



Las prácticas consuetudinarias de comercialización de la producción indígena campesina

Análisis del proyecto de ley que busca garantizar el derecho a ejercerlas

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Equipo de Trabajo

Pedro Harris
James Wilkins
Guido Williams

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que otorga reconocimiento y protección a las prácticas consuetudinarias de comercialización de la producción de la economía familiar campesina de los Pueblos Originarios" (boletín N° 13549-17).

N° SUP: 128519

Resumen

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce un vínculo entre la vida cultural indígena y sus actividades económicas. Por lo mismo, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege explícitamente aquellas tradicionales y de subsistencia, sin perjuicio de que las más recientes declaraciones de derechos indígenas amplía este ámbito de protección a todas sus actividades económicas. Además, existe una obligación de proteger el trabajo indígena.

Por otra parte, existe una protección de la economía indígena asociada a la autonomía indígena, presente tanto en el Convenio 169 como otros instrumentos internacionales.

El texto constitucional vigente reconoce un derecho a realizar cualquier actividad económica dentro de ciertos parámetros, la cual puede regularse mediante normas legales. Ahora bien, las prácticas consuetudinarias de comercialización no tienen un tratamiento especial en la legislación vigente.

El proyecto de ley propone reconocer un derecho a la comercialización directa o a través de ciertos intermediarios del remanente de lo que denomina la Economía Familiar Campesina de los Pueblos Originarios. Para ello establece que no puede ser objeto de sanciones, medidas administrativas ni exigencia de inscripción previa. Asimismo, propone que su regulación debe contar con el consentimiento previo de los concernidos y establece unos derechos mínimos ejercitables en contextos de estado de excepción constitucional. Se analizan algunos alcances de la propuesta.

Introducción

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados ha solicitado a la Biblioteca del Congreso Nacional un informe en que analice el proyecto de ley otorga reconocimiento y protección a las prácticas consuetudinarias de comercialización de la producción de la economía familiar campesina de los pueblos originarios.¹

Para ello, la primera sección describe brevemente el contenido del proyecto. Luego se presentan los estándares internacionales pertinentes a dichos contenidos, con especial énfasis en lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169), que es hasta la fecha el único tratado internacional abierto a ratificaciones que trata específicamente acerca de los derechos de los pueblos indígenas. La sección también considera las disposiciones pertinentes de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas de 2007 (DDPI) y la Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas de 2016 (DAPI), ambos instrumentos internacionales firmados por Chile. Finalmente, se presenta un análisis del articulado del proyecto a la luz del estándar descrito, donde se incluye un apartado que describen los principales aspectos de la regulación actual aplicable a este tipo de comercialización.

Por último, advertir que la cuestión de la procedencia de la consulta previa indígena, abordada en los tres instrumentos sobre pueblos indígenas mencionados, no ha sido incluida en este informe. El tema ha sido ampliamente revisado en diversos informes BCN.²

I. Breve descripción del proyecto y su fundamentación

El proyecto, iniciado por moción parlamentaria, comienza reseñando brevemente la historia de la ocupación indígena del territorio nacional, y el marco jurídico que regula sus derechos. Luego fija su atención en la realidad económica de dichos pueblos, en particular la situación de la agricultura mapuche. Ahí se afirma que el 98% de las explotaciones agrícolas de la Región de La Araucanía calificarían como “microempresas agrícolas”, las cuales no serían particularmente rentables.

El proyecto identifica “la situación que afecta a las Hortaliceras Mapuches de Temuco” como la motivación principal para presentar el proyecto de ley.³ Diversos desalojos realizados por Carabineros calificados como violentos, habrían llevado a las afectadas a interponer acciones legales contra el Alcalde por discriminación. Además, se habrían llevado a cabo movilizaciones de diversos actores sociales.

Luego el proyecto profundiza en los derechos de los pueblos indígenas. Comienza invocando las normas nacionales que establecen el derecho de aquellos a “mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales” y el deber correlativo del Estado de “promover las culturas indígenas”, manifestado

¹ Boletín N° 13.549-17

² La cuestión de las obligaciones del Congreso Nacional en relación con la consulta previa indígena está tratada en BCN (2018). El modo en que dichas obligaciones han sido abordadas en la práctica por el Congreso ha sido analizado en la sección III del informe BCN (2020c).

³ Este habría comenzado en 2011, con la dictación por parte del Alcalde de un Decreto que prohibió el comercio estacionado y ambulante en el centro de Temuco, generando la oposición de las *hortaliceras* y otros comerciantes que han intentado seguir ocupando el espacio (BCN, 2020a).

concretamente en el mandato que la ley entrega a la Corporación Nacional Indígena (CONADI) en estas materias. Asimismo, recuerda el reconocimiento del derecho a “ejercer libremente el control de su propio destino en condiciones de igualdad”, establecido en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (DDPI), y el consiguiente derecho a conservar y reforzar su propia cultura. En el mismo sentido, invoca diversas disposiciones del C169 tanto relativas a la protección de las tierras indígenas, como su cultura, incluyendo expresamente sus actividades económicas como la industria rural y comunitaria y las actividades tradicionales de subsistencia. Lo anterior establecería un “derecho al ejercicio de la economía indígena y a las formas consuetudinarias de su producción”. En consecuencia, la idea matriz del proyecto sería garantizar el ejercicio de este derecho.

Para ello, el proyecto propone reconocer “las prácticas consuetudinarias de comercialización de la producción generadas por la Economía Familiar Campesina de los Pueblos Originarios” (EFCPO) de las personas, familias y organizaciones de los pueblos reconocidos en la Ley N° 19.253. Asimismo, ofrece una definición de la EFCPO, agregando que no puede sancionarse la comercialización directa de su remanente, sin perjuicio de autorizar su venta a un comercializador de micro o pequeña empresa, locatario menor o feria libre. Se establece también que esta producción queda eximida de toda medida administrativa y no requerirá ningún tipo de registro. La autoridad no podrá limitar este derecho sin el previo consentimiento de los afectados.

Finalmente, el artículo 2 del proyecto regula el ejercicio de derecho en Estados de Excepción Constitucional.

II. La protección de la actividad económica indígena en el derecho internacional

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce y protege la cultura indígena y establece la obligación estatal de protegerla.⁴ Este derecho a integridad cultural es considerado como uno de los principios fundamentales del C169 y parte integrante del *corpus iuris* internacional.⁵

En efecto, el C169 establece explícitamente la obligación de los Estados de garantizar el respeto de la integridad de los pueblos indígenas en diversos artículos, y lo mismo hacen la DDPI y la DAPI.⁶ En el caso del Convenio, esta obligación se concreta en diversos ámbitos e instituciones, como el pluralismo jurídico, los derechos territoriales, la salud y la educación intercultural, la consulta previa indígena y la actividad económica indígena.⁷

Respecto de esta última cuestión, el Convenio establece como regla general que “[a]l aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.⁸ De esta manera, la regulación nacional de una determinada actividad económica debe ser aplicada con este criterio de pluralismo jurídico. Esto es particularmente

⁴ BCN, 2020b.

⁵ Meza-Lopehandía, 2013; Carmona, 2013.

⁶ Cfr. art. 2, 4.1, 5 a y b C169; arts. 11-13 DDPI y art. X y XIII DAPI.

⁷ Por ejemplo, las normas sobre pluralismo jurídico (arts. 9 al 11); las relativas al reconocimiento y protección de las tierras indígenas (arts. 13-19); salud intercultural (art. 25.2); y educación intercultural (arts. 27.1, 28.1, 28.3 y 31). Incluso la consulta previa indígena, en tanto busca la protección de derechos e intereses indígenas y reconoce el rol de las instituciones representativas indígenas, ha sido vinculada estrechamente a la protección de la identidad cultural (Carmona, 2013).

⁸ Art. 8.1 C169.

cierto respecto de las actividades relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos indígenas, pues estas están explícitamente protegidas en el Convenio y son reconocidas como elementos relevantes para mantener su cultura y sostener su desarrollo:

La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la *economía de subsistencia* de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, *deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos*. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.⁹

Por su parte, la DDPI trasciende el ámbito de la economía tradicional y de subsistencia, reconociendo el derecho de los pueblos indígenas “a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales *y de otro tipo*”.¹⁰ En el mismo sentido, la DAPI les reconoce el derecho “a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas”.¹¹ Ahora bien, cabe tener presente que el Convenio también aborda la cuestión económica desde la perspectiva de la autonomía indígena, reconociendo un derecho a decidir las prioridades de desarrollo, y derechos de utilización, conservación y administración de los recursos naturales presentes en sus territorios.¹² Esta perspectiva se desarrolla con mayor intensidad en la DDPI y en la DAPI, que reconocen directamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas concretado en la autonomía o auto-gobierno al interior del Estado.¹³

Por otro lado, el C169 establece un deber explícito de adoptar medidas especiales para proteger el trabajo de los pueblos interesados, siempre con su participación y consulta.¹⁴

En síntesis, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce un vínculo entre la vida cultural indígena y sus actividades económicas. Por lo mismo, el C169 protege explícitamente aquellas tradicionales y de subsistencia, sin perjuicio de que las más recientes declaraciones de derechos indígenas amplía este ámbito de protección a todas sus actividades económicas. Además, existe una obligación de proteger el trabajo indígena.

Por otra parte, existe una protección de economía indígena asociada a la autonomía indígena, presente tanto en el Convenio 169 como en las declaraciones señaladas.

⁹ Art. 23.1 C169. Énfasis añadido.

¹⁰ Art. 20.1 DDPI. Énfasis añadido.

¹¹ Art. XXIX DAPI.

¹² Cfr. Preámbulo, art. 7.1 y 15.1 C169.

¹³ Art. 3 y 4 DDPI y art. III y XXI DAPI

¹⁴ Art. 4 C169.

III. Análisis del proyecto de ley

1. Marco normativo vigente

1.1. El derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica

Desde el punto de vista constitucional, las PCC están protegidas, en principio por el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica”, consagrado en el artículo 19 N° 21 constitucional. Esta disposición establece tres límites al ejercicio del derecho: la moral; el orden público; y la seguridad nacional, las cuales —conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional (TC) — excluirían de la protección constitucional solo a aquellas actividades que caben dentro de dichas categorías.¹⁵ Al mismo tiempo, condiciona su ejercicio al respeto a “las normas legales que lo regulen”, las que deben “permitir el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil”.¹⁶ De acuerdo al propio TC, estas normas reguladoras deben ser formalmente leyes, y no reglamentos administrativos.¹⁷

El hecho de que este derecho esté constitucionalmente reconocido supone que la regulación legal debe respetar “el contenido esencial del derecho” ni debe imponerle condiciones que hagan imposible su ejercicio.¹⁸ A esto, el TC ha agregado que dicha regulación debe ser determinada y específica y ser razonable y justificada.¹⁹

¹⁵ STC, rol 280:c.22.

¹⁶ STC 146 c. 9. En el mismo sentido, STC 167 c. 14, STC 2643 c. 16, STC 2644 c. 16.

¹⁷ “La expresión ‘regular’ no puede jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, *deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo*” (STC 146 c. 9; énfasis añadido. En sentido similar, STC 167 cc. 12 y 14, STC 185 c. 12, STC 226 c. 43, STC 479, c. 12 -13, STC 480 c. 9-12, STC 2643, STC 2644 c. 13). Nogueira (2005), señala que el TC distingue entre reserva absoluta y reserva relativa. En este último caso, la reserva legal solo alcanzaría los aspectos básicos de la cuestión reservada, pudiendo el legislador delegar el resto a la administración. Unas y otras se distinguirían por la redacción de sus preceptos. Pertenecería a este último grupo aquellas que utilizan fórmulas como las del artículo 19 n° 21 (“las normas legales que lo regulen”), mientras que al primero, aquellas que usen términos como “la ley regulará” o “sólo por ley”.

¹⁸ Art. 19 N° 26 CPR. “La determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación (STC 792 c. 13. En el mismo sentido” STC 2841 cc. 20 y 25, STC 3029 c. 14).

¹⁹ STC 1365-09 c.23. La misma sentencia cita los roles STC 226, 280, 293 y 325.

1.2. Regulación legal y administrativa de la actividad económica indígena

En términos generales, la LDI recoge los lineamientos internacionales en materia de protección de la cultura indígena.²⁰ Sin embargo, no recoge ni protege la relación entre las actividades económicas indígenas, especialmente las de subsistencia y las consuetudinarias, y la cultura indígena. En consecuencia, las prácticas consuetudinarias de comercialización (PCC) a las que hace referencia el proyecto de ley están sometidas a la legislación nacional ordinaria.

De acuerdo al proyecto de ley, lo que se pretende garantizar es la comercialización sin intermediarios — aunque también su venta a comercio detallista — del remanente de la producción de la Economía Familiar Campesina de Pueblos Originarios (EFCPO). Como se desprende de la situación de las hortaliceras de Temuco, invocada en el proyecto como lo que “gatilla” su ingreso, el objeto principal del mismo es garantizar el ejercicio de una práctica que se manifiesta principalmente como comercio ambulante.

Hasta la fecha, el legislador chileno no ha establecido una regulación explícita de dicha actividad. En la práctica, esta ha estado a cargo de la autoridad municipal, en ejercicio de las atribuciones de administración del espacio público que la ley delega en la autoridad municipal. En este sentido, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695 de 1988, califica como una de las facultades esenciales del municipio, la administración de los bienes nacionales de uso público, encargando al Alcalde su ejercicio.²¹ Además, lo autoriza a otorgar concesiones y permisos precarios, sin derecho a indemnización por revocación, siendo el Alcalde quien está autorizado a otorgarlos.²²

2. Alcance del proyecto de ley

Como se ha señalado, la idea matriz del proyecto es “reconocer el ejercicio del derecho a las prácticas consuetudinarias de comercialización de la producción de los Pueblos Originarios”. Para ello se autoriza la comercialización del remanente de la producción de la Economía Familiar Campesina de Pueblos Originarios (EFCPO), estableciendo una definición de la misma y una protección para dichas prácticas.

A continuación se describen y analizan sus principales componentes de la normativa propuesta.

²⁰ En efecto, reconoce y valora la “integridad y desarrollo” de los pueblos indígenas del país, “de acuerdo a sus costumbres y valores” y establece el deber del Estado y la sociedad de respetar, proteger y promover[...] sus culturas”. Esto se concreta en el párrafo dedicado al “Reconocimiento, Respeto y y Protección de las Culturas Indígenas”, que se refiere a cuestiones lingüísticas, educación intercultural, medios de comunicación, y protección del patrimonio indígena (Cfr. art. 28 y 29 LDI).

²¹ Art. 5.c y 63.f Ley N° 18.695, respectivamente. De acuerdo al Código Civil (CC), estos son aquellos “cuyo dominio pertenece a la nación toda” y cuyo “uso pertenece a todo los habitantes de la nación”, entre ellos, las calles y aceras (art. 589 CC).

²² Art. 36 y 63.f Ley N° 18.695, respectivamente.

2.1. Definición y elementos de la producción de la Economía Familiar Campesina de los Pueblos Originarios

El proyecto define la EFCPO como:

[L]as actividades que realizan personas indígenas, *tales como* las artesanías, las industrias rurales y comunitarias, las actividades tradicionales y relacionadas con la economía agraria, así como la resultante de la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, y *cuyo resultado sea la cantidad necesaria para satisfacer el consumo de la persona que la realiza*, de su familia y organización y cuyo remanente se comercializa sin intermediación.²³

De esta manera, el proyecto opta por entregar una lista abierta de actividades económicas que pueden ser consideradas como EFCPO, lo que se desprende del uso de la fórmula “tales como”. Asimismo, ofrece una serie de elementos para especificar el alcance de la actividad protegida, los que se revisan a continuación.

Elemento personal

Un primer elemento que caracteriza la EFCPO es quien la ejecuta. Se trata de actividades realizadas por personas indígenas. El inciso primero del mismo artículo 1 reconoce que el productor también puede ser entendido colectivamente, esto es, las “familias, comunidades y asociaciones de los Pueblos Originarios”. Además, lo acota a aquellos pueblos reconocidos en la Ley N° 19.253.

Economía de subsistencia

Un segundo elemento es que el producto de dicha actividad “sea la cantidad necesaria para satisfacer el consumo de la persona que la realiza, de su familia y organización”. Esto parece apuntar a que el proyecto quiere acotar el alcance de la actividad protegida a la economía de subsistencia, o sea, aquella que se orienta a satisfacer las necesidades propias de consumo de la familia y/o comunidad.

De esta manera, el proyecto excluye otras formas de producción agrícola en las que el destino principal no es el consumo directo, sino que la producción para el mercado.

Lo anterior, es sin perjuicio de que el producto de la EFCPO tenga un remanente, esto es, una parte del mismo que no es consumida por los productores y su familia, comunidad o asociación de comunidades, el cual se autoriza a comercializar en las condiciones que el proyecto establece.

Formas de comercialización no sancionable

Como se verá en el siguiente apartado, el proyecto opta por eximir de sanciones a la actividad de comercialización de la EFCPO. De esta manera indirecta, autoriza dos formas de comercialización: (a) la comercialización directa, esto es, la venta que hace el productor al consumidor final; (b) una comercialización con intermediario, el cual debe ser (i) micro empresa; (ii) pequeña empresa; (iii) locatario menor; o (iv) locatario de una feria libre.

Los conceptos de micro empresa y pequeña empresa están definidos en la Ley N° 20.416 y responde a dos clasificaciones distintas. La primera, que es de aplicación general en dicha ley, se funda en los

²³ Art. 1 inciso segundo proyecto de ley . Énfasis añadido.

ingresos anuales de la respectiva empresa.²⁴ La segunda, incorporada al Código del Trabajo por la misma normativa, que distingue a la micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.²⁵ Frente a esta ambivalencia, puede ser conveniente aclarar a cual definición se refiere el proyecto.

En cuando a los otros dos conceptos utilizados en esta parte del proyecto — locatario menor y locatario de feria libre— cabe tener presente que no existe norma de rango legal que regule el funcionamiento de las ferias libres ni se refiera a “locatarios menores”. Esta actividad es esencialmente regulada en Ordenanzas Municipales, dictadas en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos se refiere a los “locatarios de feria libre” para aclarar que estos deben emitir boletas, salvo cuando califiquen como “pequeño contribuyente”. Este concepto está establecido en el artículo 22 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, e incluye explícitamente a “los pequeños comerciantes que desarrollan actividades en la vía pública [...] en forma ambulante o estacionada y directamente al público”. De esta manera, el concepto de “pequeño contribuyente” de la Ley de Renta podría ser efectivo para identificar a los intermediarios que quedan comprendidos en el ejercicio del derecho que se reconoce.

Lugar de ejercicio

El proyecto señala que las prácticas reconocidas son aquellas realizadas en “las comunas y regiones donde habitan o comercializan su producción”.²⁶ Al referirse a los lugares en que son comercializadas, el proyecto reconoce que estas pueden realizarse en cualquier parte, pues no establece un marco temporal de habitualidad del ejercicio en un lugar determinado para estar dentro el supuesto normativo. En otras palabras, el carácter consuetudinario de la práctica no estaría determinado por el lugar donde se realiza, sino que por los otros elementos establecidos en el proyecto: que recaiga sobre el remanente de una actividad productiva de subsistencia y que esta sea practicada por indígenas.

2.2. Medidas de protección de la comercialización

El reconocimiento establecido en el inciso primero del artículo 1 del proyecto se concreta en dos formas de protección que se revisan a continuación.

Exclusión de sanción

La primera —contenida en el inciso tercero del mismo artículo — se configura como una especie de inmunidad. En efecto, se señala que:

²⁴ Conforme a este criterio, las micro empresas aquellas cuyas actividades comerciales no hayan superado las 2400 UF en el año calendario. Las pequeñas empresas son las que se superan tal cantidad, pero no exceden las 25.000 UF en el año calendario.

²⁵ Conforme a este criterio, son micro empresas las que tienen 9 o menos trabajadores. La pequeña empresa es aquella que tienen entre 10 y 49 trabajadores.

²⁶ Énfasis añadido.

No se sancionará a la persona, familia, comunidad o asociación indígena que comercialice el remanente de su producción no consumida, directamente al público o a un comercializador que sea micro o pequeña empresa, locatario menor o de una feria libre.²⁷

Como se aprecia, la disposición excluye de sanción a quienes comercialicen el producto de la EFCPO de los modos que especifica. Con esto, el proyecto parece buscar que no se sancione el ejercicio de la comercialización de dichos productos, pero no especifica a qué tipo de sanciones se refiere —por ejemplo, civiles, administrativas, penales— y no queda claro por qué opta por eliminar la sanción, en vez de autorizar la actividad de comercialización y regularla.

Exención de trámites administrativos

El proyecto establece que la comercialización de los productos de la EFCPO estarán exceptuados “de toda medida administrativa”. El alcance de esta disposición no es claro.

Por una parte, podría entenderse como una reafirmación de la necesidad de regular el ejercicio del derecho mediante ley y no mediante reglamento. Sin embargo, el concepto de “medida administrativa” —si bien es utilizado en el C169— no tiene una definición legal en el ordenamiento jurídico chileno, lo que dificulta la determinación de su alcance. Si bien podría homologarse al concepto de “acto administrativo” su alcance también es variable, y se discute si incluye o no a los reglamentos.²⁸

Finalmente la idea de eximir la actividad de “toda” medida administrativa puede tener un alcance indeseado. Por ejemplo, desde el punto de vista sanitario, la actividad de los vendedores ambulantes se regula en el Reglamento Sanitario de Alimentos.²⁹ Si dicho reglamento se considera como una medida administrativa, la actividad reconocida y protegida en el proyecto quedaría exenta de regulación sanitaria.

Exención de toda obligación de registro

El proyecto señala que la actividad de comercialización señalada “no estará sometida a la obligación de inscripción en registro alguno para su ejercicio”. Esta disposición parece explicitar a nivel legal la regla constitucional que exige regular, al menos los aspectos básicos del ejercicio de tal derecho, r a través de la ley y no por la vía reglamentaria.

Desde el punto de vista práctico, esta ausencia de inscripción obligatoria podría generar ciertas dificultades para el ejercicio del derecho. Piénsese en la situación de las hortaliceras de Temuco. La regulación del comercio ambulante seguiría entregada a la ordenanza municipal y al Decreto Alcaldicio respectivo.³⁰ Las hortaliceras, amparadas en el nuevo reconocimiento legal, se instalan en el perímetro prohibido. Su derecho depende de que cumplan con los requisitos legales (ser indígenas y estar comercializando el remanente de la EFCPO). El problema podría presentarse a la hora de demostrar ante la autoridad fiscalizadora el cumplimiento de dichos requisitos, cuestión que podría resolverse con

²⁷ Énfasis añadido.

²⁸ Por ejemplo, se discute si un reglamento es o no un acto administrativo (Pierry, 2005 por la afirmativa; Cordero, 2019, por la negativa). Por otra parte, se sostiene que acto administrativo es todo acto escrito de la administración, aunque Moraga (2010) afirma que incluso puede ser un acto no escrito.

²⁹ Arts. 74, 74a y 74b

³⁰ Véase BCN, 2020a.

una inscripción previa, cuyos elementos básicos estén establecidos en la ley, y no en un reglamento, conforme a la interpretación del TC y la doctrina citada anteriormente.

Regulación del ejercicio de la actividad

Como se ha señalado más arriba, existe un derecho constitucional a realizar cualquier actividad económica. Conforme a lo establecido por el TC, su ejercicio solo puede estar regulado por ley. Sin embargo, el proyecto habilita una fórmula para “limitar” su ejercicio. Señala al respecto:

Las instituciones públicas, comunales o regionales y sus autoridades, no podrán limitar en ninguna forma sus derechos a la comercialización sin el consentimiento previo, libre e informado de las personas, familias u organizaciones indígenas afectadas.

De esta manera, se propone delegar a la autoridad administrativa la regulación del ejercicio del derecho, pero exigiendo que la misma se haga con el consentimiento previo, libre e informado de los indígenas concernidos. Aunque el proyecto no lo señala, el procedimiento por excelencia para recabar dicho consentimiento es la consulta previa indígena del C169, regulada en el Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social. Ahora bien, por expreso mandato del proyecto de ley, en este proceso de consulta, el consentimiento indígena no sería solo un principio que guía el proceso, sino que una condición *sine qua non*, para adoptar la regulación respectiva.

Por su parte, el proyecto habilita la limitación de los derechos a la comercialización. Cabe tener presente que el texto constitucional vigente establece que la limitación de los derechos constitucionales solo es posible en los casos en que aquella lo autoriza. En el caso del derecho a realizar cualquier actividad económica, el texto autoriza su *regulación* por ley (normas legales), y no su *limitación*.³¹

2.3. Ejercicio del derecho durante estados de excepción constitucional

El artículo 2 del proyecto establece que la autoridad a cargo de una comuna o región bajo estado de excepción constitucional (ECC) debe “proveer de los espacios y facilitar el acceso” para el ejercicio del derecho reconocido en la ley”.

Aquí debe tenerse presente que es el propio texto constitucional el que establece los tipos de ECC y los derechos que pueden ser limitados en cada uno de ellos.³² Así, por ejemplo, en el estado de asamblea, el Presidente de la República puede incluso suspender el derecho de reunión y la libertad de trabajo y disponer requisaciones de bienes y limitar el derecho de propiedad. El estado de catástrofe lo autoriza también a disponer requisaciones, limitar el derecho de propiedad “y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.”

³¹ Arts. 19 N° 21 y N° 26 CPR.

³² Véase art. 43 CPR

3. Ubicación sistémica

El proyecto de ley contiene los dos artículos revisados, sin modificar otros cuerpos legales. Dado que se trata de un derecho que se reconoce en función de la importancia que tienen las prácticas que se buscan proteger para la identidad cultural indígena, podría ser relevante tener presente que el párrafo primero del Título IV de la Ley N° 19.253 trata “Del Reconocimiento, Respeto y Protección de las Culturas Indígenas”. En particular, su artículo 28 lista ciertos derechos y elementos que configuran el deber del estado en relación a las cuestiones señaladas.

Bibliografía

- BCN. (2018). Consulta Previa Indígena y Congreso Nacional. Estándar internacional y procedimiento de consulta en Chile. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lobr> (noviembre , 2020).
- (2020a). La situación de las hortaliceras mapuche en la ciudad de Temuco. Contexto y el estatuto jurídico aplicable. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lrxp> (noviembre , 2020).
- (2020b). Derecho a la identidad y pertenencia étnica en el derecho internacional Análisis de los proyectos de ley que buscan permitir la inclusión de la pertenencia étnica en la cédula de identidad. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lyct> (noviembre, 2020).
- (2020c). Proyecto de ley que crea el Ministerio de Agricultura, Alimentos y Desarrollo Rural. Participación y consulta previa indígena. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lo23> (noviembre , 2020).
- Carmona, Cristóbal. (2013). Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, 19(2):301-304.
- Cordero, Eduardo. (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis*, 25(1): 285-334.
- Meza-Lopehandía. (2013). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones: pp. 337-439.
- Moraga, Claudio (2010). La actividad formal de la Administración del Estado. En: Rolando Pantoja (coord.). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo VII. Santiago: Legalpublishing.
- Pierry, Pedro. (2007). Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República. En: *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas de las segundas jornadas de Derecho Administrativo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso: pp. 71-80.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)