

# **Convenio 169 de la OIT y pluralismo jurídico en Chile: Análisis de sentencias y su influencia en otros sistemas de la sociedad**

Grupo de trabajo N°10 de Estudios Políticos y Sociojurídicos.

Minda Bustamante Soldevilla – Abogada

El presente trabajo es parte de la investigación en curso que se denomina pluralismo jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Que está incluida en el FONDECYT N° 1110437, Colisión y armonización de regímenes regulatorios en contextos sociales globales.

## **Resumen:**

En la actualidad la emisión de normas jurídicas dejó de ser solamente estatal para convertirse en global, esto conlleva la posibilidad de que al interior del sistema jurídico se den manifestaciones de pluralismo jurídico que generan una mayor complejidad al interior de la sociedad, queremos analizar desde esta si la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en Chile y su aplicación directa por parte de tribunales chilenos ha generado relaciones e interacciones en los otros sistemas de la sociedad y como se ha manifestado esa relación en los otros sistemas de la sociedad.

**Palabras Clave:** Convenio 169 OIT, tribunales, sistemas

## **Introducción**

La ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y de tratados de libre comercio interaccionan con las leyes de los estados nacionales, esta interacción corresponde a diferentes regímenes jurídicos entre los cuales distinguimos el régimen jurídico internacional, el nacional y al interior de este último los locales y/o indígenas. La interacción de estos regímenes en América Latina puede dar lugar al pluralismo jurídico. En varios países de América Latina, entre ellos México, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, en la década de los años 90 se produjeron importantes movimientos sociales en pos de reivindicación de derechos indígenas y que tuvieron como resultado la modificación de las constituciones. Esos cambios reconocieron la pluralidad étnica, la multiculturalidad y el derecho propio con la consecuente coexistencia de a lo menos dos regímenes jurídicos, el indígena y el estatal, en un solo estado nación. Paralelamente a estos procesos se produce la ratificación del Convenio 169° de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, con esto se instala en estas materias el régimen jurídico internacional.

En Chile el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en el año 2008 para entrar en vigencia el año 2009. Con lo cual se comienzan a aceptar los términos jurídicos o semánticas que reivindica el Convenio, como por ejemplo el de “pueblos indígenas” y que había experimentado mucho rechazo cuando se discutía la promulgación de la ley indígena en el Congreso Nacional en el año 1993. Se debe tener presente que la ratificación del Convenio 169 OIT es posterior a la suscripción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en septiembre del 2007. De ello resulta que en el año 2009 se encuentran vigentes los dos instrumentos jurídicos internacionales que reconocen derechos indígenas. Así el estado chileno se obliga a informar a instituciones supra nacionales, como la OIT, sobre el cumplimiento de sus compromisos. Este proceso, que involucra diversos regímenes jurídicos, plantea la posibilidad de la existencia de pluralismo jurídico. Este es, precisamente nuestro

objeto de estudio y que indagamos su manifestación en las constituciones y en las sentencias de los tribunales Chilenos.

Para el sistema jurídico chileno el Convenio 169 inicialmente fue parte de su entorno y por lo tanto debió iniciar un proceso de diferenciación que le permitió reducir la complejidad del entorno a la vez incrementar su complejidad interna incluyendo semánticas que lo permitieran. Estos procesos dan cuenta de un resultado evolutivo que se pueden observar en la variación, selección y restabilización todas materias que serán examinadas en las sentencias de los tribunales chilenos.

## **1. La constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT**

El proceso de introducir la ratificación del Convenio 169 se inicia como propuesta del sistema político, específicamente con la presentación del Presidente Aylwin al Congreso en el año 1991. Nuestro análisis parte en el año 2000, después de la aprobación del Convenio por la cámara de diputados. Desde ese momento, se producen objeciones por parte de 31 legisladores (sistema político), quienes sostenían que el Convenio contravenía directamente la unidad del estado Chileno y su constitución. La situación se resume en que el Convenio es propuesto por el poder ejecutivo, observado por el poder legislativo (interior del sistema político) y que la distinción poder/oposición se sitúa en el análisis de constitucionalidad.

Las objeciones de los legisladores se resumen como sigue:

1. El Convenio 169 al consagrar derechos colectivos a favor de pueblos indígenas modificaría la estructura del Estado. El Convenio transferiría a cada pueblo indígena atribuciones propias de los poderes del Estado y lo facultaría para restringir los derechos y libertades de sus integrantes.
2. El Convenio perturbaría uno de los principios fundantes de la República, cual es, la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones por razones étnicas o raciales, atentando contra la unidad de la nación chilena.
3. El tratado por sí mismo, luego de su ratificación, genera obligaciones internacionales para el Estado de Chile.

Estas objeciones en su conjunto configuran un problema de constitucionalidad, que el sistema político no puede resolver, ya que no es parte de su función establecer lo que es conforme a derecho. Así la decisión se traslada al sistema jurídico, en este caso el Tribunal Constitucional que actuara conforme al código binario que le permite establecer si el convenio 169 está o no conforme a derecho. Por oposición la respuesta del Ejecutivo se resume en lo siguiente:

1. La acepción pueblo en el tratado no corresponde a “cuerpo electoral” o “nación políticamente organizada”, sino a un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias y que no se encuentran dotadas de potestades públicas;
2. Los pueblos indígenas serían grupos intermedio según la terminología constitucional; es decir, una realidad sociológica, un conjunto de personas vinculadas entre sí y con una cierta especie de unidad y permanencia;
3. Como grupo intermedio que serían los pueblos indígenas debe serle garantizada a cada uno de ellos su autonomía y fortalecimiento. Lo que hace el Convenio 169 es especificar la forma y modo en que el Estado ampara, garantiza y fortalece a estos grupos intermedio.
4. El Convenio no le adjudica a los pueblos indígenas potestades públicas. Tampoco sustituye organismos que ejercen soberanía. Lo que establece el tratado es el deber de consultar mediante procedimientos apropiados a los pueblos interesados, o de hacerlos partícipe, respecto de medidas públicas que les afecten.

La sentencia que emite el Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre los aspectos controvertidos en el sistema político. Tras algunos meses de deliberación el sistema jurídico emite una sentencia que resumimos en los siguientes puntos:

1. Los pueblos indígenas no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado. La expresión “pueblos” que utiliza el Convenio no refiere a titular de soberanía. La expresión pueblos indígenas debe ser considerada en el ámbito del tratado como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias. No se encuentran dotados de potestades públicas y tienen derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte.

En la fundamentación sobre el imperio de la normatividad nacional el Tribunal Constitucional señala que el uso de la semántica de “pueblos” fue ampliamente debatida en el congreso al promulgarse la Ley N° 19 253 –Ley indígena- en la que se señalaba que en Chile existen 9 “etnias” que serían las beneficiarias de los derechos que señala el convenio, y que se adopta el término pueblos ya que no contraviene la legislación nacional.

2. Los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente.

En este punto conviene señalar que si bien el ejercicio de derechos es el mismo para los integrantes de pueblos indígenas y los no indígenas. Se debe considerar las características culturales de cada pueblo a fin de que ellos puedan ejercer los derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población. Surge en este sentido la paradoja de la igualdad. En el caso de los pueblos indígenas para poder acceder a los mismos derechos en igualdad de condiciones, se deben hacer diferencias ya que de no ser así se estaría discriminando. Entonces para ser iguales hay que reconocer las diferencias. En ese sentido podemos citar a Tubino<sup>1</sup> (2008) cuando nos señala que con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y la mayor difusión de los derechos de los pueblos indígenas se va empedrando el camino de lo que podemos llamar “ciudadanías diferenciadas”.

La respuesta del Tribunal Constitucional, resuelve así las expectativas normativas del sistema político emitiendo una sentencia en la que declara que el Convenio 169 es constitucional y se sujeta a derecho, es decir que cumple con el código del sistema jurídico. Esta sentencia cumple el requisito de legalidad y validez que exige el sistema jurídico para que una norma internacional como este Convenio, regrese al sistema político para que sea ratificada situación que no se dio hasta 8 años después en que se ratifica el Convenio en septiembre de 2008 por la presidenta Bachelet. (Aylwin, 2010, pág. 100)

Desde un punto de vista teórico, el Convenio 169 es parte de las comunicaciones vinculantes que operan en el sistema jurídico chileno, con su entrada en vigencia el sentido espacial del derecho se hace permeable (Mascareño, 2005), con lo que las referencias espaciales una vez invisibles se hacen visibles a la luz de estas nuevas competencias jurídicas (Cadenas, 2012). El reconocimiento de los derechos indígenas que trae el Convenio 169, genera colisiones y armonizaciones entre lo que establecía la soberanía normativa y lo que ahora incluye la normativa internacional. Con lo dicho hasta ahora se puede sostener que a diferencia de los otros países latinoamericanos, en Chile si bien se reconoce la constitucionalidad del Convenio, este no contribuye a una reforma constitucional.

En el caso del Convenio 169, además genera cambios en la dimensión social de sentido al incluir como derechos diferenciadores los derechos de los pueblos indígenas. En este caso se evidencia desde la semántica de la “inclusión”, el ejercicio de estos derechos por parte de los integrantes de pueblos indígenas.

---

<sup>1</sup> Fidel Tubino señala que en el caso integrantes de los pueblos indígenas como ciudadanos de un estado nación, además de sus derechos como ciudadanos pueden ejercer derechos colectivos y exigir al estado que implemente políticas públicas en función de sus diferencias étnicas. Nos invita a pensar en las ciudadanías indígenas y en su ejercicio como ciudadanías diferenciadas.

## **2. La distinción autoejecutable/ no autoejecutable en aplicación del Convenio 169 de la OIT**

En los párrafos anteriores hemos hecho una descripción del acoplamiento estructural entre el sistema político y el jurídico en el proceso de ratificación del Convenio 169 de la OIT. También se analizó el proceso que ocurrió al interior del sistema jurídico hasta que, por medio de una sentencia o comunicación jurídica del Tribunal Constitucional, se señala la constitucionalidad del Convenio como norma vinculante para el estado Chileno.

La integración del Convenio 169 a la legislación nacional chilena tiene dos interpretaciones jurídicas, la primera si es que es una norma autoejecutable y no autoejecutable. Efectivamente, una vez reconocida la constitucionalidad del Convenio 169 en el caso del sistema jurídico chileno, se debe analizar la validez y vigencia del Convenio con respecto de la Constitución de 1980. La constitución política del estado en su artículo 5 establece lo siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En esta materia Matías Meza-Lopehandía (2010) sostiene que el Convenio 169 es un instrumento internacional que reconoce derechos humanos y que debe ser incluido en la legislación nacional chilena como autoejecutable y debe ser aplicado sin necesidad de una norma interpretativa o complementaria.

Se constata lo dicho anteriormente, en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la Republica, cuando señala que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile (Convenio 169 de la OIT) se constituyen como límite al ejercicio a la soberanía, es decir que se deben aplicar como norma nacional. (Meza-Lopehandía, 2010, pág. 130). En oposición Valdivia (2011) señala que los tratados internacionales son parte del soft law por lo tanto sus principios son simplemente orientadores de la acción política y que están desprovistos de efecto normativo directo y por ende, se dificulta que los jueces funden sus sentencias en normativa internacional prescindiendo de las normas legales nacionales establecidas para una materia específica. Valdivia (2011) señala así que el sistema jurídico Chileno se ha caracterizado por su unidad y universalidad, es decir que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, y por lo tanto las modificaciones que están siendo introducidas por el Convenio 169 de la OIT son meramente orientadoras. Para este estudio optamos por la primera postura.

El Tribunal Constitucional al momento de emitir la sentencia de constitucionalidad del Convenio, define que algunos derechos son autoejecutables (el derecho a la consulta previa) y otros no lo son (el derecho propio). Esta distinción del Tribunal Constitucional genera con relación al derecho nacional armonización y/o colisión de regímenes jurídicos. En la solución de estas controversias, los tribunales de justicia juegan un papel preponderante, ya que son los jueces quienes se encargan de armonizar ámbitos jurídicos cuando hay conflicto legal o decidir su aplicabilidad con respecto de las normas nacionales. Más allá de la discusión que existe sobre la jerarquía de las normas nos interesa observar de qué manera la interacción de regímenes jurídicos en este caso Convenio 169 de la OIT, como norma internacional y normas internas del derecho pueden evidenciar desnacionalización del derecho y pluralismo jurídico al ser reconocidas y aplicadas por los jueces en sus sentencias. La autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad serán examinadas mas adelante cuando se revisen las sentencias.

De lo anteriormente señalado podemos decir que el sistema jurídico nacional ve incrementada su complejidad con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Con ello el sistema jurídico por medio del Tribunal Constitucional emite una comunicación que indica que el Convenio es constitucional y que algunos de sus artículos son autoejecutables y otros no. Es así que el Convenio es una norma que ingresa al sistema jurídico nacional quedando en la facultad de los tribunales su

aplicación. Eso significa que para poder determinar que hay una desnacionalización del derecho que genera pluralismo jurídico debemos constatarlo en las sentencias de los tribunales.

### **3. Análisis de sentencias en el ámbito del derecho civil: La semántica de “consulta” en el sistema jurídico y su influencia en el sistema económico, político y de la educación.**

El Convenio 169 de la OIT reivindica derechos colectivos de los pueblos indígenas e inserta en el sistema jurídico el derecho a la consulta previa (materia que examinaremos con mayor detalle más adelante), contraponiéndose así a la vocación integracionista y asimilacionista que tenía el Convenio 107 de la OIT que pretendía incluir a los integrantes de pueblos indígenas en cada estado nación tal como lo vimos en el marco teórico (Merenminkaya, Rodríguez-Piñero). Con este cambio de paradigma se inserta la semántica de “consulta” en el sistema jurídico en 1989.

Como se ha dicho antes, en Chile, dicha semántica se debatió en el sistema político desde su presentación al congreso en el año 1991 y, es analizada por el Tribunal Constitucional cuando en tanto sistema jurídico es llamado a hacer la distinción sobre la constitucionalidad del Convenio y sobre la autoejecutabilidad de la consulta en agosto del año 2000<sup>2</sup> y que posteriormente fue asumida por el ejecutivo cuando se emite el DL 124 en el 2008. Observamos así que la ratificación del Convenio y las semánticas que aporta van generando en los entornos mayor complejidad, la que está siendo resuelta por los tribunales. La semántica de consulta introduce en el sistema jurídico la novedad de la co-legislación en la emisión de normas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Este hecho los incluye (los pueblos originarios) como cogeneradores de comunicaciones jurídicamente vinculantes al interior del sistema jurídico y co-participantes en el sistema político.

El sistema Jurídico por medio del Tribunal Constitucional en el año 2000 emitió una comunicación (sentencia) que indicaba que el artículo referente a consulta del Convenio era “autoejecutable” es decir que no necesitaba de otra normativa para poder ser efectivo

#### **La semántica de la “consulta” aplicada por los tribunales civiles**

En Chile la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2009, motiva al Gobierno, por medio de Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), emite el Decreto Supremo 124 reglamentando “la consulta”. Este Decreto Supremo fue elaborado con base en la Ley indígena y la aplicación del artículo 34 del Convenio 169 y, que es descrito en el considerando 5 como sigue:

“Que el artículo 34 del Convenio N° 169 establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país” (Toledo, 2011).

<sup>2</sup> Mientras se realizaba este estudio, el TC se pronunció sobre el derecho a la consulta, indicando que si bien este derecho fue declarado autoejecutable, la complejidad que había traído consigo necesitaba una regulación específica. “(...) TC apunta de manera correcta al considerar que, si bien el derecho a la consulta previa no necesita regulación, por más que existan delimitaciones propuestas por la OIT,[2] la práctica de este derecho presenta la necesidad de regulación. Así, la magistratura señala que es “el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento” (...)Con esto el tribunal devuelve la discusión al Congreso, endosándole a éste la responsabilidad de legislar sobre la consulta previa, por más que este derecho se haya considerado autoejecutable, es decir, una norma con el contenido y precisión necesaria para aplicarse sin otro trámite como fuente formal. (...)De tomarse en serio el derecho a la consulta previa, los congresistas están llamados a colegislar no solamente con el Ejecutivo, sino que también con los pueblos originarios que poseen el derecho a participar desde los inicios de la medida legislativa que es susceptible de afectarlos directamente en modos no percibidos por otros miembros de la sociedad. De contar con las garantías para ejercer estos derechos, sólo así se podrá caminar hacia un nuevo trato entre el Estado chileno y los pueblos indígenas

Conforme a la flexibilidad aludida por el gobierno, el decreto no fue consultado con los pueblos indígenas antes de su emisión, una situación compleja porque sus artículos no cumplían con los estándares internacionales sobre consulta, esto fue señalado por el INDH en su primer informe en el 2010 (INDH, 2010), en concordancia con eso en julio de 2011 la cámara de diputados solicita se derogue el Decreto (Indígenas, 2011). A finales de 2011 el DS 124 quedó sin efecto.

En el DS 124 la semántica de “consulta” se reducía a lo siguiente:

- **“informar, escuchar y considerar”** etapas la entrega de información, la recepción de observaciones y un informe final opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por la ley indígena.
- **plazos no flexibles,**
- se limitan los **organismos estatales** que deben efectuar la consulta y,
- se **excluyen los proyectos de inversión** en territorios indígenas.

En resumen, lo que hacía el Decreto era obviar lo que señalan la doctrina y jurisprudencia internacionales sobre la semántica de consulta. La consulta, en la opinión de la OIT, establece un marco normativo destinado a fortalecer el poder de negociación de los pueblos interesados y no solamente el derecho a ser informados y escuchados, la OIT señala:

“El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vistas. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos” (OIT, 2007)

Sobre la semántica de consulta la CIDH<sup>3</sup> se ha pronunciado desde el año 2001 sobre diversos casos de inaplicación del Convenio 169 por estados Latinoamericanos y sobre todo por el incumplimiento de la consulta previa, en el 2007 se pronuncia en el caso Saramaka VS Surinam señalando en resumen lo siguiente:

- La Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.
- Además, ha establecido que los Estados parte deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, para lo cual el Estado debe consultar con pueblos indígenas de conformidad con sus propias tradiciones.

Lo anterior nos interesa para poder corroborar la importancia que ha cobrado la semántica de consulta en los sistemas de la sociedad desde que se introduce el Convenio 169 como parte de las comunicaciones emitidas por el derecho internacional. Podemos referirnos además al proceso de evolución del sistema jurídico interamericano que tiene influencia en la aplicación interna del derecho en Chile, en una interpretación progresiva (Convenio 169 y Declaración ONU), la CIDH analiza los derechos de participación efectiva desde el inicio de las medidas que puedan afectar a los pueblos hasta el final, señalando a la semántica de consulta, como un proceso comunicativo continuo que finaliza al llegar a un acuerdo o consenso sobre las medidas aplicar.

La Corte establece que en los casos de planes de desarrollo o inversión de gran escala (megaproyectos), el Estado no solo está obligado a la consulta sino a obtener el consentimiento libre, informado y previo. La breve descripción que hacemos del uso e importancia de la semántica de “consulta” en el sistema internacional (OIT) e interamericano (la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH) es significativa porque es parte del análisis de sentencias emitidas por tribunales Chilenos en el tema de consulta. En ellas podemos distinguir la complejidad que se genera en el sistema social chileno con la

<sup>3</sup> La Corte interamericana ha sentenciado diversos casos sobre la semántica de consulta y territorio indígena: *Awas Tingni vs Nicaragua* (2001), *Moiwana Vs. Surinam* (2005), *Yakye Axa Vs Paraguay* (2005), *Sawhoyamaya Vs Paraguay* (2006), *Saramaka Vs Surinam* (2007) y *Sarayaku Vs Ecuador* (2012), ellos visibilizan el pluralismo jurídico y la obligatoriedad de los estados Latinoamericanos a su aplicación, situación que no será tratada en este estudio.

entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y la introducción de la semántica de consulta, en particular en:

- a. Las distinciones que tuvo que efectuar el sistema político frente a la semántica de consulta (Emisión del DS 124)
- b. La selección del sistema jurídico al decidir que la norma que trata la consulta en el Convenio es autoejecutable y con esto observamos la materialización del pluralismo jurídico producto de la desnacionalización del derecho en Chile.
- c. Las decisiones que están adoptando los tribunales de justicia chilenos con respecto a la semántica de consulta y el Convenio 169 y cómo estas decisiones irritan los sistemas de su entorno.

El rol de los tribunales al interior del sistema del derecho es gravitante, ya que por una parte se encarga de hacer las distinciones y selecciones sobre las normas generando nuevas comunicaciones jurídicas y dándoles a las “normas” nuevo sentidos.

Los tribunales al emitir sentencias sobre la no aplicación de la consulta por parte del estado Chileno, han generado irritación en los sistemas de su entorno, en el sistema político y en el sistema económico. Con su implementación e invocación directa el Convenio es una norma del derecho internacional (anacional) que es aplicada como norma nacional, obviando que no haya sido el sistema político a través del poder legislativo quien la emitió, Mascareño define este proceso de la siguiente forma: “(...) La Constitución, esa es la verdad, junto con fundar la existencia de las normas creadas internamente (normas de generación interna), según la tramitación respectiva que dispone el propio ordenamiento jurídico (que de otro modo no podrían nacer a la vida del derecho), también se remite y hace aplicable a nivel interno normas que no tienen su origen en el ámbito nacional, sino que tienen su principio en el ámbito internacional, de acuerdo a las formas de creación propias de ese otro sistema jurídico (normas de generación externa). (Mascareño, 2005)

Los tribunales Chilenos, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT han venido introduciendo la semántica de consulta y reconociendo su aplicación directa en sentencias emitidas por las Cortes de apelaciones de Puerto Montt, Valdivia, Temuco, Concepción y Valparaíso. Se extrae como línea rectora lo siguiente:

- Reconocimiento rango constitucional del Convenio 169 de la OIT.
- Reconocimiento Derecho al Territorio.
- Obligatoriedad Consulta en decisiones del estado que puedan afectar a los pueblos indígenas.

De las comunicaciones o sentencias que emite la Corte Suprema se aprecia una evolución en el reconocimiento de la semántica de consulta esos momentos los podemos resumir como sigue:

- Confirma sentencia de Corte de Apelaciones y elimina derechos PPII (Pepiukelen)
- Revoca sentencia Corte de Apelaciones y desconoce derechos PPII (Lof Palguín)
- Subsume derecho consulta en participación regulada en la Ley (Mehuín, San Pedro Atacama – Corte Apelaciones de Antofagasta).
- Reconoce la necesidad de la consulta además de EIA, casos Lanco, Parque Eólico, Paguanta, El Morro

De estos casos tomamos los que consideramos más emblemáticos para poder analizar como los tribunales incorporan progresivamente la semántica de consulta en sus comunicaciones jurídicas y aplican el Convenio 169.

## Conclusiones

- El Convenio 169 está siendo seleccionado por tribunales chilenos pese a ser una normativa internacional, que no ha sido emitida por el poder legislativo chileno, sino por una entidad internacional y que con su ratificación se hace vinculante para el estado. En el mismo objetivo, la desnacionalización del derecho y el pluralismo jurídico se evidencian con lo señalado en los

párrafos anteriores por lo siguiente: El convenio 169 de la OIT es una norma internacional que es vinculante para el estado de Chile, está siendo utilizada por el sistema jurídico (tribunales) como norma vinculante que genera irritaciones en los sistemas de su entorno, se armoniza y/o genera conflictos con otras normas nacionales y es exigible para el estado chileno por la Comisión de Expertos de la OIT quien cada dos años exige a Chile un informe sobre su cumplimiento e implementación.

- El análisis de sentencias realizado se observó que el pluralismo jurídico ha generado una complejidad mayor en el sistema del derecho y su entorno sobre todo en el caso de la efectividad del derecho a la consulta previa ya que esta aplicación irrita los sistemas político y económico que forman parte de su entorno. Además, el pluralismo jurídico en del derecho penal innova e inserta la semántica de derecho propio indígena generando relación de regímenes legales internacional, nacional y en menor medida el derecho propio.
- En las sentencias de los tribunales civiles, se están reconociendo derechos de los pueblos indígenas al hacerse exigible el derecho a la consulta cuando se ven afectados sus territorios ancestrales. Lo anterior permite sostener que se está incluyendo en las comunicaciones del sistema jurídico la semántica de consulta. En el caso de la consulta previa el pluralismo jurídico que genera la ratificación del Convenio 169 influye en las sentencias y estas comunicaciones generan efectos en el sistema político y sobre todo en el sistema económico. La jurisprudencia y la doctrina internacional en este caso indican que la consulta es una obligación que debe ser implementada exclusivamente por los estados. En el caso de Chile la mayor parte de consultas fueron “procedimientos de información” llevado a cabo por la Empresas y en ningún caso cumplían con los estándares y principios que señala en Convenio 169. Lo que motivo que las sentencias “detengan” la ejecución de proyectos de desarrollo económico que pusieron en apuros al gobierno (sistema político) generándose la contradicción del desarrollo: El desarrollo del país vs el derecho de los pueblos indígenas a mantener su forma de vida y preservar el medioambiente.

## Bibliografía

- Alacalá, H. N. (2004). Una senda que merece ser transitada : la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez. Revista Ius et Praxis año 9 N° 2 , 235-236.
- Anaya, J. (2006). Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En M. B. (coord.), Pueblos Indígenas y Derechos Humanos (págs. 29-60). Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- Arnold, M. (2006). Recursos para la investigación Sistemico Constructivista. En F. O. (ed), Ensayos sobre Socioautopoiesis y Epistemología Constructivista (págs. 16 -26). Santiago: Ediciones MAD.
- Aylwin, J. (2010). implicancias de la Ratificación del Convenio 169 en Chile. Temuco: Observatorio Ciudadano.
- Bengoa, J. (2008). Historia del Pueblo Mapuche: Siglo XIX y XX. Santiago: LOM eds.
- Bengoa, J. (2007). La Emergencia Indígena en América Latina. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Benton, L. (2004). Law and Colonial Culture. Cape Town, South Africa: Dock House.
- Berman, P. S. (2007). Global Legal Pluralism. Program in Law and Public Affairs , 1155-1238.
- Cadenas, H. (2008). Autonomía del Sistema Legal Chileno y expectativas frente a su diferenciación: Un análisis a través de los derechos humanos y la corrupción.
- Cadenas, H. (2012). Paradojas de la Diferenciación del Derecho. En U. C. Mascareño, Niklas Luhmann y el legado Universalista de su Teoría (págs. 265-295). Santiago: RIL Editores.



- Carmona, C. (2009). Derecho y Violencia: Reescrituras en torno al pluralismo Jurídico. *Revista de Derecho* , 9-26.
- Caso Sawhoyamaya Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006).
- Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005).
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).
- Castro, M., Vergara, J., & Villegas, M. e. (2009). *Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y Legislación*. Santiago: Publicación del Ministerio de Justicia.
- CIDH. (noviembre de 2005). Descripción del Sistema interamericano de Derechos Humanos. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de [http://www.corteidh.or.cr/info\\_consultas.cfm](http://www.corteidh.or.cr/info_consultas.cfm)
- Comision. (2003). Informe Tomo III. Santiago.
- Congreso Nacional. (05 de octubre de 1993). *Historia de la Ley 19253*. Santiago, Chile.
- Constitucionalidad del Convenio 169, Rol 309 (Tribunal Constitucional 04 de agosto de 2000).
- Cristina Motta, M. S. (2008). *La mirada de los jueces*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Curtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos* , 53-83.
- Dupret, B. (2007). *Pluralismo Jurídico, Pluralidad de Leyes y Prácticas Jurídicas: Teorías Críticas y reespecificación tecnológica*. *Revue de sociologie et droit* .
- Esther Sánchez Botero, I. J. (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Garavito, C. R. (2011). *El Derecho en América Latina : un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Giancarlo Corsi, E. E. (1996). *GLU Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Librería Iberoamericana.
- Griffiths, J. (1986). ¿What is Legal Pluralism? *Journal of legal pluralism and unofficial law* , 1-55.
- Höffe, O. (2008). *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa.
- Höffe, O. (2011). *La Justicia en el mundo globalizado*. Santiago de Chile: Universidad Adolfo Ibañez.
- Indígenas, P. P. (15 de junio de 2011). *Mapuexpress*. Recuperado el 13 de febrero de 2013, de <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7126>
- Luhmann, N. (2005). El derecho como sistema social . En C. Gomez-Jara, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación* (págs. 69-85). Granada: Comares.
- Luhmann, N. (2005). El derecho como sistema social. En C. G.-J. (ed), *Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación* (págs. 69-85). Granada: Comares.
- Luhmann, N. (2005). *El Derecho de la Sociedad*. México: Herder.
- Mackay, F. (2001). *Una Guía para los pueblos indígenas para los Derechos de los pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 14 de noviembre de 2011, de Forest Peoples: <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iachrbriefingoct01sp.pdf>
- Mascareño, A. (2010). Algunas veces subir es bajar: la paradoja de los derechos culturales. En O. E. Nitschack, *Trans\*Chile. Un acercamiento transreal*. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert Verlag.
- Mascareño, A. (2005). La Desnacionalización del Derecho y la Formación de Regímenes Globales de Derecho. En M. Martinic, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro* (pág. 1391). 1428: Lexis-Nexis.
- Mascareño, A. (2007). *Sociología de la cultura: la deconstrucción de lo Mapuche*. *Estudios Públicos* 105 , 61-112.
- Mella, E. (2007). *Los Mapuche ante la Justicia*. Santiago: LOM eds.
- Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT, derecho internacional y experiencias comparadas. *CEP* , 213-276.

- Meza-Lopehandía, M. (2011). El Convenio 169 de la OIT en el sistema normativo Chileno. En C. C. Matías Meza-Lopehandía, *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile* (págs. 102-135). Santiago de Chile: Observatorio Ciudadano de Pueblos indígenas.
- Mont, S., & Matta, M. (2011). Una visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Estudios Públicos N°121 Verano* , 133-212.
- OIT. (2003). *Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales, un manual*. Ginebra: OIT.
- ONU. (febrero de 2008). *ACNUR- Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Recuperado el 12 de diciembre de 2012, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451>
- ONU. (mayo de 2001). *Foro Permanente para las cuestiones indígenas*. Recuperado el 17 de enero de 2013, de <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Nosotros/Historia.aspx>
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio num. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT.
- Pajuelo, R. (2008). Perú: Política, etnicidad y organizaciones indígenas. En R. Pajuelo, *Reinventando comunidades imaginadas* (págs. 31-60). Lima: IFEA -IEP.
- Popisil, L. (1974). *Anthropology of law. A comparative theory*. New Haven: Harper and Row Publishers.
- Rodriguez-Piñero, L. (2006). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Los Pueblos Indígenas. En M. B. (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* (págs. 153-203). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.
- Rodriguez-Piñero, L. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism and Intenational Law ( The ILO Regime 1919-1989)*. New York: Oxford Press.
- Rolf, F., & Vergara, J. (2002). Permanencia y tranformacion del conflicto Estado-mapuches en Chile. *Revista Austral de Ciencias Sociales* , 35-45.
- Rudolf, H., Juan Carlos, M., Cecile, L., & Rosembert, A. (2008). *Hacia Sistema Juridicos Plurales*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Sanchis, A. (2008). Pensar el modelo Intercultural desde el Derecho. *Revista de Estudios Jurídicos N° 8* , 1-14.
- Santos, B. d. (2007). *La Globalización del Derecho*. Bogotá: ILSA.
- Sentencia de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, 309 2000 (Tribunal Constitucional 04 de agosto de 2000).
- Severo, L. (2009). Observaciones sobre la Observación Luhamaniana. En M. King, L. Severo, & G. Shwartz, *A verdade sobre AUTOPOIESE NO DEREITO* (págs. 11-39). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Tamanaha, B. (2007). *Understanding Legal Pluralism: Past to present, local to global*. Sydney: Faculty of Law.
- Teubner, G. (2009). El Derecho como sujeto epistemico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho. *Revista de Derecho Universidad de Frankfurt* , 533-571.
- Toledo, V. (2007). *La Memoria de las Tierras Antiguas Tocando a las Puertas del Derecho. Políticas de la Memoria Mapuche en la transición Chilena*. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*. año 11 Vol. 1 USACH .
- Toledo, V. (30 de marzo de 2011). *Mapuexpress*. Recuperado el 28 de enero de 2013, de <http://www.indh.cl/indh-decreto-124-sobre-consultas-indigenas-no-satisface-obligaciones-internacionales-2>
- Tubino, F. (2008). No una sino muchas ciudadanías: Una reflexion desde el Perú y America Latina. *Cuadernos interculturales* , 170-180.

- Urteaga, E. (2012). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. *Contrastes: Revista de filosofía* , 301-317.
- Valdivia, J. M. (2011). Alcances Jurídicos del Convenio 169. CEP Centro de Estudios Públicos , 35-70.
- Valenzuela, R. (2009). *Retórica*. Santiago de Chile: Jurídica editores.
- Vergara, J. I. (2005). *La Herencia Colonial del Leviatán: El Estado y los Mapuche- Huilliches (1750-1881)*. Iquique: Ediciones Instituto de Estudios Andinos- Universidad Arturo Pratt.
- Yrigoyen, R. (2010). A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Lima: Grafica Cuatro.
- Yrigoyen, R. (2006). Hitos del Reconocimiento del Pluralismo jurídico y el Derecho Indígena en el Constitucionalismo Andino. En M. Berraondo, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* (págs. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Yrigoyen, R. (2004). Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos. En M. C. (ed.), *Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Santiago de Chile: Programa Internacional de Interculturalidad - Universidad de Chile.