho de cada una de las normas, esto es, aquel conjunto de circunstancias cuya ocurrencia *"gatilla"* el deber de consulta, se llega a la conclusión de la existencia de una diferencia sustancial entre ambas. Así, mientras que el antecedente de la norma del art. 6 requiere que se trate de *"medidas administrativas o legislativas"*, que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el de la regla especial de consulta del art. 15 N°2 está formado

por tres elementos: (a) que sean recursos de titularidad estatal, o respecto de los cuales el Estado tenga derechos; (b) que estos recursos existan en los "territorios" de los pueblos indígenas; y (c) que respecto de estos recursos, los gobiernos vayan a emprender o autorizar un programa de prospección o explotación. Las diferencias son evidentes y, como se verá en el apartado siguiente, operativamente relevantes (Zorzetto, 2013, p. 74)¹.

3. La regla especial de consulta ante las concesiones y servidumbres mineras

La utilización de la regla especial de consulta, decía, no solo es normativamente procedente, sino que su aplicación incidió de manera decisiva en la resolución del caso concreto, por cuanto un sucinto examen de las características tanto de las concesiones como de las servidumbres mineras, da cuenta de que ellas podrían ser subsumidas dentro del supuesto de hecho de esta norma.

El primer elemento de esta regla especial, recuérdese, dice relación con 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*". Independiente de las discusiones que se han suscitado en relación al *tipo* de dominio que detenta el Estado sobre las minas - si "*patrimonial*" (Pfeffer Urquiaga, Naudon del Río y Verdugo Marinkovic, 2004, p. 24), o "*público especial*" (Lira Ovalle, 2016, pp. 40-43)-, parece claro que, en virtud de la declaración del art. 19 N° 24 inciso 6° de la Constitución Política de la República -según la cual, se sabe, el Estado "*tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas*"-, la regulación chilena sobre la materia cumpliría con el referido elemento (Vergara Blanco, 2013, p. 148-170)².

El segundo requisito, en tanto, indica que los recursos deben existir en las "*tierras*" de los pueblos indígenas, entendiendo por tales -de acuerdo a lo establecido en el art. 13 N° 2 del Convenio- "*la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*". En este punto puede apreciarse con nitidez la distancia que separa ambas reglas de consulta, por cuanto mientras el art. 6 N° 1 letra a) establece como criterio la existencia de "*susceptibilidad de afectación directa*", el art. 15 N° 2, en cambio, dispone una *regla objetiva de procedencia* (Carmona Caldera, 2017, pp. 490-495, ver también; Barros Von Hovell y Schönsteiner, 2014, p. 211): que los recursos naturales sobre los cuales el Estado otorga autorización para su exploración/explotación se encuentren en territorio indígena. No requiere, entonces, un grado de afectación sobre, ni algún tipo de relación tradicional

¹ Por supuesto, esto no significa que no haya ocasiones en las cuales ambas normas sean *a priori* aplicables; pero aun en estos casos de concurrencia, la REC debiese primar en virtud del principio *lex specialis*.

² Cabe prevenir que bajo la teoría de la *publicatio* minera de Vergara Blanco, ello podría ser más difícil de argumentar.

con, los recursos naturales; basta, de nuevo, que estos se encuentren en terrenos que los pueblos indígenas ocupen o utilicen de alguna manera. Bajo este parámetro, el que la empresa haya rectificado su demanda para evitar la superposición con la propiedad inscrita de la Comunidad, no implicaría que dichas actividades de exploración minera no tuviesen lugar en *"territorio indígena"*; al contrario, la evidencia mostraba que sí lo hacían y, por lo mismo, que en este caso caerían en el supuesto establecido.

El último elemento, tiene que ver con la medida objeto de consulta. La regla general de consulta, se ha repetido ya varias veces, establece que debe tratarse de *"medidas administrativas o legislativas"*. Aun cuando las resoluciones judiciales por las cuales se otorgan las concesiones mineras podrían plausiblemente subsumirse bajo *"medidas administrativas"*, ello supone seguir dejando un amplio margen de discrecionalidad al juzgador y no cubrir el caso de las sentencias por las que se constituyen las servidumbres mineras. La regla del art. 15 N° 2, por otra parte, no se detiene en precisar la naturaleza jurídica de la autorización; señala simplemente que se debe consultar antes de *"autorizar"* cualquier programa de prospección o explotación, lo que haría suponer que caben dentro de dicho término las resoluciones judiciales que constituyen concesiones y servidumbres mineras, en tanto formas de autorización de actividades de exploración y explotación.

Recientemente, dicha suposición ha sido controvertida por el profesor Carrasco Matas (2017), quien ha señalado que la consulta indígena no tiene cabida en procedimientos judiciales. Esto significa que, en materia de concesiones, no sería procedente cuando -siguiendo a los profesores Ossa y Lira (ver Ossa Bulnes, 2012, p. 140; Lira Ovalle, 2016, p. 84) - se considere que el procedimiento concesional tiene *"naturaleza judicial"* (Carrasco Matas, 2017, p.353); y que en la constitución de servidumbres, nunca procedería (Carrasco Matas, 2017, pp. 386 y 387. En consecuencia, al analizar el art. 15 N° 2 en relación a las concesiones mineras, expresa que *"el término 'autorizar' [se refiere] a una autorización de naturaleza administrativa, por lo que, en el contexto de la explicación de la concesión minera de los profesores citados, sólo puede ser entendida como una autorización entregada fuera del procedimiento de constitución de una concesión minera"* (Carrasco Matas, 2017, p. 353).

Hay dos cuestiones que se pueden señalar al respecto. Primero, que el autor no da mayores explicaciones ni de por qué debe entenderse que la *"autorización"* de la que habla el art. 15 N° 2 debe ser de naturaleza administrativa, ni de por qué no puede proceder la consulta en procesos judiciales, dos puntos esenciales en su argumentación. Segundo, que es pertinente clarificar que los tratados internacionales -incluidos los de derechos humanos, como el Convenio- deben ser interpretados de acuerdo a las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -promulgada en Chile por Decreto N° 381 de 5 de mayo de 1981-, en especial según la *"regla general de interpretación"* contenida en su art. 31 N° 1. Así, si se tiene en cuenta que una interpretación de buena fe implica buscar aquel significado que permita dar

efectividad a las obligaciones contenidas en los tratados (Orakhelashvili, 2008); que los propios términos del Convenio no especifican, en modo alguno, la naturaleza o forma jurídica que debiese adoptar el acto o título por el cual se autorice la exploración/explotación; y que, al fin, una interpretación que esté en línea con el objeto y fin del Convenio -cual es, que los pueblos indígenas puedan mantener y desarrollar sus propias identidades y puedan ejercer control sobre sus formas de vida (Véase el Párrafo Preambular N°4 del Convenio y Rombouts, 2017, p. 183) - supondría ampliar las posibilidades de que estos pueblos puedan participar lo antes posible de las decisiones que pudiesen afectarlos, entonces la conclusión lógica es que la regla del art. 15 N° 2 *no discrimina respecto de la naturaleza del acto por el cual se efectúa la autorización*. Esto permitiría, entonces, subsumir dentro de su supuesto de hecho tanto a las concesiones como a las servidumbres mineras.

Para reforzar esta conclusión, vale acotar que la propia Corte Suprema ha fallado en esta línea. En efecto, en mayo de 2016, la Cuarta Sala de la Corte Suprema (2016, 6628-15) invalidó de oficio una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, por la que se autorizaba la constitución de servidumbres legales mineras sobre terrenos de propiedad del Fisco, que a su vez estaban dentro de un Área de Desarrollo Indígena.

En la sentencia de reemplazo, esta Corte señala que, no obstante estar la concesión minera bajo el amparo constitucional del art. 19 N° 24, la Constitución Política de La República de igual forma prevé la posibilidad que la ley establezca limitaciones a las facultades -como la constitución de servidumbres- que le son inherentes. Entre estas limitaciones, dice la Corte, se encuentran diversos derechos consagrados en el Convenio 169, incluyendo *"la obligación directa, en el caso de los recursos minerales que le pertenecen al Estado, como es el caso de nuestra legislación, de mantener procedimientos de consulta con los pueblos interesados"* (Corte Suprema, 2016, 6628-15, cons. 3). Así, la Corte razona que *"a pesar de que la legislación permite constituir concesiones mineras cubriendo todo tipo de terrenos, los titulares de dichas concesiones no podrán imponer forzosamente servidumbres sino de conformidad a los instrumentos antes referidos"* (Corte Suprema, 2016, 6628-15, cons. 5). En este orden de ideas, concluye que: *"el demandante ha debido cumplir previamente con las exigencias legales, respecto de las normas medioambientales (...) como asimismo, las relativas a la protección de los pueblos indígenas, debiendo en consecuencia revocarse la sentencia de primer grado y rechazarse la demanda"* (Corte Suprema, 2016, 6628-15, cons. 6). Por supuesto, no es el demandante el que debe cumplir con esta obligación, sino el tribunal, en tanto órgano estatal que emite la autorización -puediendo a su vez ser delegado a un ente administrativo como SERNAGEOMIN-. No obstante dicha imprecisión, esta sentencia es importante por reafirmar que, en virtud del art. 15 N° 2 del Convenio, es necesario cumplir con la consulta antes de constituir servidumbres mineras.

En virtud de los argumentos precedentes, se puede sostener que la “sustitución” de reglas de consulta que operó tanto en el tribunal de alzada como en el de primera instancia, no solo no estaba justificada legalmente, sino que incidió de manera decisiva en la resolución del caso, por cuanto un análisis desde la REC habría arrojado un resultado normativo diferente.

Junto a ello, existe una razón adicional para sostener la relevancia de la utilización de la regla del art. 15 N° 2 por sobre la del 6, la que tiene que ver con el tópico mencionado al inicio, cual era, el “desplazamiento” de las controversias sustantivas por debates procedimentales a partir de la aplicación de la consulta previa libre e informada. Y es que, frente a este problema, la opción entre una y otra norma no es inocua. Recuérdese que la regla general de consulta tiene un carácter *eminente procesal*: indica qué tipo de medidas y ante qué situaciones procede la consulta; cuáles son sus legitimarios activos y pasivos; así como la oportunidad para hacerla, de qué forma y con qué fin. Empero, en ningún momento hace mención a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y su protección. Con ello, el *proceso* de consulta se termina transformando en un fin en sí mismo, en –para usar una nomenclatura del derecho civil- una “*obligación de medio*”, de tal forma que –como se estipula en el Decreto 66 (2013, art. 3) –, su *objeto* se entiende cumplido aun cuando no se haya podido cumplir su *objetivo*.

Ante este escenario, la regla derivada del artículo 15 N° 2 se enfoca directamente en el problema que supone la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y su (in)compatibilidad con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. En este sentido, téngase en cuenta, por un lado, que uno de los fundamentos de la *regla objetiva de procedencia*, es la de resguardar los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden verse afectados por la explotación y extracción de los recursos naturales (Carmona Caldera, 2017, p. 494 y 495). Por otro, no debe olvidarse que esta norma se presenta estructuralmente como parte de una tríada de derechos de que tienen estos pueblos frente a las industrias extractivas de recursos naturales, entre los que se comprende también el derecho a una indemnización equitativa y a la participación en los beneficios que reporten este tipo de actividades. A partir de ello, se vincula la consulta previa libre e informada con la pregunta acerca de cómo se relacionan estas actividades extractivas, con la vocación productiva que las comunidades pretenden darle a su territorio y, finalmente, con el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (art. 7 N° 1, Convenio); sobre este último punto, subrayar que no es baladí que tanto en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2017, art. 32, N° 2), como en la de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016, art. 29, N° 4), la regla de consulta respecto de los proyectos de explotación de recursos naturales, se ubique precisamente en el marco del “*Derecho al desarrollo*”.

El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras...

Es claro que esta la mera aplicación del art. 15 N° 2 no supone una solución inmediata del problema de la “*procedimentalización*” de las discusiones, pero al menos se acercaría más a la controversia sustantiva que se presenta en estos casos, cuales, si la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas es compatible con el emplazamiento de un determinado proyecto de inversión en territorio indígena.

Conclusiones

En las páginas anteriores, se revisó cómo la Corte de Apelaciones de Copiapó, reproduciendo en gran parte el argumento central del 2do Juzgado de Letras de esa misma ciudad, desestimó la procedencia de la consulta previa a la constitución de concesiones y servidumbres mineras, por no ser estas “*medidas administrativas o legislativas*” de aquellas que exige el art. 6 N° 1 letra a) del Convenio. Al hacerlo, sustituyó la regla de consulta invocada por la Comunidad -cual era, la regla especial del art. 15 N° 2-, por la referida norma del art. 6.

Según se ha argumentado, dicha *sustitución* no solo no era procedente, sino que fue significativa al momento de decidir la *litis*, al punto que, bajo una hipotética aplicación de la regla especial de consulta; la conclusión jurídica debió haber sido distinta. Adicionalmente, la sustitución de la norma del art. 15 por la del art. 6, por las propias características de esta última disposición, contribuye al llamado efecto de “*desplazamiento*” de las controversias sustantivas por cuestiones de forma o de proceso; y, en cierto sentido, el presente comentario es un ejemplo señero de cómo, a ya diez años de la ratificación del Convenio, una parte importante de la jurisprudencia continúa centrándose en temas meramente procedimentales al momento de decidir una causa de consulta.

Agradecimientos

El autor agradece al profesor Domingo Lovera por los comentarios a versiones preliminares de este texto, así como a la profesora Judith Schönsteiner, quien gentilmente me proporcionó el Informe en Derecho que realizó en esta causa.

Referencias Bibliográficas

Barros Von Hovell, A. y Schönsteiner, J. (2014). Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos. En T. Vial Solar, (Ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (pp. 203- 244) Santiago: Ediciones UDP. Recuperado de <https://bit.ly/2Q75A3P>

Cámara de Diputados de Chile (2014). *Legislatura 362ª Sesión 105ª, en miércoles 10 de diciembre de 2014 (Especial, de 19.35 a 21.12 horas)*. Recuperado de <https://bit.ly/2sPwzsk>

Carmona Caldera, C. (2017). The road less travelled: the duty to consult and the special rule of article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile. *Journal of energy & natural resources law*, 35(4), 485-501. <https://doi.org/10.1080/02646811.2017.1355966>

Carrasco Matas, F. (2017). *El derecho minero ante la normativa indígena nacional e internacional*. Santiago: Jurídicas de Santiago.

Chile (1980). Constitución Política de la República de Chile. Recuperado de <http://bcn.cl/1uva9>

Claussen Calvo, C. (2010). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho emanado de la concesión minera. *Revista de derecho de minas, aguas y medioambiente*, (10), 1-34.

Compañía Minera Cerro Colorado con Fisco de Chile, 6628-15 (Corte Suprema 4 de mayo de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/2ELBfm5>

Compañía Minera Cerro del Medio c/ Fisco de Chile, C-16-2012 (2º Juzgado de Letras de Copiapó 30 de agosto de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/2seVB4i>

Compañía Minera Cerro del Medio c/ Fisco de Chile, C-222-2012 (2º Juzgado de Letras de Copiapó 18 de Noviembre de 2016).

Compañía Minera Cerro del Medio c/Fisco de Chile (acumuladas Nos Civil 92 y 93-2017), 91-2017 (Corte de Apelaciones de Copiapó 12 de diciembre de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/35PUc2P>

Compañía Minera Cerro del Medio SCM / Fisco de Chile (acumulada Civil N° 120-2017), 119-2017 (Corte de Apelaciones de Copiapó 12 de diciembre de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2EKYfBG>

El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras...

Comunidad Indígena Ñadi-Newen y otros con Primer y Segundo Juzgado Civil de Osorno y Estado de Chile, 1091-2014 (Corte de Apelaciones de Valdivia 23 de abril de 2015). Recuperado de <https://bit.ly/35OrYFI>

Decreto 66, de 15 de noviembre de 2013. Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio N° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 04 de marzo 2014. Recuperado de <http://bcn.cl/1w1ac>

Durán Soto, Á. (2014). El derecho a consulta de los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno, su estándar a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional. *Revista de derecho de la Universidad Finis Terrae*, 2(2), 101-161.

Guggiana Varela, M. (2016). *Fragilidad de los derechos mineros en Chile. Análisis dogmático, estudio de casos*. Santiago: Ius Civile.

Lira Ovalle, S. (2016). *Curso de derecho de minería* (7a ed.). Santiago: Jurídica de Chile.

Orakhelashvili, A. (2008). *The Interpretation of acts and rules in public international law*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199546220.001.0001>

Organización de Estados Americanos (2016). *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de <https://bit.ly/2PNK9Ws>

Organización de las Naciones Unidas (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de <https://bit.ly/2Q8lnPK>

Ossa Bulnes, J. (2012). *Tratado de derecho de minería*. (5a ed.). Santiago: Jurídica de Chile.

Pfeffer Urquiaga, E., Naudon del Río, A. y Verdugo Marinkovic, M. (2004). *Análisis constitucional del proyecto de ley que establece una regalía ad-valorem y crea un fondo de innovación para la competitividad*. Informe en Derecho. Santiago.

Roberto Salinas Cortes con Segundo Juzgado de Letras de Copiapó, 352-2012 (Corte de Apelaciones de Copiapó 30 de abril de 2013). Recuperado de <https://bit.ly/2sQ37mi>

Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov: los recursos naturales, pueblos indígenas y el derecho a consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.

Rombouts, B. (2017). The evolution of indigenous peoples' consultation rights under the ILO and U. N. Regimes. *Stanford journal of international law*, 53 (1), pp. 169-224. Recuperado de <https://bit.ly/2Zj7RNA>

Vergara Blanco, A. (2013). *Sistema de derecho minero*. Santiago: Thomson Reuters.

Yáñez Fuenzalida, N. y Molina Otárola, R. (2008). *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*. Santiago: LOM .

Zorzetto, S. (2013) "The lex specialis principle and its uses in legal argumentation. An analytical inquire". *Eunomía*, (3), 61-87. Recuperado de <https://bit.ly/2PMOZ6j>

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Carmona Caldera, C. (2019). El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras: un comentario a la sentencia Rol N°91-2017 (acumuladas 92-2017 y 93-2017) de la Corte de Apelaciones de Copiapó. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 26, e3918. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0019>.



DOI

Copyright del comentario: ©2019. Cristóbal Carmona



Este es un comentario de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.