Luego de siglos de negación, dominación, imposición de políticas de asimilación —cuando no de exterminio— e integración forzada, en las últimas décadas hemos visto emerger a los pueblos indígenas como actores políticos relevantes en diversos Estados de América Latina.

En el caso de Chile, el reconocimiento jurídico y político de estos pueblos ha sido lento y complejo. Dentro de los países de la región cuya población indígena es proporcionalmente significativa, Chile es el único que no reconoce sus derechos a nivel constitucional. La legislación chilena hasta hace poco no reconocía la existencia de los pueblos indígenas, así como tampoco los derechos que estos tienen sobre sus tierras, territorios y recursos de propiedad ancestral —a excepción de las aguas en el caso de los pueblos andinos—.

La presente obra colectiva es el resultado del trabajo de investigación y sistematización sobre la situación pasada y presente de los derechos de estos pueblos en Chile, así como también de la evolución experimentada en los últimos años por el derecho internacional y comparado. Pretende convertirse en un antecedente y una herramienta que los propios pueblos indígenas puedan utilizar, y constituirá, sin duda, un aporte para avanzar hacia un tratamiento más justo y respetuoso, pues fundamenta la urgente necesidad de que el Estado chileno revise y adecue su normativa y políticas públicas a estándares internacionalmente aceptados.

IWGIA

9 789560 004604

Los pueblos indígenas y el derecho

José Aylwin (coordinador)
Matías Meza-Lopehandía
Nancy Yáñez

IWGIA
Please don't remove

LOM EDICIONES

DERECHO *en* DEMOCRACIA

OBSERVATORIO CIUDADANO

José Aylwin

Es abogado y magíster en Derecho. Integró la Comisión Chilena de Derechos Humanos entre 1984 y 1993, fue director del Instituto de Estudios Indígenas de la UFRO y coordinador del Programa de Derechos Indígenas. Actualmente se desempeña como profesor de la cátedra de Derecho Indígena en la Universidad Austral de Chile y es codirector del Observatorio Ciudadano.

Nancy Yáñez

Es abogada, magíster en Derecho Internacional con mención en Derechos Humanos y candidata a doctora en Derecho. Especialista en derechos indígenas, territoriales y de aguas, actualmente es codirectora del Observatorio Ciudadano, profesora de Antropología Jurídica en la Universidad de Chile y profesora invitada del programa de Formación de Derechos Humanos para Pueblos Indígenas de la Universidad de Deusto (España).

Matías Meza-Lopehandía

Es abogado y magíster en Derechos Humanos. Forma parte del Observatorio Ciudadano, desde donde ha contribuido a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y a la documentación de sus vulneraciones más graves. Asimismo, ha asesorado a comunidades indígenas de diferentes regiones del país. En 2010 fue distinguido con la beca Rómulo Gallegos, lo que le permitió trabajar durante un año en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los pueblos indígenas y el derecho

COLECCIÓN
DERECHO *en* DEMOCRACIA

Lom
PALABRA DE LA LENGUA
YÁMANA QUE SIGNIFICA
Sol

Aylwin Oyarzún, José
Los pueblos indigenas y el derecho [texto impreso] /
José Aylwin Oyarzún (coordinador); Matías Meza-
Lopehandía; Nancy Yánez Fuenzalida .– 1.ª ed. –
Santiago: LOM Ediciones; 2013.
604 p.: 21,6x14 cm. (Colección Derecho en democracia)
ISBN: 978-956-00-0460-4
1. Derechos de los pueblos indígenas 2. Indígenas - Chile -
Situación jurídica I. Título. II. Serie. III. Meza-Lopehandía,
Matías IV. Yáñez Fuenzalida, Nancy.
Dewey : 323.110983.-- cdd 21
Cutter : A981p

FUENTE: Agencia Catalográfica Chilena

© LOM Ediciones / Observatorio Ciudadano
Primera edición, 2013.
ISBN: 978-956-00-0460-4
RPI: 232.341

EDICIÓN Y COMPOSICIÓN
LOM ediciones. Concha y Toro 23, Santiago.
TELÉFONO: (56-2) 2688 52 73 | FAX: (56-2) 2696 63 88
E-MAIL: *lom@lom.cl*
WEB: *www.lom.cl*

DISEÑO DE COLECCIÓN Estudio Navaja
Tipografía: *Karmina*

EL OBSERVATORIO CIUDADANO AGRADECE A:

FORDFOUNDATION
Working with Visionaries on the Frontiers of Social Change Worldwide

IWGIA

IMPRESO EN LOS TALLERES DE LOM
Miguel de Atero 2888, Quinta Normal.

Impreso en Santiago de Chile

Los pueblos indígenas y el derecho

José Aylwin (coordinador)
Matías Meza-Lopehandía
Nancy Yáñez

LOM EDICIONES

OBSERVATORIO CIUDADANO

Índice

Prólogo Felipe Gómez Isa | 19

Prólogo José A. Marimán | 23

Presentación | 29

Capítulo I
Los derechos de los pueblos indígenas en Chile | 41

Introducción | 41

1. El pueblo *mapuche* | 47

1.1. Mundo precolombino | 47
1.2. El régimen colonial español: conquista, desposeimiento y resistencia *mapuche* | 53
1.2.1. Primeros contactos | 53
1.2.2. El ideario de la conquista española | 53
1.2.3. Políticas coloniales hispanas tempranas y su impacto en los pueblos indígenas de Chile | 60
i. La imposición del sistema de la encomienda | 60
ii. La extracción aurífera | 61
iii. Apropiación y distribución de las tierras indígenas | 62
1.2.4. Sometimiento y resistencia *mapuche* | 63
1.2.5 Las principales instituciones aplicadas a los *mapuche* por el régimen colonial en Chile | 65
i. La encomienda | 66
ii. La esclavitud | 70
iii. La guerra defensiva y los parlamentos | 71
1.2.6. Consecuencias de la conquista española para los pueblos indígenas | 80

1.3. El periodo republicano: invasión militar, reducción, asimilación y revitalización del pueblo *mapuche* en el marco del Estado chileno | 83
1.3.1. El periodo igualitario | 83
1.3.2. El periodo proteccionista y expansionista | 86
1.3.2.1. Contratos abusivos y leyes proteccionistas | 86
1.3.2.2. La invasión final de la Araucanía | 88
i. El plan de Saavedra | 88
ii. La ley de 1866 | 90
iii. La invasión de la Araucanía | 91
1.3.2.3. La imposición del sistema de reducción | 93
1.3.2.4. La división de la propiedad comunitaria y otras modalidades de desposeimiento legal de tierras *mapuche* | 99
i. Las leyes de la división | 99
ii. Leyes de propiedad austral | 101
iii. Otra legislación referida a los *mapuche* | 103
iv. Consecuencias de la legislación divisoria | 105
v. Rearticulación y demandas *mapuche* | 106
1.3.2.5. El periodo de la reforma agraria | 107
1.3.2.6. La liquidación de la comunidad reduccional *mapuche* | 112
1.3.2.7. La transferencia de tierras fiscales a comunidades *mapuche* | 115
1.3.2.8. Organización y resistencia *mapuche* | 115

2. El pueblo *aymara* | 118

2.1. El poblamiento *aymara* y sus orígenes | 118
2.1.2. Antecedentes coloniales | 118
2.1.3. El periodo republicano peruano (1821-1854) | 120
2.1.4. El periodo salitrero | 121
2.1.5. La guerra del Pacífico y los tratados de límites | 121
2.1.6. La incorporación de los territorios de Arica y Tarapacá al Estado de Chile: el proceso de "desaymarización" o "chilenización" (1883-1990) | 122

3. El pueblo *lickanantai, kunza* o atacameño | 130

3.1. El poblamiento atacameño y sus orígenes | 130
3.2. La influencia cultural de *tiawanaku* | 131
3.3. Periodo de los desarrollos regionales | 132
3.4. El periodo de administración incaica | 133
3.5. Organización social y política del pueblo *lickanantai* | 134
3.6. La invasión española | 134
3.7. El orden colonial | 135
3.8. El periodo republicano | 138
3.9. Formación del Estado boliviano y la región atacameña (1824-1879) | 139
3.10. Anexión de Atacama al Estado chileno e imposición de la economía capitalista | 141

4. El pueblo *rapa nui* | 147

4.1. El poblamiento de *Rapa Nui* y sus orígenes | 147
4.2. Fases de poblamiento | 148
4.3. Organización social y política | 148
4.4. El ordenamiento jurídico originario | 149
4.5. La decadencia de la sociedad *rapa nui* hacia fines del siglo XVII | 149
4.6. Las primeras incursiones de extranjeros: 1722-1882 | 149
4.7. Las adquisiciones irregulares de tierras en *Rapa Nui* | 150
4.8. El acuerdo de voluntades o la toma de posesión por el Estado chileno | 151
4.9. La resistencia *rapa nui* y el cambio en la relación con el Estado: 1965-1973 | 155
4.10. La regularización del dominio *rapa nui*, una nueva era de conflictos: 1973-2003 | 156

5. Legislación vigente referida a los pueblos indígenas | 158

5.1. Ley 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas | 158
5.1.1. Antecedentes | 158
5.1.2. Principales contenidos de la Ley 19.253 de 1993 | 162
i. Principios generales, sujetos de la ley y deber del Estado | 162
ii. Derechos reconocidos en la ley | 164
a) Derechos políticos y de participación | 164
b) Derecho a la tierra | 166
c) Derechos culturales | 168
d) Derecho al desarrollo | 169

iii. Disposiciones complementarias relativas a "etnias" diferentes de las *mapuche* | 169
a) Normas especiales para los pueblos andinos | 170
b) Normas especiales relativas al pueblo *rapa nui* | 172
iv. Régimen legal especial para resguardar los derechos indígenas sobre las aguas | 175
5.1.3. Análisis crítico de la Ley 19.253 | 183
i. Análisis crítico en relación con las demandas de los pueblos indígenas | 183
ii. Análisis crítico en relación con el anteproyecto de ley enviado al Congreso | 185
iii. Análisis crítico a la luz del derecho internacional y comparado | 187
5.2. Otra legislación aplicable a los pueblos indígenas | 192
5.2.1. La ley 20.249 que crea el espacio costero Marino de los pueblos originarios | 192

6. Derechos de pueblos indígenas y recursos naturales | 195

6.1. Legislación de agua y derechos indígenas sobre los recursos hídricos | 198
6.1.1. Régimen de derechos de agua | 198
6.1.2. Naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de agua y procedimiento de constitución | 203
6.1.3. Derechos y obligaciones de los titulares de derechos de aguas | 206
6.1.4. Mecanismos de resolución de conflictos entre usuarios de aguas | 207
6.1.5. Los conflictos derivados del régimen de aguas chileno: impactos sociales, ambientales y en materia de derechos indígenas | 208
6.2. Legislación minera y su implicancia en materia de derechos indígenas | 211
6.2.1. Régimen legal de las concesiones mineras en Chile | 213
6.2.2. Naturaleza jurídica de la concesión y procedimiento de constitución | 215
6.2.3. Derechos y obligaciones del concesionario minero | 218
6.2.4. Los beneficios otorgados por la legislación chilena al concesionario minero | 220
6.2.5. Casos emblemáticos de conflictos generados como consecuencia de la ejecución de megaproyectos mineros en territorios indígenas | 228
6.3. Ley de concesiones geotérmicas y su impacto en territorios indígenas | 231
6.3.1. Régimen jurídico que regula las concesiones geotérmicas | 233
a) La concesión de exploración | 234
b) La concesión de explotación | 234
6.3.2. Procedimiento de concesión y oposición | 235
6.3.3. Los derechos y obligaciones del concesionario de recursos geotérmicos | 237
a) La exclusividad | 237
b) Las servidumbres | 237
c) Las aguas | 238
6.3.4. La ley de concesiones geotérmicas y las implicancias para el ejercicio de derechos indígenas en Chile y la gobernanza territorial indígena | 239
6.3.5. Casos emblemáticos de concesión de energía geotérmica en territorios indígenas | 242
a) Explotación de los géiseres del Tatio –sitio patrimonial de las comunidades indígenas de Toconce y Caspana– para la producción de energía geotérmica | 242
b) Concesión de energía geotérmica en el salar de Surire, territorio ancestral *aymara* | 245
6.4. Ley general de pesca y acuicultura, el régimen pesquero artesanal | 246
6.4.1. Pesca industrial | 248
6.4.2. Pesca artesanal | 251
6.4.3. Los derechos y obligaciones de los titulares de autorizaciones de pesca | 254
6.4.4. Regulación de los derechos vinculados a la actividad pesquera y al sector pesquero artesanal en el derecho internacional | 257
a) Agenda 21, párrafo 17 | 258
b) Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas (poblaciones de peces transzonales) y las poblaciones de peces altamente migratorios, Nueva York 1995, A/CONF.164/37. | 259
c) Declaración de Kyoto | 260
d) Código de Pesca Responsable | 260

6.4.5. Casos emblemáticos de conflictos que involucran a pescadores artesanales y comunidades indígenas agravados por el régimen pesquero imperante: los conflictos en la Bahía de Maiquillahue (caletas Mehuín y Mississippi) | 261
6.5. Legislación forestal y expansión de las plantaciones forestales en territorios indígenas | 265
6.5.1. Análisis general de la legislación forestal en Chile | 266
6.5.2. Regulación de los derechos vinculados a la protección de recursos forestales en el derecho internacional | 271
6.5.3. Los conflictos entre la industria forestal y las comunidades indígenas en Chile | 274
6.6. Derechos ambientales y su implicancia para la protección de derechos indígenas | 277
6.6.1. Legislación ambiental: directrices generales para la protección del medio ambiente y del medio humano | 277
6.6.2. Los órganos ambientales y los instrumentos de gestión ambiental | 283
6.6.3. Participación ciudadana en el SEIA | 286
6.6.4. Las debilidades regulatorias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y su ineficacia para proteger derechos indígenas | 289

7. Política pública y pueblos indígenas | 300

7.1. La política sectorial indígena: tierras y "desarrollo" | 300
7.2. Las otras opciones de la política pública y sus implicancias para los pueblos indígenas | 306
7.3. Consecuencias del tratamiento histórico y actual de los pueblos indígenas por el Estado | 307
7.3.1. La discriminación socioeconómica | 307
7.3.2. La exclusión política | 309
7.3.3. La criminalización de la protesta social indígena | 310
7.4. La preocupación de la comunidad internacional | 313
7.5. Las implicancias de la ratificación del convenio 169 | 316

Cuadros | 322
Bibliografía | 325

Capítulo II
El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo | 337

Introducción | 337

1. Cuestiones preliminares | 342

1.1. La recepción del convenio en el sistema jurídico chileno | 342
1.2. Los principios fundantes del convenio | 345
1.2.1. El principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades | 345
1.2.2. El principio de participación como piedra angular del convenio | 347
1.2.3. El principio de integridad cultural | 348
1.2.4. El principio de autonomía | 350
1.3. El ámbito de aplicación del convenio | 351
1.3.1. El ámbito de aplicación temporal | 351
a) La entrada en vigor | 351
b) La denuncia del tratado y los efectos para su vigencia en Chile | 356
1.3.2. El ámbito de aplicación personal: el sujeto de los derechos | 357
a) Los sujetos colectivos y sus derechos | 357
Los pueblos tribales | 360
Los pueblos indígenas | 362
b) La autoidentificación | 363
c) El alcance de la voz "pueblos" | 365
1.4. Modalidades de aplicación de las normas del convenio | 366
1.4.1. La acción coordinada y sistemática | 367
1.4.2. La implementación flexible | 367
1.4.3. Las medidas especiales | 368
a) Acción afirmativa | 368
b) Acceso a la justicia | 370
c) Materia laboral | 372
1.4.4. La consulta previa | 372

2. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales | 372

2.1. La protección de los territorios indígenas | 372

2.1.1. La tierra indígena como hábitat | 373
2.1.2. La protección de la propiedad indígena sobre la tierra | 375
a) El alcance de la propiedad indígena y el uso del hábitat | 375
b) La posesión indígena | 378
c) La demarcación de las tierras indígenas | 379
2.1.3. La protección del medio ambiente | 380
a) Los recursos naturales: protección y control | 382
Sobre las aguas indígenas | 384
Sobre la explotación minera | 387
2.2. Sobre los contactos y cooperación a través de las fronteras | 391
2.3. Participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten | 391
2.3.1. Participación política igualitaria | 392
2.3.2. Derecho a la participación en la elaboración e implementación de programas de desarrollo que les afecten | 393
2.3.3. El derecho a decidir las propias prioridades de desarrollo y a controlar su desarrollo económico social y cultural | 394
2.4. La consulta previa, de buena fe y con la finalidad de alcanzar el consentimiento | 395
2.4.1. La naturaleza jurídica de la consulta: una obligación estatal | 396
2.4.2. El objeto de la consulta | 397
a) La afectación directa | 397
b) El alcance de la obligación | 398
2.4.3. Destinatario de la obligación | 399
a) El Estado, no los privados | 399
b) El Gobierno y el Congreso Nacional | 400
2.4.4. El sujeto de la consulta | 402
2.4.5. Características de la consulta | 404
a) La consulta es previa a la toma de decisiones públicas que puedan afectar a los pueblos indígenas y oportuna | 407
b) La consulta es un proceso continuo | 409
c) La consulta y la buena fe: diálogo más que mera audiencia | 409
d) Mecanismos adecuados y consulta sobre la consulta | 411
2.5. De la consulta al consentimiento previo, libre e informado | 412
2.5.1. El consentimiento frente a proyectos de alto impacto | 414
2.5.2. El derecho a no ser trasladado sin consentimiento previo | 415
2.6. Pluralismo jurídico | 416
2.6.1. Pluralismo y derecho consuetudinario | 418
a) Derecho consuetudinario en el derecho sucesorio | 418
b) El derecho consuetudinario en el derecho penal estatal | 418
2.6.2. Jurisdicción indígena | 420
2.7. Derechos sociales: salud, educación y el principio de autonomía | 427
2.7.1. Salud y seguridad social | 428
2.7.2. El derecho a la educación intercultural, formación profesional, derechos lingüísticos y autonomía educativa | 429

3. La administración del convenio: interpretación de sus normas y fiscalización de su aplicación | 432

3.1. La supervisión regular de la aplicación del convenio y el alcance de sus normas | 432
3.2. Las reclamaciones por incumplimiento | 433

Bibliografía | 434

Capítulo III
El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas | 441

1. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas | 441

1.1. La protección de los pueblos indígenas como minorías | 446
1.2. Los indígenas como sujetos de derechos colectivos | 453
1.3. Los indígenas como pueblos: la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas | 461

2. Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional | 468

2.1. El derecho a la vida, sus aspectos colectivos y el derecho a la cultura propia | 470
2.2. El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas | 472

2.2.1. Los límites de la libre determinación: proscripción de la secesión, autonomía indígena y respeto a los derechos fundamentales | 479

3. Los derechos territoriales indígenas: tierra, territorio y recursos naturales | 484

3.1. La especial relación entre los pueblos indígenas y su hábitat como objeto de protección | 484
3.2. La posesión y propiedad indígena | 487
3.3. Los territorios, el hábitat indígena y el derecho a la autodeterminación | 491
3.4. El derecho a la recuperación de las tierras antiguas y los límites del derecho de propiedad | 494
3.4.1. La recuperación | 494
3.4.2. Los derechos de terceros y el interés social | 496
3.4.3. El interés público (militar) | 499
3.5. La proscripción del desplazamiento forzado | 499

4. Los derechos políticos de los pueblos indígenas | 500

4.1. La jurisdicción indígena | 501
4.2. Participación, consulta y consentimiento previo en los asuntos que les afecten | 502
4.3. El derecho a la participación en la vida pública nacional | 505

5. Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo | 507

6. La emergencia de la cuestión de los conocimientos tradicionales indígenas | 509

7. Los derechos de los niños indígenas | 511

8. Derecho a la protección judicial | 513

Bibliografía | 516

Capítulo IV
Los derechos de pueblos indígenas en América Latina | 523

Introducción | 523

1. Antecedentes generales | 524

1.1. Población y pueblos indígenas | 524
1. 2. Antecedentes históricos | 525

2. Los movimientos indígenas | 530

2.1. Emergencia y demandas | 530

3. Antecedentes del reconocimiento jurídico de los derechos de pueblos indígenas en América Latina | 533

3.1. Los primeros ciclos del reconocimiento | 534
3.2. Políticas públicas relativas a los derechos territoriales y al derecho de consulta | 536
3.3. La brecha de implementación y las frustraciones de las reformas | 540
3.4. Tercer ciclo del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas: de la multiculturalidad a la plurinacionalidad e interculturalidad | 542

4. Directrices internacionales de derechos humanos y sus implicancias para los pueblos indígenas en América Latina | 545

4.1. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos | 546
4.2. El *corpus juris* de los derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas | 550
4.3. Recepción del derecho internacional en el derecho interno de los Estados de la región | 554

5. Análisis de casos | 556

5.1. Bolivia | 556
5.2. Brasil | 565
5.3. Colombia | 575

6. Reflexiones finales | 584

Cuadros | 591

Bibliografía | 594

Prólogo

Felipe Gómez Isa[i]

El libro que tengo el honor de prologar no es solamente una publicación necesaria, sino también tremendamente oportuna en un contexto como el chileno, marcado por una relevante presencia indígena en determinadas zonas del país y por una tibia reacción del Estado en relación con el reconocimiento de su identidad y de sus derechos desde el advenimiento de la democracia en 1990. Ante la creciente conflictividad con los pueblos indígenas alrededor de los temas relacionados con el acceso a las tierras, territorios y recursos naturales, el Estado ha respondido con represión y con intentos de criminalizar la protesta, llegando incluso a utilizar la legislación antiterrorista de la época de la dictadura. Por lo mismo, uno de los aspectos que yo destacaría de este libro es el intento por conciliar rigor teórico y compromiso con la causa de los pueblos indígenas en Chile y en todo el hemisferio americano, que es algo que el Observatorio Ciudadano ha mostrado desde su creación.

Sin ninguna duda, el avance más significativo producido en las últimas décadas en el campo de los derechos humanos ha sido el progresivo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas tanto en el ámbito constitucional interno como en el escenario jurídico internacional. Cuando se inicia el proceso de consagración jurídica internacional de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los pueblos indígenas se encontraban en una situación de *invisibilidad* fruto de siglos de discriminación y exclusión social,

---

i Profesor de Derecho Internacional Público e investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto (Bilbao, España).

económica y política. Fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la primera organización internacional en prestar una atención específica a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la discriminación laboral próxima a la esclavitud que estaban sufriendo. Fruto de ella fue la adopción del primer convenio internacional dirigido a proteger los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio Nº 107 de la OIT aprobado en 1957. Desgraciadamente, la perspectiva que primaba en este convenio era la perspectiva asimilacionista. En el fondo, lo que se perseguía era la integración de los indígenas a la sociedad dominante, para lo que tenían que renunciar a los aspectos básicos de su identidad.

Las décadas de los 70 y los 80 en el siglo xx supusieron un punto de inflexión en el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas como actores políticos y como sujetos de derechos, lo que se ha dado en llamar la *emergencia indígena*. Se trató de un interesante proceso de concienciación por parte de los propios pueblos indígenas, que los convirtió en actores políticos tanto a nivel interno como a nivel internacional. Todo este proceso condujo a la sustitución del Convenio Nº 107 de la OIT por el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, aprobado por la OIT en 1989. Este último renuncia al objetivo de la asimilación de los indígenas y comienza a reconocerles como auténticos sujetos de derechos tanto individuales como colectivos. Debemos subrayar que al día de hoy el Convenio Nº 169 de la OIT es el instrumento jurídico internacional más relevante para la protección y promoción de los derechos indígenas y ha sido ratificado por un amplio número de países de América Latina, incluyendo Chile.

Los años 90 suponen un paso importante en el proceso de reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en la mayor parte de los países de América Latina, lo que se ha dado en llamar el *constitucionalismo pluricultural*. Algunas constituciones, como la de Colombia (1991), consagran amplios derechos a los pueblos indígenas, además de reconocer la diversidad étnica y cultural existente en el marco de los Estados nación. Algunos tribunales, con la Corte Constitucional de Colombia como auténtica vanguardia, han interpretado de una manera bastante progresiva las principales disposiciones de la Constitución, dando lugar a lo que se conoce como una *jurisprudencia multicultural*.

Por su parte, la última década del siglo xx también abrió las puertas a un significativo proceso de institucionalización internacional de las reivindicaciones indígenas. En este sentido, la proclamación de 1993 como Año Internacional de los Pueblos Indígenas o la década 1994-2004 como el Decenio de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas marcan la entrada de las demandas indígenas en el ámbito de las Naciones Unidas. A ello ha contribuido también la creación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en 2000 o el nombramiento en 2001 del relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los indígenas.

En América Latina hemos asistido a la emergencia del denominado *constitucionalismo plurinacional*, con las Constituciones de Bolivia y Ecuador como claros exponentes. En este sentido, la Constitución de Ecuador aprobada por la Asamblea Constituyente en 2008 introduce determinados conceptos que son fruto de las cosmovisiones indígenas del país y de los intentos de establecer un Estado plurinacional. El propio preámbulo de la Constitución parte del reconocimiento de las "raíces milenarias" de los distintos pueblos del país y de la enorme relevancia de la naturaleza, la *Pacha Mama*, "de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia". Además, los constituyentes proclaman su voluntad de construir "una nueva forma de convivencia..., en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*". En coherencia con estos elementos esenciales de la cosmovisión indígena, el capítulo segundo de la Constitución se consagra al reconocimiento de los "derechos del buen vivir", entre los que destacan el derecho al agua, el derecho a la seguridad alimentaria o el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por último, lo que resulta más novedoso en este texto constitucional es el reconocimiento de "derechos de la naturaleza" en su capítulo séptimo, algo que supone un paradigma de derechos absolutamente nuevo y que podría concebirse como una contribución de las culturas indígenas al moderno constitucionalismo y, en general, al conjunto de la humanidad.

El último hito en el proceso de afirmación de los derechos humanos de los pueblos indígenas ha sido la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas* el 13 de septiembre de 2007[1], una Declaración en la que los pueblos indígenas han tenido una participación muy destacada. Lo cierto es que esta declaración supone la culminación

1 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

de todo un proceso que ha durado varias décadas.

Otro espacio donde los derechos de los pueblos indígenas han hecho su aparición recientemente es en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos creado al amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA). A pesar de que ni la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) ni la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) mencionan los derechos de los pueblos indígenas, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han comenzado desde la década del 2000 a reconocer y consagrar de una manera bastante firme los derechos de los pueblos indígenas. El verdadero punto de inflexión en este ámbito ha venido de la mano de la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Awas Tingni* contra Nicaragua en agosto de 2001, una sentencia que ha tenido un auténtico "efecto llamada" que ha hecho que hoy la Corte haya pronunciado bastantes sentencias relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo con el derecho a la tierra y al territorio, uno de los derechos más importantes desde las cosmovisiones indígenas. La verdad es que el sistema interamericano se ha convertido en un espacio bastante favorable al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y en un verdadero referente, ya que está sirviendo como modelo a otros sistemas regionales como el sistema africano. En este sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha utilizado como referente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la resolución del *Caso Endorois c. Kenia*, en un ejemplo interesante de fertilización cruzada de jurisprudencias.

El libro que usted tiene entre sus manos es una rica y completa recapitulación de los principales avances que se han producido en las últimas décadas en el ámbito del reconocimiento y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, pero también supone la constatación de que las luchas indígenas siguen siendo más necesarias que nunca para la implementación de políticas públicas que les consideren como auténticos sujetos de derechos y no como objetos de caridad y asistencia.

Prólogo

José A. Marimán[i]

El libro que tiene usted en sus manos tiene un propósito declarado por los autores ya en la presentación. Aspira a transformarse en un manual de estudio, lo que equivale a declarar el texto una referencia en la formación de conocimientos y valores. Pero, ¿un manual para quién o quiénes?

Si bien cualquier persona puede leer este libro, la audiencia principal para la cual ha sido escrito, es identificada sin pudor al comienzo del texto, como un lector medianamente instruido en temas legales. Se trata de futuros doctos en el campo del derecho, y que hoy se encuentran en formación en las aulas de las universidades chilenas. En consecuencia, el trabajo busca proporcionar a ese sujeto un conocimiento relevante, que algunos de los autores han acumulado de primera mano, en décadas de acompañamiento a las luchas de los pueblos indígenas y de seguimiento a las evoluciones que ha tenido el derecho internacional en relación con ellas. No me caben dudas que a ese sujeto colectivo el texto le vendrá de maravilla. Y si algunos ejemplares caen en manos de jueces y abogados, tanto mejor, pues a profesionales ya formados en ese campo no les haría mal leer también este trabajo.

Esto último no es un cliché, porque el poder judicial chileno se encuentra sobremanera en el ojo de la crítica de los movimientos indígenas del país que lo impugnan por criminalizar sus demandas sociales; por aplicar la ley antiterrorista para penalizar las acciones de protesta de activistas indígenas; por defender, en la percepción de algunos, los intereses de grandes compañías o personas privadas que operan en los otrora territorios y tierras indígenas con impactos documentados en la calidad vida de sus habitantes.

---

i Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de Santiago de Compostela, España.

La situación resulta un tanto injusta, porque todas esas energías negativas descargándose contra los representantes del derecho, debieran estar dirigiéndose en buena medida contra el poder ejecutivo. Contra aquellos gobiernos en el Estado que no escuchan a los ciudadanos, que les imponen modelos de desarrollo sin consulta, contra sus voluntades y sin medir apropiadamente las consecuencias. Han sido astutas las autoridades de gobierno, los políticos, para lavarse las manos y eludir deberes que en realidad caen en su jurisdicción, como reformar o cambiar políticas de desarrollo impopulares e impuestas en forma despótica.

En cambio, de eso han logrado instalar la idea de conflictos de intereses entre particulares, que deben ser dirimidos por la justicia, a través de recursos que permitan acceder a derechos. Mientras se reservan la facultad de intervenir desde el lugar del Estado que controlan, coaccionan y ejercen una violencia estatal dominadora y destructora del espacio político cuando alguna de las partes se exaspera y recurre a métodos poco ortodoxos, como la ocupación de tierras de latifundistas o empresas forestales (caso *mapuche*), que pertenecieron a sus comunidades y que fueron usurpadas o enajenadas fraudulentamente en el pasado, sin que hasta la fecha haya habido restitución.

Hay gente noble entre los que ejercen la profesión del derecho, que ignoran lo avanzado en derecho internacional e interno respecto del trato que debiera mediar las relaciones entre el derecho y los pueblos indígenas. Y que de tener esos antecedentes podrían actuar de mejor forma en causas que involucran a representantes de los pueblos indígenas. Por esto, creo que el texto resulta totalmente pertinente para aquellos que provienen del campo del derecho y ya no son estudiantes, sino profesionales ya formados en la disciplina. Seguro que ellos encontraran en este texto una inspiración para desarrollar su trabajo de mejor forma, procurando que en su acción y relación con los pueblos indígenas, derecho y justicia se acerquen a una confluencia que logre borrar de su memoria colectiva la percepción de que quienes trabajan en el poder judicial son racistas y favorecen a latifundistas y empresarios ricos, porque la justicia es otra forma en que el colonizador domina y busca doblegar la voluntad del colonizado.

El texto inspira a descolonizar la disciplina. Y descolonizar invita a ver con nuevos ojos cosas invisibilizadas en el orden jurídico presente, como por ejemplo la existencia de ordenes paralelos de justicia asociados a las culturas indígenas y campesinas (derecho consuetudinario), que se encuentran sometidos al derecho tradicional citadino del Estado. La construcción de un derecho plurinacional, multicultural y multilingüe exige una conciencia nueva, que valore la diversidad etnonacional al interior del Estado. Un derecho de ese tipo ayudará a la vez al proceso de construcción de una sociedad multinacional, que supere el etnocentrismo estatal dominante del presente y ayude a descolonizar al indio en los diferentes planos de la realidad en que conviven grupos étnicos diferentes. En ese sentido, el libro cobra todo su valor porque aporta informaciones y conocimiento relevantes a dicho proceso.

Pero el libro también tiene otros destinatarios. Puede, y debería, ser leído por otro público más ecuménico. Particularmente, sacarían buen provecho de él los activistas del mundo indígena: indígenas y no indígenas que se enfrentan cotidianamente a los intereses de los Estados y de las grandes compañías nacionales o transnacionales que explotan o bien planean explotar recursos en territorios indígenas. El libro puede abrir las mentes de esos activistas al uso de instrumentos legales que o bien son ignorados o bien son conocidos solo superficialmente por muchos de ellos. Ese es el caso del Convenio N° 169 de la OIT, por ejemplo, tratado en extenso en el capítulo II.

La comprensión de la legislación vigente en el derecho internacional y también interno de Chile resulta capital para ejercer una defensa adecuada y exitosa frente a proyectos que amenazan a los pueblos indígenas, en tanto comunidades humanas y en cuanto alteraciones a la calidad de vida que sobrellevan producto de contaminaciones, transformación de paisajes, extinción de flora y fauna de uso cultural o amenazas de relocalizaciones de población. La paralización reciente del proyecto Pascua Lama de la transnacional minera Barrick es un ejemplo que nos habla de cómo una comunidad pequeña de indígenas *diaguita* del Valle del Huasco ha sido capaz de enfrentar a los poderes económicos del país y lograr un triunfo momentáneo, con la orden emanada de un tribunal chileno de Copiapó que mandató la paralización de las obras; mientras el gobierno sin iniciativa y en forma contestataria se ha visto obligado a aplicar multas simbólicas a Barrick (cuyos montos difícilmente servirán para sacudir las conciencias de los empresarios).

He aquí, en este hecho, una lección importante para los activistas particularmente indígenas, cual es que sus luchas, a diferencia de cómo se actúa en las cortes, no puede remitirse a archivar quejas

en tribunales estatales y dejar la iniciativa de su problemas en la representación de otros. Si bien las batallas por justicia en el campo del derecho son parte del proceso de lucha por la integridad de las comunidades étnicas, y en ese sentido los conocimientos acumulados en este libro pueden ayudar sobremanera a la comprensión del derecho y de los procesos judiciales, el complemento de acción política no puede dejarse de lado. Y no puede porque la lucha es una acción política que expresa consensos de voluntades ciudadanas, establecidos libremente y en discusiones que conforman el fundamento del poder político de una comunidad.

El empoderamiento de los ciudadanos, que de común se expresa en las movilizaciones en que convergen contenidos, motivaciones y voluntades, es una facultad que implica soberanía, autoridad, gobernabilidad en una comunidad. En resumen, constituye el fundamento y esencia de la política. La política desarrolla el poder político o empoderamiento de los ciudadanos. Y la barricada y otras formas de lucha de las comunidades, por muy grotescas que parezcan, no son sino un bien cultural-social, que ayuda en el proceso de garantizar la sobrevivencia del grupo. Cuando la comunidad no tiene la capacidad de poner en movimiento tales bienes culturales, y por tanto de mejorar su vida a través de la mediación de estos bienes, carece de poder y sus luchas se transforman en dependencia y arbitrio de otros. Entonces aparece en todo su despliegue el colonizado antes nuestros ojos. Un ser incapacitado para llevar adelante acciones en su propio nombre y beneficio, impotente y desprovisto de poder.

El poder político expresa consensos que a su vez expresan convergencia de voluntades buscando el bien común o impidiendo que voluntades soberanas desde los Estados impidan ese bien común. Los consensos retratan una comunidad de poder, una identidad cultural y de acuerdos entre sujetos particulares que renuncian a resolver problemas en forma individual, para unir sus voluntades con otros en la defensa de sus intereses, creando de paso gobernabilidad. El empoderamiento es una creencia fundada en el raciocinio libre y autónomo de los miembros de una comunidad, que actúa como motor productivo y protector de la comunidad. En consecuencia, es irrenunciable en contextos de lucha entre proyectos de vida, en que la dominación del Estado o de otros grupos de poder dentro del Estado buscan imponerse, a través del uso no consensual y no consultivo de sus planes, que por lo mismo terminan siendo destructivos de la política: arbitrarios, abusivos.

Es por esto que, para este tipo de lectores, mi sugerencia es que aprendan de los bienes culturales –conocimientos– que aquí se ofrecen, como complemento de sus acciones. Pero sin sustituir *motu proprio* una metodología de praxis de contienda por otra. Así, su acción política será más productiva, combinando estrategias de defensa de su voluntad de vivir con bases en el derecho y otras en la política.

Finalmente, al lector que no cabe en las categorías anteriores solo me resta decirle que, en contextos políticos, donde se confrontan proyectos de vida diferentes y en los cuales uno de ellos es impositivo, hegemónico y por tanto destructivo de la política, los grupos dominantes de la sociedad intentan convencer al resto de que el derecho tiene solo una dirección, cuando en realidad la lógica que predomina es la de la consolidación de un modelo determinado de desarrollo propuesto/impuesto. De esa forma, dan la idea de que es posible resolver los problemas en el marco del derecho nacional, archivando quejas o judicializando cada uno de los problemas que confrontan intereses de grupos económicos nacionales o transnacionales con las minorías nacionales. Y eso es peligroso, porque exculpa al poder ejecutivo o a los gobiernos, de sus compromisos con un modelo de desarrollo determinado e impuesto, dando la falsa imagen de que se trata de un árbitro de conflicto entre particulares.

Los autores de este libro ayudan a desmitificar ese falso supuesto. Primero, porque entregan un análisis histórico del desarrollo del derecho en Chile que, más allá de las normativas que se hayan elaborado en distintas épocas históricas, revela que el Estado, y el poder ejecutivo en particular, no ha sido neutral frente a los indígenas, sino que ha tomado partido por los modelos de desarrollo que abrazaron las elites en el poder. Segundo, porque pone al lector frente a los avances en el derecho internacional respecto de la relación de los Estados con los indígenas, lo que devela el atraso que la conservadora legislación chilena tiene. Y, finalmente, porque sitúa comparativamente al país en América Latina para revisar los progresos y avances en el derecho indígena, permitiendo apreciar las precariedades de Chile en esta materia.

Con todo, porque me parece que aporta conocimientos vitales en la promoción de un derecho que deje de ser punitivo para las minorías, es que lo invito a leer este libro con cuidado y a empaparse de la riqueza de informaciones que posee. *Los pueblos indígenas y el derecho* es una

obra original, un texto completísimo que reúne, clasifica y discute mucha información que hasta ahora se podía encontrar dispersa en distintos trabajos de diferentes autores. Los temas son abordados con seriedad, probidad y profesionalismo, y la evidencia hace que los juicios de valor se justifiquen y sean en todo momento legítimos.

Presentación

José Aylwin

En las últimas décadas hemos visto cómo los pueblos indígenas han emergido como actores políticos relevantes en diversos Estados de América Latina, incluyendo Chile, y en otros contextos geográficos en que habitan (Norteamérica, Nueva Zelanda, países nórdicos, entre otros).

Luego de siglos de negación, dominación, imposición de políticas de asimilación, cuando no de exterminio, y de integración forzada, dichos pueblos han levantado su voz no solo para exigir de los Estados y de la comunidad internacional su reconocimiento como pueblos, sino también para reclamar los derechos que les asisten como tales. Entre los derechos que estos pueblos reclaman se encuentran la restitución y la protección de sus tierras, territorios y recursos naturales de propiedad ancestral, los que muchas veces han sido confiscados por los Estados o apropiados por no indígenas con el aval de los primeros. Igualmente, han exigido a nivel estatal e internacional el derecho a participar en las instancias que adoptan decisiones en los asuntos que les conciernen directamente, así como el derecho a determinar libre y autónomamente su presente y futuro en materias políticas, económicas y culturales.

Cuestionando el paradigma del "Estado-nación" en que la mayor parte de las repúblicas latinoamericanas fueron concebidas, los mismos pueblos han reivindicado además la introducción de reformas a los ordenamientos constitucionales y legales estatales a fin de que en ellos se reconozca la plurinacionalidad en ellas existente. Ello además de exigir el término de la imposición o asimilación cultural o las políticas de multiculturalidad liberal formal promovidas más recientemente en la región y de reemplazarlas por nuevas formas de relacionamiento intercultural que permitan revertir las asimetrías e injusticias del pasado.

Muchas de estas reclamaciones de los pueblos indígenas han comenzado a encontrar acogida, no sin procesos organizativos

indígenas y de protestas que en muchos casos han sido criminalizadas, por parte de un número creciente de Estados latinoamericanos. Ello se ve reflejado en transformaciones jurídicas y, en menor medida, políticas públicas introducidas en las últimas décadas en diversos contextos de la región. A través de las primeras se ha dado reconocimiento jurídico constitucional y legal de los pueblos indígenas y de sus derechos, en particular de los derechos de propiedad y posesión que tienen sobre sus tierras y territorios de propiedad ancestral y/o legal, así como el uso, participación y/o control sobre los recursos naturales que hay en ellos.

También relevante es el progresivo reconocimiento, vía constitucional, legal o jurisprudencial, del deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con miras a lograr su acuerdo o consentimiento cuando se adoptan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. En varios Estados de la región, además, se ha dado reconocimiento constitucional y/o legal del derecho de los pueblos indígenas a formas de autonomía en las tierras y territorios indígenas en que habitan, así como de derechos especiales de representación en órganos de los Estados que toman decisiones que les afectan. Aunque en muchos casos ha existido una brecha en la implementación de dichas reformas, en la práctica, en diversos contextos de la región se han impulsado políticas y procesos de reconocimiento de tierras y territorios indígenas y se han puesto en marcha mecanismos para hacer posible la participación política y/o la autonomía indígena en ciertas esferas, como en materia de justicia.

Igualmente relevante, los derechos de pueblos indígenas han encontrado en las últimas décadas un importante reconocimiento a nivel internacional. En efecto, el tratamiento inicial que se les diera como poblaciones o minorías étnicas discriminadas ha sido revisado, aceptándose por los sistemas de derechos humanos más relevantes que hoy existen, tanto universales como regionales, su carácter de pueblos y sus derechos colectivos como tales. Ello se ve reflejado claramente en el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, el primer convenio internacional específicamente referido a estos pueblos. Este Convenio, que ha sido ratificado por veintidós Estados a la fecha, quince de ellos de América Latina, junto con reconocer su carácter de pueblos, viene a identificar y a establecer un conjunto de derechos políticos (participación, consulta, autonomía y autogestión) así como un conjunto de derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

La evolución internacional en la materia se ve reflejada, además, en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobada por la Asamblea General de la ONU el 2007, la que reconoce a estos pueblos el derecho a la libre determinación, así como el derecho a la autonomía en asuntos internos y locales. Como consecuencia de ello establece el deber de los Estados no solo de consultar, sino también de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que les afecten, entre ellas, las de carácter legislativo y administrativo y las relativas a la aprobación de proyectos que involucren sus tierras o territorios, particularmente aquellos relacionados con la explotación o utilización de recursos minerales o hídricos.

A nivel americano, si bien no existe un instrumento específico referido a estos pueblos y sus derechos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han otorgado una creciente protección jurídica no solo a sus derechos civiles y políticos, sino también a los derechos sobre sus tierras y recursos naturales de propiedad ancestral y que son indispensables para garantizar su sobrevivencia colectiva tanto cultural como material. Ello a través de una innovadora jurisprudencia en casos que han sido sometidos a su conocimiento por individuos y comunidades indígenas que han enfrentado la violación de sus derechos individuales y colectivos por parte de los Estados. Tal jurisprudencia ha interpretado evolutivamente los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, muchos de ellos de carácter individual, y los ha aplicado a las realidades de los pueblos indígenas. También se ha basado en lo que ha denominado *corpus juris* de los derechos humanos referidos a estos pueblos, el que comprende el conjunto de normas de derechos humanos que establecen que los miembros de las comunidades indígenas requieren una protección especial y que está contenido en los instrumentos internacionales que les conciernen, tanto dentro como fuera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho *corpus juris* incluye, por cierto, los derechos que han sido reconocidos a estos pueblos por el Convenio Nº 169 de la OIT y la DNUDPI antes referidos.

Igualmente relevante, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a pueblos indígenas no solo está siendo aplicado de manera evolutiva por los órganos de tratado y los organismos para su supervisión, como la Corte IDH, sino que también está encontrando creciente acogida en los ordenamientos domésticos de los Estados

de la región. Ello no tan solo por la vía de su incorporación explícita en los textos constitucionales, sino además a través de su aplicación directa por los tribunales de justicia o por las instancias de justicia constitucional en casos sometidos a su conocimiento.

En contraste con ello, el reconocimiento jurídico y político de los pueblos indígenas en Chile ha sido lento y complejo. En efecto, Chile es el único Estado en la región con una demografía indígena significativa en proporción a la población total que no cuenta con un reconocimiento de ella y de sus derechos a nivel constitucional. La legislación chilena, hasta hace poco, no reconocía la existencia de los pueblos indígenas, así como tampoco los derechos que estos tienen sobre sus tierras, territorios y recursos de propiedad ancestral –a excepción de las aguas en el caso de los pueblos andinos–. Nuestra legislación tampoco reconocía el derecho a la autonomía o los sistemas de justicia e instituciones propias de estos pueblos.

Si bien la legislación que existe acerca de los derechos de los pueblos originarios sobre el borde marítimo costero (Ley 20.249 de 2008) viene a reconocer su estatus de pueblos originarios y a establecer un mecanismo para el ejercicio de derechos consuetudinarios sobre dicho espacio geográfico, fue la entrada en vigencia del Convenio Nº 169 de la OIT la que vino a establecer un nuevo escenario jurídico en relación con los pueblos indígenas y sus derechos en el país. La relevancia del Convenio Nº 169 radica en que, en virtud del artículo 5, inciso segundo de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR 1980), que reconoce como límite de la soberanía los derechos esenciales de la naturaleza humana y que establece el deber de los órganos del Estado de respetar tales derechos garantizados por la misma CPR y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes, sus disposiciones referidas a derechos humanos de pueblos indígenas vienen a formar parte del bloque de constitucionalidad. Por lo mismo, como lo ha reconocido la propia Corte Suprema en casos sometidos a su conocimiento, tales derechos deben ser aplicados por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno.

Lamentablemente, como se analiza en la publicación que aquí se presenta, esta no ha sido la interpretación del Tribunal Constitucional, el que en su examen de constitucionalidad de este Convenio en el año 2000 estableció que varias de sus disposiciones no eran autoejecutables y, consecuentemente, requerían de modificación de la legislación interna para tener aplicabilidad, sujetando dicha modificación a los elevados quórum que la CPR establece cuando ellas afectan a la misma Constitución o a leyes orgánicas constitucionales. No solo ello, como también se analiza en esta publicación, a varios años de la entrada en vigencia del Convenio en septiembre de 2009, muchas de sus disposiciones, tales como las referidas a la obligación de los órganos del Estado de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles, aún no han sido normadas. Esta situación evidentemente ha obstaculizado la aplicación de la consulta establecida en el Convenio Nº 169, llevando a los pueblos indígenas a exigir esta obligación a través de los tribunales de justicia.

Tampoco se han impulsado las políticas públicas ni destinado los recursos financieros que se requieren para hacer posible el ejercicio de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas por este Convenio, tales como aquellos que les corresponden sobre sus tierras y recursos naturales, como también se analiza en el trabajo que aquí se presenta.

Ello por cierto no resulta casual, sino que es la consecuencia de graves omisiones y contradicciones que han sido características del tratamiento dado por el Estado chileno a los pueblos indígenas en las últimas décadas. En efecto, tal como se analiza en el capítulo 1 de este libro, si bien desde la entrada en vigencia de la Ley 19.253 de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, a la fecha el Estado, en particular a través de su Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y del Programa Orígenes creado a fines de los 90, ha impulsado una política sectorial que ha incluido la ampliación, generalmente vía mercado, de las tierras de los pueblos indígenas, en especial del pueblo *mapuche*, y el apoyo de su desarrollo material y cultural, los esfuerzos de la política pública en los territorios indígenas del país, que son ricos en recursos naturales, se han centrado en promover su explotación para fines comerciales. Esta "otra" política, vinculada a los procesos de globalización económica acelerada e inserción de Chile en los mercados internacionales que ha promovido el Estado en las últimas décadas y se ha expresado en la suscripción de medio centenar de tratados de libre comercio y acuerdos bilaterales de inversión con las economías más poderosas del mundo, ha resultado en la proliferación de proyectos de inversión mineros en el norte del país –en el territorio de los pueblos andinos– y forestales, hidroeléctricos y salmonícolas en el sur –en el territorio *mapuche*– que han impactado a muchas comunidades indígenas.

Los mismos proyectos han sido impulsados hasta la fecha sin procesos de consulta y menos con el consentimiento de los pueblos indígenas.

Además, han sido impuestos en muchas ocasiones sin compensación por los daños ambientales y culturales que producen y tampoco con la participación de las comunidades en las significativas utilidades que estos generan, todo ello en contravención de las directrices del derecho internacional –y también de las experiencias comparadas– aplicables a estos pueblos. Por lo mismo, se han enfrentado a una creciente protesta de las comunidades afectadas, protesta que en el caso del pueblo *mapuche* ha sido conocida como "el conflicto *mapuche*", como si este le fuera imputable solo a los miembros de dicha comunidad o como si no existieran otros actores públicos o privados que los gatillaran. La criminalización de la protesta social *mapuche* a través de la persecución judicial de sus líderes, muchas veces gracias a la utilización de leyes especiales como la Ley sobre Conductas Terroristas (Ley 18.314 de 1984) que, a pesar de sus modificaciones, data de la dictadura militar y ha sido cuestionada por el debilitamiento que provoca en las garantías del debido proceso, así como también a través del uso de la fuerza pública en su contra, ha resultado en numerosos casos de tortura, tratos crueles o degradantes de integrantes de comunidades indígenas, incluyendo mujeres y niños, e incluso en la muerte de algunos de ellos. Esta situación ha concitado preocupación de instancias internacionales de derechos humanos como el Consejo de Derechos Humanos, el Comité Contra la Tortura y el Comité de Eliminación de Discriminación Racial, todos ellos de las Naciones Unidas.

Es en este contexto que desde el Observatorio Ciudadano, organización no gubernamental de documentación, promoción y defensa de los derechos humanos, que naciera el 2004 como un Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, nos ha parecido fundamental el desarrollo de un trabajo de investigación y sistematización sobre la situación pasada y presente de los derechos de estos pueblos en Chile, así como también de la evolución experimentada en los últimos años en el derecho internacional y comparado que les es aplicable.

Esta iniciativa ha resultado en la publicación que aquí se presenta, la que ha sido ordenada en cuatro capítulos que abordan una temática específica con el objeto de facilitar la lectura y comprensión de las materias tratadas. Así, en el capítulo I, que ha sido elaborado por Nancy Yáñez, además del suscrito, se describe y analiza la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile a lo largo de la historia, desde tiempos precolombinos hasta nuestros días. El análisis de estos derechos se centra en particular en los casos del pueblo *mapuche*, del pueblo *aymara*, del pueblo *lickanantai* o atacameño y del pueblo *rapa nui* e intenta abordar en cada caso tres momentos históricos: el mundo precolombino, el periodo colonial y la época republicana.

Junto con analizar la legislación aplicada a cada uno de ellos, primero, por el régimen colonial y, más tarde, por el Estado chileno, se da cuenta tanto de las políticas impulsadas como de las reacciones y estrategias desarrolladas por los pueblos indígenas frente a estas. Se analiza posteriormente con especial detención la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, la que junto al Convenio N° 169 de la OIT, ratificado solo el 2008 por el Estado chileno –y que es tratado en el capítulo II de este libro–, constituye la normativa más relevante referida a los pueblos indígenas y a sus derechos hoy vigente en el país.

En el capítulo I, entonces, nos referimos en particular a los principios generales de la Ley 19.253 y, en particular, a las disposiciones en ella contenidas que se refieren a los derechos políticos, la participación, la tierra, la cultura y el desarrollo indígena. También nos referimos a las disposiciones complementarias relativas a las distintas "etnias" indígenas que esta ley reconoce, en particular, a las comunidades andinas en el norte del país y a los *rapa nui*. Igualmente, se aborda en este capítulo el régimen que esta ley establece para resguardar los derechos de los pueblos andinos sobre las aguas, incluyendo aquellas de uso ancestral. De la misma manera, se analiza críticamente esta legislación a la luz de las demandas de los pueblos indígenas a la época de su elaboración, del anteproyecto enviado en 1991 al Congreso Nacional para su tramitación y del derecho internacional y comparado referido a los pueblos indígenas.

También analizamos, en este primer capítulo, la Ley 20.249 de 2008 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), ley que por primera vez reconoce a los indígenas su carácter de pueblos, así como el territorio marítimo del que han hecho uso consuetudinariamente.

Posteriormente se revisa la legislación sectorial referida a los recursos naturales (agua, minerales, energía geotérmica, recursos del mar y recursos forestales) y al medio ambiente, que afecta el control que estos pueblos han tenido sobre ellos desde tiempos inmemoriales dando sustentabilidad ambiental, social y económica a sus territorios. Nos referimos aquí en particular al Código de Aguas (Decreto Ley 1.222 de 1981) y sus modificaciones posteriores (Ley 20.027 de 2005 y Ley 20.099 de 2006); a la Ley Orgánica Constitucional 18.097 de 1982 sobre Concesiones Mineras y al Código de Minería (Ley 18.248 de 1983); a la

Ley 19.657 del año 2000 sobre Concesiones Geotérmicas; a la Ley de Pesca y Acuicultura de 1981 (Decreto Supremo 430 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892) y sus modificaciones (Ley 19.713 de 2001 que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales); al Decreto Ley 701 de 1974 sobre Fomento Forestal y sus modificaciones; a la Ley 20.283 de Bosque Nativo de 2008, y finalmente a la Ley de Bases del Medio Ambiente (19.300 de 1994) modificada por la Ley 20.417 en enero de 2010. En cada caso se analiza la normativa que atañe a los pueblos indígenas, así como las implicancias, mayoritariamente adversas, que dicha legislación ha tenido para ellos y el control de sus recursos de propiedad ancestral.

Finalmente en este capítulo también se describe y analiza críticamente la política pública impulsada hacia estos pueblos indígenas por el Estado chileno a contar 1993, año de la puesta en vigencia de la Ley 19.253. Se revisa en particular la política pública relativa a las tierras indígenas a través de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), constatando los avances e insuficiencias de la misma a la luz de las demandas indígenas y de los derechos que les han sido reconocidos en dicha ley y en la legislación internacional que les concierne. Se analizan también las contradicciones de esta política con la "otra política" que desde el Estado se ha impulsado en las últimas décadas en los territorios indígenas, ricos en recursos naturales, orientada al fomento de la inversión productiva y extractiva por capitales privados, muchos de ellos transnacionales, así como los conflictos que dicha política ha generado con el mundo indígena, en particular en el territorio *mapuche*. Finalmente se identifican las formas de inequidad y discriminación que como consecuencia de esta política aún persisten en el país y afectan a los pueblos indígenas.

En el capítulo II, que ha sido elaborado por Matías Meza-Lopehandía, se desarrolla el contenido normativo del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio N° 169, si bien podría haber sido analizado en el capítulo I, por constituir desde su ratificación por el Estado chileno parte del sistema jurídico nacional, o haber sido desarrollado como una sección del capítulo III, en tanto parte del *corpus juris* de derecho internacional relativo a los pueblos indígenas, ha sido abordado en un capítulo separado a objeto de darle mayor relevancia y claridad a la presentación de sus contenidos y alcance, así como de poner énfasis en su capital importancia para el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

En este segundo capítulo se revisa el estatus normativo del Convenio N° 169 y el alcance que tiene su recepción en Chile. Al mismo tiempo, se establece el valor jurídico de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT y la jurisprudencia interamericana como herramientas hermenéuticas para determinar el alcance de las normas incorporadas al ordenamiento jurídico. Luego se exponen los principios rectores que fundan los derechos y obligaciones consagrados en el Convenio: no discriminación, participación, integridad cultural y autonomía. En el mismo capítulo, además de analizar sus principales normas, el autor aborda el desarrollo jurisprudencial referente a los derechos de pueblos indígenas en Chile y lo integra con las normas emanadas de otras fuentes del derecho internacional. Finalmente, hace referencia al modo en que el derecho chileno interno previamente vigente ha sido modificado por la entrada en vigor del Convenio.

En el capítulo III, también de Matías Meza-Lopehandía, se analiza el derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas. Particularmente, se revisa cómo el derecho internacional de los derechos humanos ha ido progresivamente otorgando protección a los indígenas a partir de los derechos individuales y la forma en que se fue transitando hacia el reconocimiento de sus derechos como pueblos diferenciados. En el mismo capítulo se revisa el contenido de los principales derechos reconocidos a estos pueblos en el derecho internacional, así como los desarrollos que de estos derechos han hecho los órganos especializados del Sistema de Naciones Unidas, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta revisión se centra en lo que, a juicio del autor, constituye el corazón del *corpus iuris* internacional en la materia, a saber: el derecho a la vida en relación con la cultura, el derecho a la autodeterminación y sus concreciones, los derechos territoriales y los derechos políticos. Adicionalmente, en este capítulo se hace una revisión del particular desarrollo que el derecho internacional ha imprimido a los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas; a los derechos de los niños y niñas indígenas, por la especial vulnerabilidad que tienen en nuestro país, y al derecho al acceso a la justicia que tienen estos pueblos. Este capítulo finaliza con el análisis de una materia emergente en el derecho internacional referido a pueblos indígenas: la protección de sus conocimientos tradicionales.

Finalmente, en el capítulo IV, que ha sido elaborado por este autor, se describe y analiza la situación jurídica y las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas en América Latina, con especial énfasis en los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. En dicho capítulo se incorporan antecedentes históricos y actuales relativos a los pueblos indígenas en la región. Se esbozan además las principales instituciones, normas y políticas aplicadas a ellos durante el período colonial y, más tarde, durante el período republicano, así como las graves implicancias –exterminio, asimilación, despojo– que estas tuvieron. Se da cuenta de los procesos organizativos de los pueblos indígenas en las últimas décadas, los que en muchos contextos los han convertido en actores políticos gravitantes, así como de sus principales demandas, en particular en relación con sus tierras y territorios.

Posteriormente, en el mismo capítulo, se revisan los ciclos del reconocimiento jurídico constitucional estatal de estos derechos verificados en las últimas décadas. Se describen además algunas de las políticas públicas a que este reconocimiento jurídico ha dado origen en diversos Estados de la región en materia de derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de los pueblos indígenas, y las que tienen relación con el deber de consulta de los Estados frente a las medidas administrativas y legislativas que les afectan, en particular frente a proyectos de inversión. Asimismo se describe el impacto que en la región ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas, en particular el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI), y se analizan las implicancias que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido para los pueblos indígenas en la región.

Con posterioridad se analizan con mayor profundidad y detalle los marcos jurídicos y políticas públicas existentes en materia de derechos territoriales y derecho de consulta en tres Estados (Bolivia, Brasil y Colombia), intentando ilustrar a través de estos casos la evolución y tendencias existentes en la relación con estos derechos en la región. Se concluye con un análisis de los aspectos más valorables y los más deficitarios de la legislación y las políticas públicas impulsadas en la región en relación con estos pueblos y sus derechos a las tierras, el territorio y los derechos políticos como la participación, la consulta y la autonomía, y se evalúan las tendencias prevalecientes, identificando algunos desafíos que ellas plantean para los Estados.

Esperamos que la publicación que aquí presentamos, la que por su forma de ordenamiento y tratamiento de las materias abordadas hemos concebido como un manual, constituya un aporte para todos quienes tengan interés en conocer sobre la relación del derecho con los pueblos indígenas, así como de las significativas transformaciones experimentadas en dicha relación en las últimas décadas a nivel global y en particular en América Latina.

Aspiramos, en primer término, a que este trabajo pueda proporcionar antecedentes y herramientas a los propios pueblos indígenas para hacer exigibles aquellos derechos que les han sido reconocidos a nivel doméstico y por el derecho internacional, al que Chile se ha obligado mediante la ratificación de tratados internacionales como el Convenio N° 169 o al adherir a ellos, como en el caso de la DNUDPI.

En un momento en que estas materias comienzan a ser abordadas por distintas cátedras de derecho indígena en las principales facultades de derecho del país, esperamos además que esta publicación pueda ser utilizada por los estudiantes universitarios de esa u otras disciplinas, como la antropología y la historia, que tengan interés en conocer y entender la evolución que han experimentado los Estados y, como consecuencia, el derecho en el tratamiento de la diversidad étnica indígena. Esperamos también que ella pueda servir al trabajo de servidores públicos, legisladores y jueces, que crecientemente deben relacionarse con los pueblos indígenas y el derecho que les es aplicable en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, también aspiramos a que esta publicación pueda constituir un aporte para el logro de un mayor entendimiento de la urgente necesidad de avanzar en Chile hacia un tratamiento más justo y respetuoso de los pueblos indígenas que viven en el país, y de la urgente necesidad de que el Estado chileno revise y adecue su normativa y política pública a las directrices de los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a estos pueblos que ha ratificado o a los que ha adherido, y por lo mismo se ha obligado.

Agradecemos a todos quienes colaboraron en el desarrollo de esta publicación y a quienes consintieron en que sus reflexiones y aportes fuesen incluidos aquí. En especial agradecemos el aporte de Marco Cabana, Martín Correa, Gerardo Zúñiga y Pedro Marimán, cuyas reflexiones y análisis han sido incorporados en algunas secciones de este libro, por cierto con su autorización. También a Lola de la Maza, cuyo trabajo de revisión editorial inicial ha sido de gran utilidad.

Queremos reconocer el apoyo de la Fundación Ford y del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y de la Unión Europea a este trabajo. Sin su generoso aporte al Observatorio Ciudadano y al equipo que participó en su elaboración, su conclusión y difusión no hubiese sido posible. Igualmente reconocemos a Lom ediciones, cuyo apoyo ha sido fundamental para la edición, publicación y difusión de este trabajo.

Dedicamos esta publicación a todos los integrantes de pueblos indígenas que en los últimos años en Chile han sufrido la persecución, encarcelamiento, tortura, humillación y en algunos casos, la muerte. Ello como consecuencia directa de la lucha legítima que han dado por el reconocimiento y vigencia efectiva de los derechos colectivos de sus pueblos, y por avanzar hacia el establecimiento de una sociedad plurinacional e intercultural basada en los mismos derechos.

CAPÍTULO I

Los derechos de los pueblos indígenas en Chile

José Aylwin y Nancy Yáñez[i]

Introducción

Desde tiempos inmemoriales el territorio actual de Chile estuvo habitado por diferentes pueblos. Cada uno de estos pueblos tenía su propia cultura, formas de vida y sistemas normativos. Estos últimos regían sus formas de organización sociopolíticas, sus relaciones de familia, así como la relación que tenían con sus tierras, territorios y recursos naturales.

El arribo de los conquistadores españoles en el siglo XVI alteraría radicalmente sus vidas. La invasión[1] de sus territorios ancestrales, las guerras en su defensa, en que muchos de estos pueblos se involucraron, así como las enfermedades traídas por los españoles, resultaron, en el transcurso de unas pocas décadas, en la devastación de su población.

Los conquistadores españoles, además, obligaron a la población indígena sobreviviente a trabajar para ellos en las encomiendas, institución supuestamente establecida para su protección. Valiéndose de la fuerza y de engaños, estos también se apropiaron de sus tierras. Algunos de estos pueblos, como los *mapuche pikunche* del valle central, serían diezmados como consecuencia de las enfermedades, de los abusos, así como de su absorción por la población hispana que aquí se asentó. Otros, como los *mapuche* de más al sur, resistieron con éxito la

---

i El presente capítulo ha sido escrito en forma colaborativa por los autores señalados. Los aportes de cada autor son identificados en las secciones respectivas en los que fueron realizados.

1 El término "invasión" es utilizado por los pueblos indígenas para denominar el proceso de ocupación hispano y el despojo de sus territorios ancestrales. Dicho término ha sido acogido y es utilizado por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) conformada por el presidente Lagos en su informe final al abordar la historia *mapuche*.

ocupación de sus territorios, obligando al régimen colonial instaurado por España al reconocimiento de su independencia política y territorial.

Luego del establecimiento de la república, a comienzos del siglo XIX, los territorios indígenas que no lograron ser conquistados por los españoles durante el periodo colonial, serían ocupados por el Estado chileno. Es el caso del territorio *mapuche* al sur del Biobío, el que luego de su ocupación militar por el Ejército, fue entregado a colonos extranjeros y rematado para la creación del latifundio, siendo los indígenas confinados a "reducciones" en poco más del 6% de su territorio ancestral. Durante el mismo periodo el Estado chileno anexó los territorios ancestrales de los pueblos de los canales australes, Patagonia y Tierra del Fuego en el extremo sur y, más tarde, los territorios de los pueblos *aymara*, atacameño o *lickanantai*, *quechua*, *coya* y *diaguita* en la zona norte del país. Paralelamente, el Estado anexó, mediante un acuerdo de voluntades –hoy reconocido como tratado– suscrito con las autoridades *rapa nui*, la Isla de Pascua, lugar en que este pueblo habitara desde tiempos inmemoriales[2].

A todos estos pueblos les serían impuestas leyes y políticas públicas que persiguieron, además de la apropiación de sus tierras y recursos, su asimilación cultural. Ello con el evidente objeto de conformar una ciudadanía leal a la "nación" chilena[3].

Por largo tiempo, la diversidad étnica y cultural de Chile fue negada. De acuerdo con el discurso impuesto por las elites del país, la sociedad chilena fue concebida como una racialmente homogénea, de origen fundamentalmente europeo. Los escasos reconocimientos de los pueblos indígenas decían relación con su pasado, no con su presente. La historiografía dominante construyó la imagen del valiente "araucano", el que guiado por su espíritu libertario, resistió al conquistador español. Consistente con este discurso, las "poblaciones" indígenas fueron percibidas como sobrevivientes de antiguas "culturas" que habitaban áreas remotas localizadas principalmente en el extremo norte o en la zona sur del país[4].

También consistente con esa visión, y hasta hace poco, la preocupación fundamental de los Gobiernos hacia estas "poblaciones" fue su situación de pobreza, así como su diferencia cultural con el resto de los habitantes del país. Con el fin de enfrentar esta realidad, el Estado impulsó políticas orientadas a su "chilenización", principalmente a través del sistema educacional, procurando su asimilación con resto de la población. Junto con ello las iglesias, con el apoyo del Estado, desarrollarían su labor "cristianizadora" entre los pueblos indígenas,

---

2 Al respecto, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) afirmó en su parte conclusiva de su informe final: "El territorio nacional se estableció en aquellos espacios sobre los que el Estado no tenía control ni ejercía soberanía. A la época de la constitución del Estado chileno, el pueblo mapuche mantenía el control sobre el territorio comprendido entre los ríos Biobío, por el norte, y el límite constituido por el cordón de Panguipulli y el río Cruces en San José de la Mariquina, por el sur. Lo propio ocurría con el pueblo rapa nui, cuyo territorio recién fue incorporado a la soberanía del Estado chileno en 1888, y con los pueblos que habitaban la Patagonia y canales australes, como es el caso de los aónikenk, selk'nam, kawésqar y yagán. Los pueblos aymara, atacameño y quechua se encontraban sometidos a la jurisdicción de las también nacientes repúblicas de Perú y Bolivia. Una clara política expansionista del Estado chileno, permitió la ocupación definitiva de los territorios indígenas: el sometimiento del territorio mapuche a fines del siglo XIX; la anexión de las tierras aymara, atacameñas y quechuas, como resultado de la Guerra del Pacífico, a través de la cual Chile disputó a Perú y Bolivia los territorios del extremo norte; la incorporación de Isla de Pascua a la soberanía del Estado Chileno en 1888, y; finalmente, la política de otorgamiento de enormes concesiones que el Estado desarrolló para hacer ocupación definitiva del extremo austral; fueron dando fisonomía definitiva al territorio de Chile, quedando las poblaciones indígenas diversas y numerosas que lo habitaban desde antiguo, bajo la jurisdicción de un Estado a cuya constitución no habían sido invitados sino para formar parte de sus mitos y relatos fundadores" (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, 531-532).

3 La misma Comisión señaló a este respecto también en su informe final: "El proceso de conformación del Estado nación chileno, supuso un intento sistemático y deliberado por asimilar a los pueblos indígenas: fue el intento de las élites del siglo XIX por conformar una ciudadanía leal a la nación. La nación chilena no es el producto de una evolución natural espontánea, que inspira al desarrollo no deliberado de una comunidad. El desarrollo del Estado nacional en Chile, en cambio, es resultado de un proceso guiado por un proyecto político que –en conformidad con los ideales republicanos– tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo de la ciudadanía. La "ceguera frente a la diferencia" que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la negación de la identidad y de la existencia de los pueblos originarios como entidades sociohistóricas" (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, 531).

4 Representativo de esta línea de pensamiento es el historiador Sergio Villalobos, premio nacional de historia. Villalobos ha polemizado con intelectuales *mapuche* y no indígenas que defienden la existencia y derechos de este pueblo señalando que los *mapuche* actuales, a quienes llama "araucanos" como lo hicieron los españoles en el periodo colonial, no son más que mestizos. Villalobos ha señalado además, que desde ese período los "araucanos" aceptaron la dominación, adaptándose a ella, beneficiándose del intercambio con el español y que, por lo mismo, renunciaron a sus derechos ancestrales (Villalobos 2000).

labor que tuvo un impacto devastador en sus culturas, contribuyendo decisivamente a su asimilación.

Desde el Estado, además, fueron impulsadas políticas orientadas a promover el desarrollo económico de sus comunidades, políticas que en poco o nada diferían de aquellas destinadas para los campesinos no indígenas. Tales políticas, las que les serían aplicadas sin previa consulta a sus comunidades, variaron con el tiempo de acuerdo con las ideologías dominantes, desde el liberalismo hasta el socialismo, pasando por las ideas reformistas de centro. No obstante ello, estas no difirieron sustancialmente en cuanto a su finalidad última, cual era la de "asimilar" primero, e "integrar" más tarde, a los pueblos indígenas a la sociedad chilena, sin considerar su derecho a determinar libremente sus formas de vida y desarrollo material y cultural.

El marco legal chileno también estaría fuertemente marcado por esta perspectiva y visiones. Como resultado de ello, desde su formación hasta hoy, el Estado chileno solo reconoció en su Constitución política la existencia de un pueblo, el "chileno", negando con ello su carácter pluriétnico o plurinacional. Del mismo modo, las leyes no reconocieron a estos pueblos, sus culturas e idiomas, sus sistemas normativos y, menos aún, sus derechos políticos, tales como la participación y la autonomía. Tampoco reconocieron sus derechos territoriales, incluyendo la propiedad y control sobre sus tierras y los recursos naturales que hay en ellas. En efecto, la legislación promulgada en relación con ellos, la que en su mayor parte estuvo referida a los *mapuche*, más que tratar sobre ellos, intentó normar la situación de sus tierras y territorios, fomentando su distribución a colonos extranjeros y su remate en púbica subasta, la radicación de la población en reducciones y su posterior individualización y traspaso a terceros no indígenas.

Esta situación puede ayudar a entender por qué muchos en Chile se sorprendieron al conocer los resultados del censo de población de 1992, el primero que consideró a la población indígena del país en base a criterios de autoidentificación y en el que 1350 000 personas, aproximadamente el 10% de la población total, declaró ser parte de una de las tres "culturas" indígenas en él reconocidas (*aymara, rapa nui* o *mapuche*)[5].

5 De acuerdo con este censo, casi un millón de chilenos (998 000), de un total de trece millones, se autoidentificó como indígena. Dicha cifra se incrementa a 1 350 000 si se consideran los menores de 14 años (Instituto Nacional de Estadísticas 1992).

Aun cuando muchos chilenos se negaron a admitir la realidad oculta que emergía de dicho censo, el que fue realizado en el contexto del restablecimiento de la democracia en el país y del V centenario de la llegada de Colón a *Abya Yala* o América, como fue denominada por los europeos[6], sus resultados contribuyeron al derrumbe de los mitos construidos por la sociedad chilena respecto a su composición étnica. Esta constatación, junto con los crecientes procesos organizativos de los pueblos indígenas y a su movilización en demanda de reconocimiento, así como de los derechos que les corresponden como tales, ha contribuido al impulso durante las últimas dos décadas de reformas jurídicas y políticas, que aunque con marcadas tensiones y contradicciones, han permitido algunos avances en el reconocimiento de su identidad y derechos.

Tales reformas, como veremos en el capítulo IV, son claramente insuficientes en relación con aquellas reformas jurídicas y políticas que han sido introducidas en otros Estados de América Latina. También lo son en relación con aquellos estándares establecidos por el derecho internacional que les concierne, en particular el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (1989), ratificado por el Estado chileno el 2008, como veremos en el capítulo II de esta publicación, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de esta entidad el 2007, con el voto favorable de Chile, como veremos en el capítulo III de la misma.

Por lo mismo, dichas reformas no han permitido la protección de sus derechos frente a los procesos de acelerada inserción de Chile en los mercados globales, generando una relación de tensión y de conflicto, en especial en el sur del país, que la prensa ha identificado en forma sesgada y discriminatoria como el "conflicto indígena" o "conflicto *mapuche*". Ha sido en este contexto, además, que el Estado chileno ha impulsado una política de criminalización de la protesta social indígena, en particular de la protesta *mapuche*, caracterizada por la persecución de líderes e integrantes de este pueblo que se movilizan en defensa de sus derechos, así como por la represión policial de sus comunidades, política que ha concitado la preocupación de instancias internacionales

6 *Abya Yala* fue el nombre dado al continente americano por el pueblo *kuna* que habita en lo que hoy es Panamá y Colombia. *Abya Yala* significa tierra noble que acoge a todos (Huanacuni 2013). Esta denominación es hoy es utilizada por muchos pueblos indígenas para referirse a América Latina.

de derechos humanos tanto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como del Sistema de Naciones Unidas.

En este capítulo intentaremos describir y analizar los derechos de los pueblos indígenas en Chile a lo largo de la historia, desde tiempos precolombinos hasta nuestros días. Centraremos nuestro análisis en los principales pueblos indígenas de Chile[7], esto es, el pueblo *mapuche*, el pueblo *aymara*, el pueblo *lickanantai* o atacameño y el pueblo *rapa nui*. Al referirnos a estos pueblos analizaremos en cada caso tres periodos históricos; el mundo precolombino, el periodo colonial y la época republicana.

Junto con analizar la legislación aplicada a estos pueblos, nos referiremos también a las principales políticas impulsadas por el régimen colonial primero y por el Estado chileno más tarde, así como a sus reacciones frente a estas. Analizaremos con especial detención la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, la que junto con el Convenio N° 169 de la OIT, ratificado solo el 2008 por el Estado chileno, constituye la normativa más relevante referida a los pueblos indígenas y sus derechos hoy vigente.

Al hacerlo, nos referiremos a la génesis de esta legislación, a los principales derechos que esta reconoce (participación, tierra, cultura y desarrollo), así como a las disposiciones complementarias relativas a las distintas "etnias" indígenas, en particular las comunidades andinas en el norte del país y el pueblo *rapa nui*. También nos referiremos a la normativa de esta misma legislación que reconoce y regula el derecho de las comunidades indígenas y sus miembros a las aguas de uso ancestral. Finalmente, analizaremos críticamente esta legislación a la luz de las demandas de los pueblos indígenas a la época de su elaboración y del derecho internacional referido a los pueblos indígenas.

Asimismo abordaremos la Ley 20.249 de 2008 que crea el Espacio Costero Marítimo de los Pueblos Originarios (ECMPO), ley que por primera vez reconoce a los indígenas su carácter de pueblos, así como el territorio marítimo del cual han hecho uso consuetudinariamente.

Posteriormente, analizaremos la legislación sectorial que incide en el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que utilizan desde tiempos inmemoriales y que dan sustentabilidad ambiental, social y económica a sus territorios (agua, minerales, energía geotérmica, recursos del mar y recursos forestales). Nos referiremos aquí a la legislación que regula los derechos sobre los recursos naturales en Chile y que colisiona con los derechos territoriales internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas, en particular, el Código de Aguas y sus modificaciones; el Código de Minería y la Ley 18.097 de 1982 sobre Concesiones Mineras; la Ley de Pesca y Acuicultura de 1981 y sus modificaciones y la Ley 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales; el Decreto Ley 701 de Fomento Forestal y sus modificaciones; la Ley 20.283 de Bosque Nativo, de 2008 y, finalmente, la Ley 19.657 del año 2000 sobre Concesiones Geotérmicas.

El análisis de dicha legislación sectorial nos permite evaluar el marco normativo y confrontarlo con aquellos estatutos que reconocen y protegen los derechos indígenas sobre los mismos bienes. Se incluye aquí tanto el análisis del derecho doméstico como del derecho internacional, en cuanto este último se entiende incorporado al ordenamiento jurídico chileno. Esta sección concluye con el tratamiento de la legislación ambiental y, en particular, del Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales (SEIA), haciendo énfasis en los instrumentos de gestión ambiental. En este contexto, son analizadas las debilidades regulatorias del SEIA y las implicancias de ello en la protección de derechos indígenas y resolución de conflictos ambientales.

Finalmente, abordamos la política pública impulsada hacia estos pueblos por el Estado chileno a contar de 1993, año de la puesta en vigencia de la Ley 19.253, intentando identificar los avances logrados a través de ella en la materialización de los derechos que tanto esta como el Convenio N° 169 les reconoce y también las contradicciones y déficits de dicha política, así como los conflictos que ha generado en los territorios indígenas.

1. El pueblo *mapuche*[ii]

1.1. MUNDO PRECOLOMBINO

Existe evidencia arqueológica de que el territorio actualmente ocupado por Chile estuvo habitado por diferentes agrupaciones humanas desde hace por lo menos diez mil años[8]. Emplazados en un territorio vasto

7 La inclusión de estos pueblos se ha hecho teniendo presente su demografía pasada y presente, así como la importancia que ha adquirido el tratamiento jurídico y político de su realidad por parte de la colonia hispana primero y por parte del Estado chileno más tarde.

ii La presente sección ha sido elaborada por José Aylwin. Ella se basa en parte en parte en la tesis del autor *Indigenous People´s Rights in Chile and Canada*:

y de gran diversidad ecológica, estas agrupaciones vivían en estrecha conexión con sus tierras y con los recursos naturales en ellas existentes. A través del tiempo dichas agrupaciones se relacionaron entre sí, dando origen a distintas conformaciones étnicas y culturales, a organizaciones sociales y políticas y a modos de vida y sobrevivencia. A la llegada de los españoles, por lo menos trece pueblos distintos –con sus propias lenguas, religiones, leyes, sistemas de gobierno y economías– vivían en el territorio comprendido entre el altiplano andino y Tierra del Fuego[9]. Solo la población correspondiente al pueblo *mapuche* que habitaba en este territorio al arribo de los españoles ha sido estimada en aproximadamente un millón de personas, la mitad de la cual estaba asentada al sur del río Maule (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Estudios arqueológicos recientes identifican los orígenes de los *mapuche* en diferentes agrupaciones humanas con diversas culturas materiales que habitaron sus territorios históricos y vecinos durante miles de años[10].

A Comparative Study, la que fue presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de British Columbia, Canadá para la obtención del grado de *Master of Laws* (Aylwin 1999). Esta tesis fue traducida del inglés al español por Cristian Opaso, trabajo profesional que se agradece.

8 El sitio de Monte Verde identificado por el arqueólogo estadounidense Tom Dillehay en el sur de Chile (Llanquihue), comprueba la existencia de una población que data de hace 12.000 a 13.000 años (Dillehay 1989).

9 Estos pueblos incluían a los *aymara*, atacameño o *lickanantai* y a los coya en el norte de Chile; a los *rapa nui* en Isla de Pascua; los *mapuche* y sus diferentes identidades territoriales en el centro y sur del país, y los *kawashkar* y *yámana* en los canales australes, todos los cuales han sobrevivido hasta hoy. También incluían a varios otros pueblos que por muchos motivos, incluyendo las guerras, enfermedades y la asimilación, fueron exterminados. Entre ellos, debemos mencionar aquí a los chango de la costa nortina, *chono* en los canales del sur y *aónikenk* y *séik'nam* en la Patagonia y Tierra del Fuego, respectivamente. Población remanente de estos dos últimos pueblos, sin embargo, está asentada hoy en Patagonia y Tierra del Fuego en Argentina. Para mayor información sobre los pueblos precolombinos ver Hidalgo et al. eds. (1989) y Berenguer (1997).

10 Aquellos que hoy se conocen como *mapuche* serían descendientes de los antiguos cazadores de Monte Verde (de hace doce mil años atrás) y de los *Chan Chan* y *Quillen* (cinco mil años). Descienden también de la gente del Pitren (primeros siglos de nuestra era) y de El Vergel (segundo milenio de nuestra era). Habrían incorporado elementos de pueblos originarios de los Andes (*pewenche*) y de las Pampas. (Aldunate en Berenguer 1997) También se dice que entre los antepasados de los *mapuche pikunche* estarían agrupaciones humanas que habitaban en lo que hoy es Chile central entre 8000 a 9500 años a.C. (Cornejo en Berenguer 1997).

Se estima que para alrededor del 500 a 600 a.C. existía una cultura que se puede denominar *mapuche* (Bengoa 1985). Al momento de la llegada de los españoles los *mapuche* hablantes habitaban un vasto territorio al oeste de la cordillera de Los Andes, el que se extendía desde el río Choapa por el norte a la Isla de Chiloé por el sur (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

De acuerdo a la visión *mapuche*, sin embargo, el origen de sus ancestros encuentra su explicación en una gran inundación que tuvo lugar hace mucho tiempo. La inundación fue provocada por *kay kay*, una serpiente (culebra) que representaba las fuerzas malignas que hizo subir las aguas para matar a la gente, a la que se enfrentó *treng treng*, una serpiente que representaba las fuerzas del bien, que hizo subir el cerro para que la gente se salvara. Al final del combate, *kay kay* se dio por vencido, logrando sobrevivir dos ancianos, hombre y mujer, y dos jóvenes, también hombre y mujer. Mientras los ancianos reprodujeron el conocimiento y la sabiduría, los jóvenes tuvieron descendencia, la gente (Marileo, s/f).

Según los *mapuche*, su territorio total, conocido como el *Wajontu Mapu*, comprendía tanto el *Gulu Mapu*, esto es las tierras ubicadas entre el océano Pacífico y la cordillera de los Andes, como el *Pwel Mapu*, esto es las parcialidades ubicadas al este de dicha cordillera, en lo que es hoy el territorio de Argentina[11]. Cada uno de estos territorios estaba compuesto de distintos *fütal mapu* o parcialidades (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[12].

La estructura organizacional *mapuche* tenía como unidad básica el *lof*, agrupación que correspondía a las familias que compartían un mismo

---

11 Se debate sobre el momento histórico de la ocupación *mapuche* del territorio al este de los Andes en lo que hoy es territorio argentino. Para los *mapuche* la ocupación de los territorios del centro sur de Argentina es ancestral, en todo caso previa a la ocupación hispana (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche, 2003). Para los historiadores, la llamada "araucanización de las pampas" por parte de los *mapuche* de la vertiente oriental de la cordillera de los Andes se produjo a contar del siglo XVII (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003).

12 Al norte del Biobío se encontraba el *Pikun Mapu*, habitado por los *mapuche pikunche*. A al sur del Biobío, los *Futal Mapu* incluían los *bafkeh che* o *lafkenche* (gente de la costa, sector poniente de la cordillera de Nahuelbuta); los *naüq che* o *naüqche* (abajinos, vertiente oriental de la cordillera de Nahuelbuta), y los *wente che* (arribanos, precordillera de Los Andes). En el *Pire Mapu*, se encontraban los *pehue che* o *pewenche*, y los *wiji che* o *wijiche* e *ina pire che*. En la vertiente oriental de la cordillera de los Andes, el *Pwel Mapu*, se ubicaban los *ragkül che* o *ranquelches*, *mamuj che*, *chazi che* y *pwel wiji che* o *wijiches serranos* (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

territorio bajo el mando de un *logko* o jefe. Varios *lof*, a su vez, formaban el *ayjarewe*, el que agrupaba a pequeñas parcialidades territoriales distribuidas en un territorio determinado, las que se encontraban unidas por lazos de parentesco. La agrupación de varios *ayjarewes* formaba el *fütalmapu* o *futalmupu*, esto es, un territorio extenso vinculado entre sí por lazos de parentesco, alianzas sociales, culturales y económicas y, en especial, militares (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

Los *logko*, además, podían ser autoridades de varios *lof*, en cuyo caso eran también llamados *ñizol logko* o caciques principales. Junto al *logko*, otras autoridades *mapuche* dentro del *lof* eran el *werkén* o mensajero, el machi y el *nguillatufe*. Los machi, tradicionalmente –aunque no en todos los casos– hombres, eran personas con poderes shamánicos y curativos. Dados estos poderes, ellos estaban a cargo del machitún, un ritual religioso-mágico, y eran reconocidos como figuras importantes en la vida espiritual *mapuche*. El *ngullatufe* era un líder religioso que ejercía como cabeza ritual del *nguillatún*, ceremonia central en el mundo religioso y shamanístico *mapuche* (Ñanculef 1990a; Berdichewsky 1975).

La flexibilidad de la estructura social y política *mapuche* permitió que el *lof* actuara de manera independiente o en conjunto con otros *lof* en épocas de conflicto. Tal flexibilidad organizativa, como veremos en una sección posterior de este capítulo, fue fundamental en el éxito que tuvieron los *mapuche* en su resistencia a los españoles así como a la invasión militar chilena de su territorio al sur del Biobío desde el siglo XVI hasta el siglo XIX.

La relación que existía entre estas unidades organizativas *mapuche* y sus autoridades estaba regida por el *az mapu* (o *admapu*). El *az mapu* ha sido entendido como el sistema jurídico, o de ordenamiento, y autorregulación interno *mapuche*. De acuerdo con este sistema, se debía vivir en armonía con todos los entes de la naturaleza, incluyendo los seres vivos, los muertos, los visibles y los no visibles (Quidel 2003). El concepto de *az mapu* literalmente significa "tierra que agrada y que es buena", y constituye "la gran declaración de principios, la fundamentación doctrinaria ideológica" de los *mapuche*, "el código de ética, la costumbre antigua, la moral, el saber ser, etc." (Ñanculef 1990b, 14). En el pasado, el *az mapu* regía todos los aspectos de la vida. Si alguien violaba un mandato del *az mapu* se le imponía una sanción moral y social o un castigo (Ñanculef 1990b)[13].

13 De acuerdo con Ñanculef ("Filosofía" 1990), los principios del *az mapu* eran respetados estrictamente por los antepasados *mapuche*, quienes nunca amenazaban a la naturaleza ni quemaban montañas, contaminaban aguas o se burlaban de eventos sobrenaturales.

En cuanto a su cultura y economía, cabe distinguir entre los *mapuche pikunche* del valle central, los *mapuche* al sur del Biobío y los *mapuche williche* (*wijiches*). A la llegada de los españoles, los primeros habían sido fuertemente impactados por la presencia de los *inca*, quienes los dominaron e integraron sus territorios al *Tawantinsuyo* en el siglo XV. Aunque existe poca información sobre su cultura previa al sometimiento incaico, se sabe que estos contaban con asentamientos estables, practicaban la agricultura y la alfarería. Con la llegada incaica, los *pikunche* fueron incorporados a la lógica económica del *Tawantinsuyo*, debiendo pagar tributo a los gobernantes incaicos aquí establecidos. Los *inca* también fortalecieron su cultura agrícola, en particular a través de la introducción de sistemas de irrigación (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

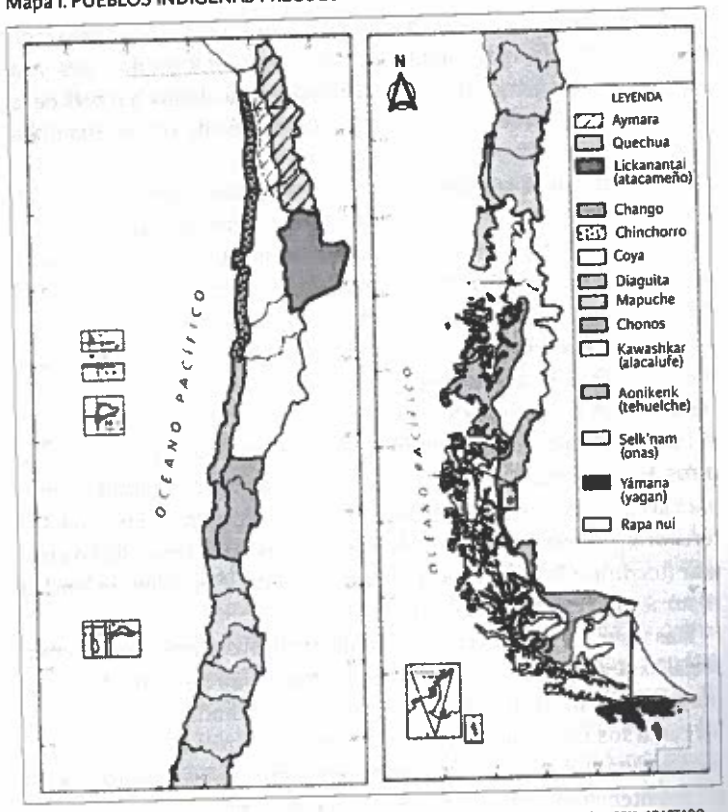
Los *mapuche* al sur del Biobío, en tanto, practicaban un tipo de economía basada en la tala y roce, junto con un sistema de caza, pesca y recolección, actividades que les permitían satisfacer sus necesidades en un territorio abundante y rico en recursos naturales. A la llegada de los españoles, la ganadería era incipiente y el sistema de producción no permitía la generación de excedentes, por lo que había escasa acumulación. Su forma de organización social fundamental, como ya se señalara, era la familia extensa (*lof*), no existiendo formas de división del trabajo ni sistemas de dominación social de algunos grupos sobre otros. En este contexto, las alianzas resultaban fundamentales, tanto para las actividades económicas, como la recolección del piñón en el territorio andino (*pewenche*) o la pesca en los numerosos ríos o en el mar (territorio *lafkenche*), como para la guerra (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Más al sur, los *mapuche williche* continentales tenían como estructura social básica un grupo local de parientes (*muchulla*) conformado por un número determinado de hogares o *katan*, explotando colectivamente los recursos existentes en su territorio, viviendo en forma más o menos autárquica. Los *williche* complementaban su economía basada preferentemente en la horticultura y la ganadería, con la recolección de mariscos, la pesca y la caza de lobos marinos (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Tal como señala el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), a la época de la ocupación de sus territorios por

los españoles, los *mapuche* tenían estructuras armónicas tanto en sus relaciones con la naturaleza como entre ellos. Lejos de ver en esta sociedad al "buen salvaje", dicha Comisión concluye señalando que con certeza ella no vivía en escasez, tampoco en guerra permanente, lo que le permitía "crecer y desarrollar adecuadamente a sus hombres, mujeres y niños"[14] cuestión que no muchas sociedades han logrado.

Mapa I. PUEBLOS INDIGENAS PRECOLOMBINOS



FUENTE: HTTP://PUEBLOSORIGINARIOSENCHILE.BLOGSPOT.COM/. PUBLICADO POR SIOMARA VARELA, 2011. ADAPTADO POR RUBÉN SÁNCHEZ, OBSERVATORIO CIUDADANO

14 Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, 329.

1.2. EL RÉGIMEN COLONIAL ESPAÑOL: CONQUISTA, DESPOSEIMIENTO Y RESISTENCIA MAPUCHE

1.2.1. PRIMEROS CONTACTOS

Aunque en 1520 Hernando de Magallanes, un navegante portugués que buscaba un paso hacia el Asia, cruzó desde el océano Atlántico al océano Pacífico por el estrecho que llevaría su nombre, los primeros europeos que incursionaron en los territorios indígenas de la parte sur de lo que hoy es conocido como América serían los que acompañaron a Diego de Almagro en su expedición de 1535. El emperador Carlos V otorgó a Almagro el derecho de fundar un nuevo Gobierno español en las tierras al sur del Cuzco. Almagro cruzó los Andes y se radicó por un corto tiempo en lo que hoy es la zona central de Chile, contando para ello con el apoyo de los *inca*, que en esa época dominaban la región. No habiendo encontrado oro, pero sí la resistencia de los *mapuche pikunche* que allí habitaban, Almagro y su expedición regresaron a Nueva Castilla (Perú).

En 1540 Pedro de Valdivia organizó, con la autorización de Pizarro, gobernador de Nueva Castilla, una nueva expedición de conquista. Apoyado una vez más por los *inca*, Valdivia viajó por tierra desde el Perú, arribando al valle del Mapocho, donde en 1541 fundó Santiago de la Nueva Extremadura. Desde allí continuó su expedición fundando en los próximos años ocho poblados fortificados en la zona sur de lo que pasó a ser la gobernación de Chile, todos ellos en el territorio del pueblo *mapuche*. En los años venideros los sucesores de Valdivia fundaron similar cantidad de poblados en lugares tan distantes como Cuyo (1561), al este de los Andes en el territorio de los *huarpe* y *mapuche pewenche* y la isla de Chiloé más al sur, territorio de los *chono* y *williche* (1567)[15].

1.2.2. EL IDEARIO DE LA CONQUISTA ESPAÑOLA

Los conceptos que apoyaron la conquista española del mal llamado Nuevo Mundo fueron consecuencia de aquellos que habían sido desarrollados en Europa durante los siglos anteriores. Especial influencia tuvo en este sentido el debate verificado al interior de la iglesia católica

15 De acuerdo a Alamiro de Ávila M. (1973), la fundación de nuevos poblados se explica por la necesidad de establecer y alimentar a los nuevos conquistadores que se esperaba llegasen.

relativo al dominio de los europeos sobre aquellos pueblos considerados como infieles o paganos, así como sobre las tierras que les pertenecían. Como consecuencia de este debate, la legitimidad de la conquista de estos pueblos y de sus territorios en base al derecho natural, había sido aceptada en Europa en la época de Colón y del denominado "descubrimiento" de América[16].

Los documentos fundacionales de la conquista española estaban imbuidos de estos conceptos. Así, las capitulaciones de Santa Fe de 1492, celebradas entre la Corona de Castilla y Colón, por ejemplo, estipulaban que las islas y tierras "descubiertas" por Colón en sus viajes a la India[17] podían ser apropiadas por mero acto de posesión, y que las gentes que se encontraran en ellas serían mantenidas bajo la autoridad de la Corona[18].

Las mismas ideas estaban contenidas en las bulas papales otorgadas por Alejandro VI, legitimando las empresas de conquista de españoles y portugueses. En la primera de sus cuatro bulas (*Inter Caetera* 1493), el Papa autorizó a la Corona española a "someter a vuestro dominio dichas tierras e islas y también a sus pobladores y habitantes reduciéndolos –con la ayuda de la divina misericordia– a la fe católica"[19].

Cuando los españoles arribaron a *Abya Yala* consideraron a sus habitantes paganos, sin dios y sin fe, así como salvajes sin ley y sin organización. Como afirmara Colón al referirse a los *arawak* del Caribe: "Las gentes de esta isla y de todas las otras islas que he hallado o habido noticia andan todos desnudos, hombres y mujeres... Ellos no tienen hierro ni acero ni armas... Y no conocían secta ni idolatría"[20].

Estas percepciones iniciales que los conquistadores tuvieron de la población originaria de estas tierras permanecieron en el tiempo, marcando el discurso y las acciones de los españoles y los europeos en general en el Nuevo Mundo. Los indígenas, como fueron denominados erróneamente, fueron rápidamente clasificados como "salvajes" no enteramente humanos –aunque capaces de llegar a serlo–, que vivían en un estado natural "sin rey, sin ley, sin fe". Ubicados en algún lugar entre las bestias y los humanos, los indígenas no calzaban en ninguna de las categorías europeas y fueron, por lo mismo, dejados fuera del derecho natural (Dickason 1989).

Inspirada en estas percepciones eurocéntricas, España desarrolló diversas instituciones a fin de hacer posible su dominio sobre esta parte del mundo. Una de las principales instituciones creadas para estos efectos fue la encomienda. De acuerdo con las bulas papales, y como manifestación de la soberanía de la Corona, los monarcas tenían el derecho de disponer de la población indígena del Nuevo Mundo. En teoría, al igual que en la institución del vasallaje que prevalecía en Europa, la población indígena debía pagar tributo al rey. El rey podía transferir estos tributos a los encomenderos, conciliando así el interés de la Corona con el de los conquistadores. De acuerdo con esta institución, la población indígena tendría que trabajar para pagar el tributo, pero mantendría su libertad. De esta manera, el rey podría compensar a los encomenderos por sus esfuerzos en la empresa de la conquista y, al mismo tiempo, asegurar la productividad de las nuevas tierras adquiridas.

En la práctica, la encomienda impuesta por Colón en las Antillas, y luego por otros conquistadores en diferentes partes del continente americano, no sería una institución de tributo, sino una de trabajo o servicio personal, como veremos más adelante en el caso de Chile. La población indígena fue obligada a trabajar en haciendas y minas para los conquistadores españoles, en una institución que no difería sustancialmente de la esclavitud (Góngora 1951; Salazar 1985)[21].

---

16 Para un análisis del debate que se desarrolló sobre esta materia durante el siglo xv al interior de la Iglesia católica, en particular en el contexto del Concilio de Constanza (1414-1418) ver Williams Jr. 1990.

17 De allí que a los habitantes de las tierras encontradas por Colón, en el continente que los europeos llamaron posteriormente América, se les denominó "indios" o "indígenas". Se trata de un equívoco mayor que por diversos motivos – inicialmente debido a la imposición europea y, más tarde, a la reivindicación que muchos pueblos originarios han hecho de esta denominación al asociarse a derechos– se mantiene hasta nuestros días.

18 Las expediciones emprendidas por Colón y otros navegantes eran empresas que no solo involucraban a la corona, sino también a los conquistadores en forma personal. Consistente con ello, la participación de la corona se limitaba muchas veces a autorizar su realización, y a establecer los derechos de los conquistadores. Sus costos serían financiados por los conquistadores mismos, a cambio de un porcentaje de la riqueza obtenida. Los contratos suscritos entre estos y la corona para hacerlas posibles eran conocídas como capitulaciones (Eyzaguirre 1992).

19 Disponible en <http://www.archivodelafrontera.com/wp-content/uploads/2011/08/GAL012.pdf>[Consultada el 29 de mayo de 2013].

20 Disponible en <http://www.historiadominicana.com.do/historia/documentos/282-la-carta-de-cristobal-colon-qtranscripcion-y-reconstruccion-del-texto-original-espanol-impreso-en-barcelona-pedro-posa-1493.html> [Consultada el 29 de marzo de 2011].

21 Diversas formas de servidumbre indígena serían impuestas posteriormente en México, Brasil y en la región andina hasta la abolición de la encomienda en el siglo xviii (Dickason 1989).

Las críticas iniciales hacia las formas abusivas de la aplicación de la encomienda fueron realizadas por los misioneros católicos. Así el Fraile domínico Antonio de Montesinos denunció los abusos cometidos por los conquistadores en contra de la población indígena en la isla La Española[22]. Estas acusaciones llevaron a la Corona a aprobar las leyes de Burgos en 1512. Aun cuando estas leyes reconocieron la libertad de la población indígena de las tierras conquistadas y su derecho a un trato humano, también establecieron la necesidad de inculcar a los indígenas las virtudes del cristianismo y la civilización (Hanke 1949). Las mismas leyes regularon prácticamente todos los aspectos de la vida de la población indígena. Además, legitimaron el sistema de encomiendas, estableciendo los derechos y responsabilidades del encomendero. De acuerdo con sus disposiciones, los indígenas debían ser relocalizados en nuevos poblados más cercanos a los asentamientos españoles. En ellos se les entregaría instrucción religiosa y se les proveería de iglesias. Se estimularía el bautismo de los niños, el matrimonio entre los adultos y el desnudo quedaría prohibido. Finalmente, se exigiría a los indígenas entregar nueve meses de servicio al año[23].

A principios del siglo XVI otras naciones europeas cuestionaron la legitimidad del dominio de la Corona española sobre los pueblos y las tierras por ella conquistados. A fin de asegurar la validez de sus títulos fundacionales en este territorio, la Corona introdujo una nueva legislación que regularía a futuro las empresas de conquista española. Dicha normativa dio origen al requerimiento, una suerte de carta de conquista de acuerdo con la cual se interpelaba en términos simples a la población indígena contactada a aceptar a los misioneros cristianos y la dominación española de sus territorios, fundándose en las donaciones papales a la Corona hispana. Si los indígenas no acataban o resistían este requerimiento, España podía invadir su territorio. Del mismo modo, los indígenas eran amenazados con la esclavitud de sus esposas e hijos, con el vasallaje y con la apropiación de sus bienes en caso de que no aceptaran el dominio hispano[24].

22 Hoy la isla se encuentra dividida entre los Estados de República Dominicana y Haití.

23 De acuerdo a Williams Jr. (1990), esta legislación continuó legitimando la abierta apropiación de recursos y mano de obra indígena como medio para facilitar su asimilación.

24 Estas regulaciones, que fueron redactadas en 1513 y reforzadas en 1526, disponían que antes de que pudiese comenzarse con las hostilidades en contra de un grupo indígena recién "descubierto" por los conquistadores españoles, estos debían leerles a viva voz el requerimiento. Su primera utilización documentada ocurrió en Darién (Dickason 1989). El texto que debía ser leído a los indígenas establecía su obligación, bajo la ley natural, de escuchar y obedecer el Evangelio. También informaba a los indígenas respecto a la donación de sus territorios a la Corona española por parte del papa, quien estaba a cargo de todas las naciones de la tierra. El requerimiento fue formalmente abolido en 1556. Luego de ello, el proyecto colonial español fue presentado como una empresa misionera y no como una conquista militar. Para esa época, sin embargo, los españoles habían sometido ya, a través de este y otros métodos, a la mayor parte de la población indígena del llamado Nuevo Mundo (Williams Jr. 1990).

Como consecuencia de las críticas formuladas al trato que recibía la población originaria, en 1537 el papa Pablo III redactó *Sublimis Deus*. En esta bula papal la Iglesia católica quiso intervenir en la controversia relativa a la naturaleza de dicha población, condenando fuertemente a aquellos que apoyaban su esclavitud como si fueran bestias. El mismo documento papal reconoció que, aunque los indígenas eran infieles, podían gozar de sus dominios y libertades, y no debían ser reducidos a esclavitud (Korth 1968). Esta bula papal es considerada como la primera afirmación formulada por la Iglesia católica que reconoció la condición humana y los derechos de la población originaria de esta parte del mundo[25].

Las críticas planteadas durante el siglo XVI desde el mundo religioso y secular contra los conceptos y las prácticas de la conquista influyeron en la introducción de cambios en la política colonial hispana hacia los pueblos indígenas. La crítica de mayor trascendencia fue la que realizó Bartolomé de Las Casas, un fraile domínico que cuestionó con insistencia las instituciones españolas y el tratamiento dado a los indígenas por parte de quienes se radicaron en América[26]. Aparte de las reiteradas acusaciones que hiciera sobre los abusos cometidos por los españoles contra los indígenas en los nuevos asentamientos, De las Casas argumentó que el principal objetivo de las bulas papales, que constituían

25 Así la bula *Sublimis Deus* dispuso: "Que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor". Disponible en <http://www.memoriapoliticademexico.org/Efemerides/6/02061537.html> [Consultada el 28 de mayo de 2013].

26 De las Casas, quien se estableció en forma intermitente en el Nuevo Mundo desde 1502 hasta 1547, fue inicialmente un encomendero. Renunció a su encomienda en 1514 y se convirtió en un infatigable defensor de los derechos de los indígenas. También ejerció como obispo de Chiapas (1544-1550).

la justificación de la presencia española en el Nuevo Mundo, era la de convertir a la población originaria al cristianismo. Afirmó, además, que dichas bulas no otorgaban a España poderes coercitivos para llevar a cabo este objetivo y cuestionó el uso de la guerra y la servidumbre en contra de los indígenas. También argumentó que el derecho natural debía ser aplicado a toda la humanidad, sin exceptuar a los indígenas. Sostuvo, consecuentemente, que la población originaria gozaba de los mismos derechos que otras poblaciones y, por lo mismo, que el derecho que tenía de gobernarse a sí misma, como lo había hecho en el pasado, debía ser respetado (Berger 1999).

En el debate que tuvo lugar a petición de Carlos V en Valladolid en 1550–1551 a fin de investigar el maltrato dado a los indígenas en el Nuevo Mundo y de analizar las políticas que debían aplicarse a ellos, De las Casas cuestionó además la autoridad que España se arrogaba para quitar las tierras y acabar con las libertades de los llamados "paganos". De acuerdo con él, las bulas papales solo permitían que los indígenas fueran considerados sujetos del rey con el fin de predicarles la fe cristiana. Si los españoles fallaban, como de hecho había sucedido, en sus intentos de diseminar la fe a través de métodos cristianos, su título sobre la tierra carecía de valor. Consecuentemente, De las Casas sostuvo que las tierras, al igual que las riquezas sustraídas a los indígenas, debían serles restituidas (Berger 1999).

Tan importantes como los cuestionamientos realizados por De las Casas a la conquista hispana fueron las críticas formuladas en el mismo periodo por Francisco de Vitoria, un estudioso domínico, teórico humanista y tomista. Vitoria sostuvo que, en razón de su soberanía, había una relación entre todas las naciones, incluidas aquellas que estaban en estado natural. Al aplicar su concepto de "ley de naciones" a los indígenas en el Nuevo Mundo, afirmó que ellos poseían derechos naturales como personas libres y racionales. En consecuencia, argumentó que el otorgamiento por parte del Papa de títulos en las Américas carecía de base y no podía afectar los derechos inherentes de los indígenas. Sin embargo, enfatizó que las transgresiones de los indígenas a las normas universalmente obligatorias de la ley de naciones podrían justificar la conquista de los indígenas por parte de una nación cristiana (Williams Jr. 1990).

De acuerdo con los postulados de Vitoria, los indígenas podían ser sometidos al dominio español por negar a los conquistadores el libre tránsito por su territorio. También podían serlo por negarse a comerciar con los mercaderes, por rehusarse a compartir las riquezas comunitarias o por obstaculizar la propagación del cristianismo. Cualquiera de estas acciones constituiría una transgresión a la ley de naciones y, en razón de ello, los españoles podrían librar una guerra justa y asumir derechos de conquista. Cabe señalar que la guerra justa de la ley de las naciones otorgaba a España derechos sobre los indígenas, entre ellos el despojo de sus bienes, la reducción al cautiverio, el derrocamiento de sus autoridades y el nombramiento de otras nuevas (Williams Jr. 1990).

Como consecuencia de la campaña de De las Casas, así como de la influencia de Vitoria sobre la Corona, en 1542 las cortes españolas dictaron las Nuevas Leyes, de acuerdo con las cuales la población originaria no había de ser esclavizada bajo ninguna circunstancia. Aquellos que estaban retenidos injustamente debían ser liberados. Las encomiendas que existían serían severamente restringidas y no habrían de otorgarse otras nuevas. Cuando fallecieran los encomenderos, la población indígena que integraba las encomiendas pasaría nuevamente a ser responsabilidad de la Corona. Las expediciones no debían en el futuro capturar a los indígenas y el monto del tributo que estos debían pagar tendría que ser controlado por el gobernador. La implementación de estas leyes en las colonias españolas no constituyó, sin embargo, una tarea fácil.

Los encomenderos no acataron sus mandatos. Por el contrario, las rebeliones que se sucedieron en distintas colonias (Nicaragua y Perú, entre otras) obligaron a la Corona a revocar las restricciones impuestas a las encomiendas. Los esfuerzos por abolir la esclavitud de los indígenas fueron relativamente más exitosos, aunque la práctica de condenar a los acusados de ofensas criminales con servidumbre forzada se mantendría por largo tiempo (Dickason 1989). Las ideas de Vitoria fueron particularmente influyentes en las leyes promulgadas en 1573, según las cuales las futuras expansiones de la Corona española en el Nuevo Mundo serían llamadas "pacificaciones" en vez de "conquistas" y la conversión de los indígenas sería realizada en forma pacífica (Berkhofer Jr. 1978).

Las objeciones planteadas por De las Casas y Vitoria a las premisas en que se basaba la conquista española de América tuvieron una gran influencia en España y en sus colonias en los siglos que vinieron. Ellas resultaron en la dictación de legislación y en la adopción de políticas que intentaron humanizar el tratamiento de los indígenas. A pesar de estos cambios, las principales instituciones que España había creado para posibilitar la dominación de los indígenas serían mantenidas a lo largo de casi todo el régimen colonial. En la práctica, como veremos más adelante, la esclavitud y la encomienda continuaron existiendo y

sustentando el funcionamiento de las colonias hasta los siglos XVII y XVIII, respectivamente.

1.2.3. POLÍTICAS COLONIALES HISPANAS TEMPRANAS Y SU IMPACTO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE CHILE

Las estrategias e instituciones impuestas por Pedro de Valdivia, primer gobernador hispano en el territorio que pasó a conocerse como Chile, desde su arribo en 1541 hasta su muerte en 1553, fueron determinantes en la relación que establecieron los españoles con los pueblos indígenas en la etapa inicial del contacto. Entre estas estrategias e instituciones, por su importancia, cabe referirse a las siguientes:

I. LA IMPOSICIÓN DEL SISTEMA DE LA ENCOMIENDA

Una de las primeras iniciativas impulsadas por Pedro de Valdivia como gobernador de Chile fue la repartición de la población indígena que encontró a través del sistema de la encomienda. Así, con el fin de compensar a los soldados por su participación en la expedición a Chile y de establecer las bases económicas de la naciente colonia de acuerdo con la política de la Corona española en América, Valdivia distribuyó a la población indígena entre los encomenderos por él identificados. Para 1544, Valdivia ya había repartido a la totalidad de la población indígena de los alrededores de Santiago en sesenta encomiendas. Luego de dos años, y dada la escasez de trabajadores agrícolas en el área, este número se redujo a treinta y dos (Guevara 1948)[27].

En los años venideros, luego de la fundación de nuevos poblados en la parte sur de la colonia, Valdivia procedió a repartir a la población indígena entre aquellos soldados que, hasta entonces, no habían sido beneficiados por la encomienda. Así, en la zona de Imperial y sus alrededores, en el corazón del territorio *mapuche*, fueron establecidas setenta y cinco encomiendas. Dada la gran concentración de población que habitaba el área, las encomiendas allí establecidas serían mayores. Algunas de ellas, tales como la asignada a Francisco de Villagra, incluían 30 000 indígenas. El propio Valdivia se autoasignó varias encomiendas en el norte y la parte central de la colonia. Más tarde habría de renunciar a ellas a cambio de una gran encomienda que incluía 40000 *mapuche* en la zona de Arauco. Las encomiendas asignadas a españoles menos influyentes incluían entre 1000 a 3000 indígenas (Guevara 1948; Villalobos 1983).

En el transcurso de pocos años, Valdivia había distribuido entre los españoles de la colonia a un porcentaje considerable de la población originaria del territorio colonial de Chile. Sin embargo, las constantes rebeliones de los *mapuche* en el sur obstaculizaron seriamente el funcionamiento de la encomienda en esa zona. La importancia de esta institución, en consecuencia, estuvo limitada a la zona norte y central de la colonia, donde los españoles mantuvieron un control territorial efectivo.

II. LA EXTRACCIÓN AURÍFERA

Las expediciones de Almagro y Valdivia a Chile no solo buscaban la incorporación de nuevas tierras para la Corona hispana, sino también perseguían el descubrimiento de metales preciados; en particular, oro. Tal como lo señalan los cronistas que acompañaron a Valdivia, el sueño de los españoles que llegaron a esta parte del mundo era acumular suficiente oro para regresar a España y adquirir títulos de nobleza (Mariño de Lobera 1865).

Consistente con este objetivo, los primeros esfuerzos de los españoles en Chile se centraron en la búsqueda de oro. Cabe señalar que, de acuerdo con las leyes españolas vigentes en la época para las colonias, las minas pertenecían a quien las reclamara y explotara y no necesariamente a los conquistadores. La Corona las cedía a través de mercedes de carácter administrativo, asignando comúnmente a aquellos beneficiados con estos actos un número de indígenas para trabajar en ellas (Zavala 1988). Muchos de los que vinieron con Valdivia se dedicaron a la explotación de las minas de oro, constituyendo los indígenas encomendados la fuerza de trabajo para esta empresa.

Para la extracción del oro se establecieron varios lavaderos en los alrededores de Santiago, así como también al sur del Biobío. Sin embargo, las ganancias generadas con su explotación no fueron las prometidas por los *inca* o la ambicionada por los españoles. La cantidad de oro extraída en Chile creció sistemáticamente durante los treinta primeros años de la conquista, alcanzando para 1568 aproximadamente 200 000 pesos oro anuales. Con posterioridad, sin embargo, dicha cantidad disminuyó sustancialmente, alcanzando para fines de siglo (1593) solo 67500 pesos oro (Villalobos 1983).

27 De acuerdo con Villalobos (1983 vol.1), luego de que se redujera el número de encomiendas, cada una tenía aproximadamente entre treinta y cien indígenas.

III. APROPIACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

Aunque en menor grado que por el oro o las encomiendas, el interés por las tierras fue creciendo entre los españoles que se avecindaron en Chile. La necesidad de alimentar a una creciente población instalada en la colonia, así como el emergente comercio con otras colonias y con España, hicieron cada vez más atractivas las tierras agrícolas y de pastoreo.

Tal como había sido prometido por la Corona –generalmente a través de las capitulaciones– los soldados españoles en las colonias americanas recibieron mercedes de tierra en las cuales se instalaron y construyeron sus casas. La administración de aquellas tierras, que la Corona consideraba "desocupadas", fue asignada a los cabildos[28]. Su posesión era entregada por estas entidades a quienes tuviesen cuatro años de residencia en los poblados y ciudades fundadas. Las tierras agrícolas circundantes también serían distribuidas por los cabildos a los colonos españoles. Conforme con estos lineamientos, parcelas de hasta 300 hectáreas serían otorgadas en los alrededores de los poblados de la colonia, con el propósito de promover su explotación agrícola (Villalobos 1983). El reparto de mercedes de tierras en los alrededores de Santiago los primeros años de la colonia fue tan intenso que para 1580 ya se habían acabado los terrenos disponibles (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[29].

Es importante destacar aquí que, de acuerdo con los principios teóricos que inspiraron la conquista hispana, la Corona debía reconocer los títulos anteriores de los pueblos indígenas sobre aquellas tierras que utilizaban. Por lo tanto, las únicas tierras disponibles para ser entregadas en posesión a los recién llegados serían aquellas consideradas "desocupadas" (Góngora 1951).

En la práctica, sin embargo, este principio no fue respetado en Chile. La fundación de poblados y ciudades como La Serena, Santiago y Concepción resultó en el apoderamiento por parte de los españoles de las mejores tierras agrícolas y de pastoreo de propiedad ancestral indígena.

---

28 El Cabildo también se encargaba de la administración de las tierras reservadas para calles, parques, mercados, etc., así como de aquellas consideradas tierras públicas comunes de la población, que incluían tierras de pastoreo y bosques (Góngora 1951).

29 De acuerdo a Góngora (1951), este fue el caso de Santiago, donde como consecuencia de las mercedes de tierras otorgadas a los españoles, varias agrupaciones indígenas fueron relocalizadas fuera de los límites de la ciudad, hacia territorios pertenecientes a otras agrupaciones, generándose serios conflictos entre ellas.

Diferentes agrupaciones indígenas serían relocalizadas como consecuencia del establecimiento de los nuevos asentamientos españoles. Más aún, los derechos de los indígenas sobre sus tierras ancestrales tampoco fueron respetados por la encomienda. En teoría, esta institución no entregaba al encomendero derecho a la tierra, sino derechos y deberes relativos a la población indígena bajo su control. A pesar de ello, muchas de las encomiendas serían establecidas bajo condición de "dominar" el territorio de la población indígena asignada. En la práctica, ello incidió en la apropiación de muchas tierras indígenas por parte de los encomenderos. A ello se agrega el hecho de que a muchos encomenderos se les otorgaban tierras que formaban parte de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas. Por último, la mayoría de los encomenderos terminaron adquiriendo las tierras de los pueblos de indios donde los encomendados eran obligados a residir (Góngora 1951)[30].

Esta situación, que constituía una clara violación de las leyes y principios de la encomienda y que tuvo graves implicancias para la territorialidad indígena en el norte y centro de Chile, habría sido consecuencia de la lejanía con España y el resto de las colonias. Dado el aislamiento de Chile, las leyes españolas no siempre eran cumplidas y, muchas veces, ni siquiera conocidas (Góngora 1951).

Tal como señala la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003), las mercedes de tierras fueron la forma en que los españoles repartieron las tierras del *pikunmapu*[31], dando origen a la propiedad hacendal en esta parte de la colonia.

1.2.4. SOMETIMIENTO Y RESISTENCIA MAPUCHE

Las reacciones iniciales de los pueblos indígenas frente a la invasión y ocupación de sus territorios por los conquistadores y al establecimiento de la colonia fueron diversas. Al momento del arribo de los españoles, los pueblos del norte (*aymara*, atacameño o *lickanantai*, *quechua*[32], *coya* y *diaguita*, así como *mapuche pikunche* en el centro) llevaban un

---

30 Tales adquisiciones fueron hechas por los encomenderos en ausencia de una autoridad competente, o bien por herencia al fallecimiento de los indígenas que les fueron encomendados.

31 De acuerdo con la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003), se denomina *pikunmapu* a las tierras (*mapu*) ancestrales de los *pikunche*.

32 Estos pueblos, sin embargo, no estuvieron bajo el dominio de la gobernación de Chile con sede en Santiago, sino directamente de las autoridades del Virreinato en Lima.

siglo viviendo bajo la dominación incaica. Como ya señalamos, los *inca* habían participado en las primeras expediciones españolas a Chile. Esta situación permite comprender por qué los pueblos que habitaban este territorio, a excepción del *mapuche pikunche* en el centro, que se levantó para oponerse a la fundación de Santiago y otras ciudades, no opusieron una gran resistencia a los conquistadores hispanos, siendo dominados por ellos en un corto período de tiempo (Ávila M. 1973). La apropiación de tierras ancestrales en el *pikunmapu* generó numerosos conflictos, así como la resistencia de los *pikunche* (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[33].

Las enfermedades traídas por los europeos, así como la imposición de la encomienda, el trabajo forzado y la relocalización en los pueblos de indios, entre otros factores, incidirían de manera importante en una brusca disminución de la población indígena preexistente en este territorio en pocos años. En 1547, Valdivia informaba que la población indígena masculina dentro de una amplia zona del norte y centro de Chile, se reducía tan solo a 15 000 personas. Para 1559, la población masculina en el distrito de Santiago había disminuido desde 25 000 a 9 000 (Villalobos 1983)[34].

La reacción de los *mapuche* al sur del Biobío, sin embargo, sería diferente. Aunque inicialmente fueron sobrepasados por la superioridad de las armas españolas, siendo su territorio ocupado y su población distribuida en encomiendas en corto tiempo, posteriormente lograron revertir esta situación. El carácter descentralizado de la organización social y política de este pueblo le permitió resistir, y muchas veces vencer, al centralizado Ejército español. El conocimiento que tenían de su territorio, así como la variedad de tácticas guerreras que utilizaron –incluyendo para fines del siglo XVI el uso del caballo– explican el éxito de la resistencia *mapuche* en esta zona[35].

33 De acuerdo a la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche, los *pikunche* resistieron la presencia hispana en levantamientos verificados entre 1541 y 1557, los que significaron la destrucción de Santiago, La Serena y Concepción (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

34 De acuerdo con Bengoa (1992), muchos *mapuche pikunche* se rehusaron a servir a los españoles en la encomienda buscando refugio entre los *mapuche* de más al sur.

35 El cronista español González de Nájera (1971) sostiene que los *mapuche* –a la época denominados araucanos– elegían sus batallas cuidadosamente, combatiendo solo cuando sentían que podían triunfar. Aceptaban la servidumbre cuando las fuerzas españolas se veían fuertes, pero una vez que la vigilancia militar de los conquistadores decaía, se rebelaban nuevamente.

Desde 1553, año en que Valdivia fue muerto a manos de los *mapuche*, estos resistieron ferozmente la invasión de sus territorios ancestrales. Luego de décadas de enfrentamiento entre ambos bandos, en la que fuera conocida como la guerra de Arauco, en que tanto los *mapuche* como los hispanos sufrieron pérdidas significativas, los primeros organizaron una rebelión generalizada que concluyó en Curalaba en 1598, suceso que consolida la frontera *mapuche* al sur del Biobío (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[36]. Para 1602 los *mapuche* habían destruido ocho poblados fundados por Valdivia y por sus sucesores, incluidos todos aquellos ubicados al sur del Biobío (Ávila M. 1973; Foerster 1996)[37]. Luego de medio siglo de confrontación militar, los españoles decidieron hacer abandono de la Araucanía, reconociendo en los hechos la autonomía política y territorial *mapuche* sobre esta parte del territorio colonial (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

1.2.5 LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES APLICADAS A LOS MAPUCHE POR EL RÉGIMEN COLONIAL EN CHILE

Con la derrota de los españoles a manos de los *mapuche* en las postrimerías del siglo XVI y comienzos del XVII, se dio comienzo a una nueva fase del régimen colonial. En este nuevo contexto, España mantendría el control sobre los territorios al norte del Biobío y sobre la escasa población indígena que allí habitaba. Más al sur, sin embargo, la colonia se vio obligada a aceptar la existencia de una frontera, reconociendo, como señaláramos, la soberanía *mapuche* y su autonomía política y territorial.

Varias razones llevaron a los españoles a aceptar el establecimiento de una frontera que dividió su territorio con el de los *mapuche*, así como a modificar la estrategia militar hasta entonces utilizada por ellos para enfrentarlos. Los españoles, en primer lugar, temían a la fuerza militar que los *mapuche* habían demostrado desde la llegada de Valdivia. También

36 Curalaba se ubicaba a orillas del río Lumaco, en la actual provincia de Malleco. La historiografía chilena ha denominado este episodio como desastre de Curalaba.

37 Los impactos que tuvieron los primeros cincuenta años de contacto sobre la población *mapuche* al sur del Biobío, fueron significativos. De acuerdo con Bengoa (1985), dos tercios del total de la población que habitaba en esa zona, estimada en medio millón de personas, habría muerto como consecuencia de las guerras y enfermedades.

temían ser hechos prisioneros por estos. Además, las guerras contra los *mapuche* resultaron en el empobrecimiento de la nueva colonia. Muchas vidas se habían perdido como producto de estas guerras. Dado que las principales minas y las mayores encomiendas estaban ubicadas al sur del Biobío, la colonia sufrió graves pérdidas económicas. Esta situación no podía prolongarse en el tiempo sin provocar daños mayores a la frágil economía de la colonia[38].

A ello se sumaron, además, las denuncias formuladas por los misioneros católicos sobre el maltrato de los indígenas por parte de los colonizadores hispanos, denuncias que también influyeron en la decisión adoptada a inicios del siglo XVII de poner término a las guerras contra este pueblo. En efecto, a raíz de tales denuncias, las autoridades del Virreinato del Perú y de la colonia chilena –dependiente de la primera– aceptaron la propuesta realizada por los jesuitas con el objeto de impulsar la cristianización de los *mapuche* de una manera menos cruel y supuestamente más efectiva, propuesta que incluía el desarrollo de una estrategia militar de carácter defensivo.

Lo anterior llevó a los españoles a impulsar políticas y establecer instituciones diferenciadas para las diversas realidades de los pueblos indígenas de la colonia, dependiendo de su particular situación. Así, para aquellos que habitaban los territorios del norte y el centro, la principal institución aplicada sería la encomienda. Para los *mapuche* en el sur, que continuaban viviendo de manera independiente, en tanto, se impulsó una política que incluía la guerra, defensiva u ofensiva, dependiendo del contexto, así como el diálogo a través de parlamentos. A continuación analizaremos las características que tuvieron estas instituciones y políticas en el caso de la colonia hispana en Chile.

I. LA ENCOMIENDA

Tal como se ha señalado, a pesar de las numerosas leyes decretadas por la Corona española para "humanizar" la institución de la encomienda, su carácter no cambió de manera significativa en su aplicación a través del tiempo. En los hechos, la encomienda devino en la imposición de diversas modalidades de servicio personal y trabajo forzado de los

38 De acuerdo con Francisco Encina (1983), los españoles no podían financiar, sin grave costo, las guerras de la Araucanía y al mismo tiempo mantener y hacer progresar la colonia.

indígenas en la mayor parte de las colonias hispanas en las Américas. Chile no fue una excepción a esta regla.

En efecto, las encomiendas establecidas por Valdivia y por aquellos que le sucedieron como gobernadores durante las primeras décadas de la colonia, obedecieron básicamente a las necesidades de los encomenderos y no estaban sujetas a ninguna regulación. Contraviniendo las directrices de la Corona en la materia, el sistema de encomienda en Chile no fue una institución de tributo indígena, sino una institución de servicio personal y de trabajo forzado. Por otra parte, las leyes relativas a las encomiendas, al ser establecidas por las autoridades coloniales sin tener potestad para ello, también serían violadas en Chile. En efecto, disposiciones tales como las que ordenaban que la encomienda durase un periodo máximo de dos vidas –aquella del encomendero y aquella de sus sucesores directos–, en la práctica no serían aplicadas. Además, los encomenderos muchas veces se apropiaban de las tierras de los encomendados, violando abiertamente las regulaciones relativas a los derechos de los indígenas sobre sus tierras (Góngora 1951). Los numerosos abusos cometidos por los encomenderos de Chile en contra de la población indígena[39] y los impactos que estos generaron en ella[40] llegarían a oídos de las autoridades coloniales en Perú.

A fin de impedir los abusos, diversas tasas regulando el régimen de la encomienda[41] serían dictadas a lo largo del periodo colonial. La primera tasa aprobada fue la de Santillán en 1559[42]. Aunque Santillán había previsto establecer tributos y eliminar el servicio personal en Chile, la tasa que redactó fue el producto de un acuerdo con los encomenderos

39 Entre estos abusos se menciona la mutilación por parte de los encomenderos de los cuerpos de aquellos que se rehusaban a trabajar en la encomienda. De acuerdo con Bengoa (1992), se les cortaban las piernas a aquellos que escapaban y las manos a aquellos que robaban. También eran comunes las violaciones de mujeres.

40 Tal como señala la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche al respecto: "La explotación de la mano de obra *mapuche* en las haciendas y el desarraigo casi permanente de sus tierras del que se aprovechaban los españoles, llevó rápidamente a un proceso de despoblamiento o reducción sensible de la población de los pueblos de indios, lo que obligó a que se regulara la prestación de servicios de los encomendados" (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003, 764).

41 Se les conoció como tasas dado que intentaban estimar (tasar) el valor del tributo que debía ser cancelado por los indígenas a través de la encomienda.

42 Tomó su nombre por el jurista Hernando de Santillán que la redactó y que vino junto a García Hurtado de Mendoza.

de la colonia. Sus disposiciones permitían la mantención del trabajo forzado indígena, aunque también intentaron mejorar su situación e impedir los abusos. Además, prohibían el uso de encomendados para el transporte de cargas pesadas y establecían diferencias entre el trabajo en las minas y otras formas, principalmente las labores agrícolas. Solamente una sexta parte de la población masculina entre los 18 y 50 años debía de ser empleada en las minas de oro. El resto era libre para trabajar en sus propias tierras.

La misma tasa, además, estableció la mita[43], o turno en lengua *quechua*, según la cual los indígenas solo trabajarían en las minas por un tiempo limitado, de dos a cuatro meses, siendo luego reemplazados por otros. El periodo máximo de trabajo en la encomienda fue establecido en ocho meses al año. En las actividades agrícolas, solo podía ser empleada una quinta parte de los indígenas. Esta tasa también contenía disposiciones para asegurar el aprovisionamiento de comida y vestuario para los encomendados. Finalmente, la tasa disponía que una sexta parte del oro extraído por los encomenderos debía ser reservado para los indígenas, con el fin de proteger su economía propia (Guevara 1948; Villalobos 1983).

La tasa de Santillán, sin embargo, nunca fue aplicada en su totalidad por los encomenderos. Dadas las acusaciones públicas hechas por misioneros católicos, en 1580 fue dictada una nueva normativa sobre la materia, la tasa de Gamboa[44]. Dicha tasa intentó introducir el tributo en la colonia. De acuerdo con sus cláusulas, cada indígena debía pagar ocho pesos al año, cinco de ellos en oro y el resto en especies. El tributo debía ser distribuido entre los encomenderos, quienes recibirían un alto porcentaje, y los sacerdotes a cargo de los encomendados, quienes habían de recibir el porcentaje restante. La misma tasa mantuvo el servicio personal, aunque limitado a cuatro meses al año. Esta tasa, además, estableció las funciones de corregidor y administrador, quienes estarían a cargo de los pueblos de indios y asegurarían su bienestar (Guevara 1948; Villalobos 1983).

El descontento de los encomenderos, quienes en la práctica administraban la economía colonial y brindaban apoyo crucial en las guerras contra los *mapuche* en la Araucanía, obstaculizó también la aplicación

---

43 Este término *quechua* fue adoptado por los españoles del tributo en trabajo que el *ayllu* andino estaba obligado a pagar al estado incaico en la época anterior a la conquista.

44 Lleva el nombre del gobernador Martín Ruiz de Gamboa.

de esta nueva tasa. A fines de ese siglo, el gobernador Sotomayor[45] estableció otra que lleva su nombre y reintrodujo el trabajo forzado y dividió las encomiendas en tres partes: la primera, compuesta por una tercera parte de los encomendados, que trabajarían en las minas de oro recibiendo una sexta parte del oro explotado (el resto iría al encomendero) y las otras dos terceras partes que se quedarían en sus pueblos o en las tierras del encomendero, recibiendo un salario y alimentación. Estos últimos también podrían trabajar en sus propios asuntos. Sin embargo, debían pagar al encomendero una cierta cantidad de productos agrícolas. De acuerdo con esta tasa, el periodo de trabajo en las minas era de seis meses por año.

Varias tasas nuevas serían dictadas durante el siglo XVII, sin llegar a modificar de manera sustancial la naturaleza de la institución de la encomienda ni el trato abusivo hacia los indígenas. La mayoría de estas tasas –a excepción de la de Esquilache de 1620– solo eran aplicables a los indígenas ya sometidos al régimen de encomienda al norte de la frontera[46].

La mejor prueba de que la encomienda no varió su carácter abusivo y de que se mantuvo en el tiempo como una institución de trabajo forzado, es el hecho de que la Corona tuvo que vigilar constantemente el cumplimiento de las tasas, debiendo además regularlas cada cierto tiempo con el fin de impedir su violación por parte de los encomenderos. Solo en 1791, en las últimas décadas del régimen colonial, esta institución

---

45 Fue gobernador de Chile de 1581 a 1591.

46 Entre las principales tasas dictadas durante este periodo estuvo la de Ribera a comienzos del siglo diecisiete (1603). De acuerdo con sus disposiciones, se debían demarcar las tierras indígenas (pueblos de indios), asignándose a cada indígena cuatro cuadras de tierra, ocho cuadras para las autoridades o jefes y dos para las viudas. Su aplicación, sin embargo, fue limitada. Otra importante tasa fue redactada por Esquilache, virrey del Perú, en 1620. De acuerdo con sus disposiciones, el trabajo forzado estaba prohibido, no solo para aquellos indígenas que vivían en paz al norte de la frontera, sino también para aquellos llamados indios de guerra que vivían al sur del Biobío. Los primeros habían de ser empleados en forma voluntaria por los españoles y había de pagárseles un sueldo mínimo. La segunda categoría, esto es aquellos indígenas hechos prisioneros en la guerra defensiva, habían de ser asignados a vecinos "respetables" de la colonia. Además, se prohibió el uso de trabajadores indígenas en las minas de oro. Aquellos que eran parte de encomiendas podían pagar su tributo a través de labores agrícolas. Solo se les exigía trabajar para el encomendero un tercio del año, pudiendo destinar los otros dos tercios a sus propias actividades. Finalmente, cabe mencionar la tasa redactada por Lazo de la Vega en 1633, de acuerdo con la cual todos los indígenas de Chile fueron liberados del servicio personal y solo estaban obligados a pagar un tributo en especies (ver Guevara 1948).

sería abolida en Chile. De acuerdo con una cédula real dictada ese año en España, todas las encomiendas de la colonia pasaron a manos de la Corona. Las tierras que pertenecían a las personas y pueblos indígenas debían serles reconocidas. Sin embargo, luego de siglos de servidumbre, solo unos pocos encomendados recuperarían su libertad. La mayoría de ellos, que para entonces eran mestizos y habían perdido su lengua e identidad cultural, fueron contratados como inquilinos o peones en las haciendas del centro de Chile. Dentro de estas haciendas, mantuvieron con el hacendado una relación de dependencia que no difería sustancialmente de aquella que habían mantenido en el pasado con el encomendero y que se mantuvo en el tiempo de muchas maneras hasta la reforma agraria impulsada a contar de la segunda mitad del siglo xx (Guevara 1948)[47].

II. LA ESCLAVITUD

Una mención especial cabe hacer con relación a la esclavitud, institución que también fue aplicada a la población indígena del territorio de Chile durante el régimen colonial. Dada la escasa población indígena existente en el centro de la colonia luego del arribo de los españoles, expediciones a distintas zonas serían impulsadas por las autoridades hispanas a fin de obtener la mano de obra que requerían, particularmente para las actividades mineras. En dichas expediciones serían traídos forzadamente a Santiago y otras ciudades del centro de Chile un gran número de *huarpe* del lado oriental de los Andes, así como de *mapuche williche* de la isla de Chiloé (Villalobos 1983).

Con posterioridad, los *mapuche* capturados en las guerras de la Araucanía serían esclavizados y obligados a trabajar en diferentes actividades económicas de la colonia[48]. Cabe destacar que los *mapuche* no solo serían esclavizados en la guerra, sino también a través de las constantes correrías que los españoles desarrollaron con este fin dentro del territorio *mapuche* durante el siglo xvii. Aquellos capturados en estas expediciones eran vendidos como esclavos en Santiago (Bengoa 1985)[49]. A pesar del compromiso asumido por los españoles a través de los parlamentos que sostuvieron con los *mapuche* desde inicios del siglo xvii, la práctica de esclavizar a aquellos capturados en las guerras de la Araucanía se mantuvo por largo tiempo, hasta decretarse finalmente su prohibición en las últimas décadas de aquel siglo[50].

III. LA GUERRA DEFENSIVA Y LOS PARLAMENTOS

Algunos años después de la rebelión de Curalaba las autoridades coloniales comenzaron a impulsar iniciativas orientadas a restablecer la paz con los *mapuche* en las tierras fronterizas. En 1605 se harían las "paces" entre el gobernador Ribera y varias autoridades o jefes *mapuche*, entonces llamados caciques, de los que los españoles consideraban "estados" de Arauco, Tucapel y Catiray[51]. Similares acuerdos de paz serían celebrados ese mismo año por su sucesor García Ramón con un total de 182 jefes o autoridades *mapuche* también de las tierras fronterizas donde había presencia significativa de españoles (Foerster 1996).

La paz con los *mapuche* sería incentivada por los misioneros jesuitas a comienzos del siglo xvii, en particular por Luis de Valdivia, un sacerdote que, inspirado en los postulados de Bartolomé de las Casas, fue fundamental en los cambios introducidos durante ese periodo en la naturaleza de las relaciones que la colonia establecía con los *mapuche*. Valdivia propuso al Gobierno colonial el desarrollo de una estrategia

---

47 La importancia que la población indígena tuvo en el surgimiento del inquilinaje en el valle central de Chile ha sido reconocida por Gabriel Salazar en su estudio sobre el origen del campesinado chileno. Salazar afirma que el inquilinaje en esta parte del país se nutrió de manera importante del desplazamiento de trabajadores indígenas hacia las haciendas o estancias, luego de su desalojo de los pueblos de indios (Salazar 1985).

48 La esclavización de los *mapuche* fue practicada por los españoles desde las primeras décadas del régimen colonial. Quinientos integrantes de este pueblo fueron esclavizados en la Araucanía y enviados en 1574 a La Serena a trabajar en las minas de oro. Luego de la derrota de los españoles por los *mapuche*, una cédula real de 1608 aprobó la esclavización de prisioneros de guerra (Foerster 1996).

49 De acuerdo con Barros Arana (1884), solo en 1673, en la localidad de Purén fueron hechos prisioneros más de mil *mapuche*.

50 Una cédula real de 1683 abolió la esclavitud de los indígenas en Chile y prohibió la imposición de la encomienda a los *mapuche*. Otra cédula dictada en 1696 ordenó que los indígenas capturados en la guerra debían ser tratados como prisioneros de guerra (Foerster 1996).

51 De conformidad con este acuerdo de paz, los jefes *mapuche* prometieron permitir la entrada de misioneros a sus territorios para predicar el Evangelio y acordaron pagar un moderado tributo en productos agrícolas, pero no en servicios personales (encomienda). También prometieron no permitir la permanencia de enemigos de España en sus territorios e informar a los españoles sobre cualquier levantamiento del que tuviesen conocimiento. Debe destacarse que estas eran las autoridades o jefes de zonas que ya se encontraban sometidas a los españoles (Rosales 1877-1878).

defensiva, de acuerdo con la cual los españoles solo harían la guerra a los *mapuche* para repeler sus ataques en contra de individuos o asentamientos, o cuando fuesen violados los acuerdos contraídos en los parlamentos. A fin de mantener la paz, que resultaba indispensable para llevar adelante la cristianización de los *mapuche* en la Araucanía, Valdivia promovió la celebración de acuerdos o parlamentos con sus autoridades. En estos acuerdos o parlamentos se establecería una frontera ubicada a lo largo del río Biobío. También se reconocerían derechos y responsabilidades mutuas, incluido el derecho de los misioneros a entrar al territorio ubicado al sur de la frontera que estaba en poder de los *mapuche*[52].

De acuerdo con la estrategia de Valdivia, en 1612 se llevaron a cabo varias "parlas" estimulando la paz y la cristianización de diferentes agrupaciones *mapuche* en las tierras fronterizas y en el territorio andino, posiblemente con la participación de agrupaciones *pewenche*. Aunque la guerra en contra de los *mapuche* se intensificó nuevamente a partir de la década del 20 (1620 a 1630), poniendo término en la práctica a

52 En 1612 el virrey del Perú entregó a Luis de Valdivia amplios poderes para desarrollar la estrategia de guerra defensiva con los *mapuche*. Valdivia estuvo influenciado por el debate sobre el carácter de la conquista española y los derechos de los indígenas que había tenido lugar en España en años anteriores. Él creía que solo podía lograrse una relación pacífica con este pueblo, así como su cristianización, si se eliminaba el servicio personal que les había sido impuesto a través de la encomienda. Valdivia consideraba que este servicio personal era la principal causa de las guerras con los *mapuche*. También propuso que se estableciera una frontera entre ambos pueblos con el fin de asegurar la paz. De acuerdo con Valdivia, los españoles debían desistir de cualquier intento de establecerse o de incursionar en territorio al sur de la frontera establecida. Además, a su juicio, debía derogarse la legislación real que permitía la esclavización de aquellos que eran hechos prisioneros. Los *mapuche*, por su parte, habrían de ser perdonados por sus acciones pasadas y sus tierras no habrían de ser intervenidas. No deberían ser sujetos a la encomienda ni obligados a extraer oro o servir a los españoles, a menos de que se les compensara económicamente. A cambio de lo anterior, debían permitir el ingreso de misioneros a sus territorios. Ello, además de devolver a las mujeres cautivas que vivían entre ellos y permitir el paso de los españoles a través de sus territorios. Es importante tener presente que la influencia ejercida por los jesuitas en la relación colonial hispana con los indígenas no solo se hizo sentir en Chile, sino también en México, donde incidieron en el desarrollo de una estrategia de guerra defensiva con los chichimeca, así como en Paraguay, donde, a contar del siglo XVII, impulsaron las misiones entre los guaraní (Foerster 1996).

la estrategia de guerra defensiva[53], la institución de los parlamentos fue mantenida durante todo ese siglo y también el siguiente. En 1641, de nuevo con el involucramiento de los jesuitas, se llevó a cabo el parlamento de Quilín entre el gobernador Baides y un gran número de jefes *mapuche* de diversas partes de su territorio (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[54].

En este parlamento los *mapuche* aceptaron abandonar sus refugios en las montañas y regresar a vivir en sus tierras al sur de la frontera. Además, se comprometieron a devolver a los españoles cautivos, recibiendo por ello compensación de parte del gobernador; a luchar en contra de los enemigos del rey, de quien se reconocieron como súbditos, y a permitir el ingreso de misioneros dentro de sus territorios. Los españoles, a su vez, aceptaron que sus fuerzas militares no debían ingresar a territorio *mapuche* y que quienes allí habitaban no serían sometidos a la encomienda (Rosales 1877-1878; Ávila M. 1973).

De acuerdo con la interpretación actual *mapuche*, los resultados prácticos del parlamento de Quilín serían el reconocimiento de la independencia de su pueblo en el territorio que se extendía al sur del Biobío hasta el Toltén; el despoblamiento de Angol por parte de los españoles; el permiso para la entrada de misioneros al territorio indígena para evangelizar, y la devolución y canje de prisioneros, entre los que se contaba un número importante de mujeres españolas cautivas. A ello se agregaba el fin a la encomienda, institución que era causa de muchos males que les afectaban en la época (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003). Dicho parlamento vino a establecer los lineamientos que orientarían muchos otros que serían suscritos entre los *mapuche* y la colonia hispana en los siglos venideros.

En 1647 el gobernador Mujica llamó a un segundo parlamento en Quilín, al que también concurrieron representantes *mapuche* de todos los territorios. Este parlamento incluyó una nueva cláusula en la que

53 De acuerdo con la Comisión de Trabajo Autónoma *Mapuche* (2003), para 1626 se reinstaura la guerra ofensiva hispana, la que con el tiempo acarreara estancamiento económico e inseguridad en ambos bandos.

54 En él participaron los más importantes logko de la Araucanía, incluyendo a Chicaguala, de Maquehua, que contaba con mil "lanzas"; Loncopichón, que contaba con tres mil; Butapichón, quien representaba a los capitanes, generales y longko, y Lientur, quien habló a nombre de los cona de los guerreros de Arauco (Comisión de Trabajo Autónoma *Mapuche* 2003).

los *mapuche* se comprometían a permitir a los españoles el paso por su territorio en viaje a la ciudad de Valdivia[55].

A pesar de las fuertes críticas de que fueron objeto los parlamentos al interior de la colonia por sus altos costos y su escasa efectividad para asegurar la paz y los intereses económicos hispanos (Foerster 1996; Bengoa 1985), durante ese siglo fueron suscritos acuerdos similares entre ambas partes en los años 1651, 1683, 1692, 1693 y 1694. Muchos parlamentos fueron celebrados en el siglo XVIII, entre ellos los de 1716, 1726, 1738, 1746, 1756, 1760, 1764, 1771, 1774, 1784, 1787 y 1793 (Ávila M. 1973).

Entre los parlamentos más importantes celebrados en este periodo destacan el parlamento de Yumbel, de 1692, al que asistieron más de cinco mil personas, incluyendo doscientas autoridades o jefes, alrededor de quinientos mocetones o *cona* y el gobernador Tomás Marín de Poveda. En él se abordaron temas religiosos, se reconoció la autoridad de los caciques *mapuche* y los españoles desistieron de sus intentos por avanzar hacia la Araucanía. En sus disposiciones se trató a los habitantes al sur del Biobío como vasallos de la Corona y no como bárbaros e incivilizados, proponiendo una paz duradera y reconociendo la autonomía de la gente de la tierra (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003)[56].

De gran relevancia también fue el parlamento celebrado en Negrete en 1726, luego de una rebelión *mapuche*. A los acuerdos contenidos en anteriores parlamentos, en este se agregaron otros a través de los cuales se intentó regular el comercio entre los españoles y los *mapuche*, actividad que sería de vital importancia para la economía de la colonia y fuente de constantes conflictos entre ambas partes[57]. Así, en materia de aplicación de justicia en territorio *mapuche*, se reconoció la soberanía de las autoridades al afirmar que ningún español, mestizo, mulato o persona de color podía ingresar a territorio indígena sin un mandato especial de las autoridades españolas. Aquellos que quebrantaban estos acuerdos habían de ser castigados y expulsados fuera de los territorios indígenas en los que se les había capturado. De manera similar, este parlamento mantuvo la prohibición de entrada de los *mapuche* a aquellos territorios controlados por España, sin registrarse previamente para tal propósito[58].

Otro de los parlamentos que cabe destacar fue el de Tapihue en 1774, al que asistieron autoridades *mapuche* de los cuatro *futal mapu*, desde el Biobío hasta Valdivia y de la cordillera, territorio de los *pewenche*, hasta el mar, territorio *lafkenche*. Este parlamento, que se realizaría en el contexto de paz establecida en años anteriores con el parlamento de Negrete de 1771 y del parlamento de Santiago de 1772, ratifica el nombramiento de los llamados "caciques embajadores" establecidos en 1772, los que residirían en Santiago y tendrían plenos poderes y facultades para tratar y acordar todo lo relativo a la mantención de la paz. Además, en este parlamento se reconoció la soberanía de la Corona, la obligación de obedecer sus "reales ordenes" y prestarle servicios en la medida en que esta lo requiriese. Igualmente, se reconoció a los indígenas como vasallos del rey. Los *mapuche*, por su parte, se comprometieron a no permitir en sus tierras a españoles, mulatos, negros ni yanaconas, y a encargarse de castigar a aquellos miembros de sus reducciones que pasaren a robar a la Isla de la Laja, Arauco u otros "parajes de españoles" (León 1993)[59].

Los últimos parlamentos coloniales fueron celebrados en 1803 y en 1816, en las postrimerías del régimen colonial. Estos acuerdos constituyeron el último intento español para obtener el apoyo *mapuche* en contra del movimiento revolucionario que había emergido entre los criollos y llevaría a la independencia inicial de Chile en 1810 y a la independencia definitiva en 1818 (Ávila M. 1973)[60].

---

55 De acuerdo con Foerster (1996), esto fue aceptado por jefes desde el Biobío a Osorno.

56 De acuerdo con León (1992), con este parlamento se entra en un periodo de respeto mutuo entre la Corona y el mundo *mapuche*, de crecimiento de las relaciones mercantiles fronterizas y de relaciones pacíficas.

57 El historiador Jorge Pinto ha escrito profusamente sobre los beneficios económicos que diferentes sectores españoles, tales como el Ejército y los comerciantes, obtenían de las relaciones comerciales que mantenían con los *mapuche* durante la colonia (ver Pinto 1990; Pinto 2000).

58 Artículos 9 y 10 del parlamento de Negrete, 1726. En Guevara (1948).

59 De acuerdo con León (1993) lo más relevante en este parlamento sería el reconocimiento del señorío del monarca y de sus representantes, la ratificación de los embajadores *mapuche* y la alianza entre la Corona y las diferentes agrupaciones de este pueblo.

60 Es importante destacar que los parlamentos seguirían siendo utilizados por las autoridades republicanas luego de la independencia de Chile, como forma de relación con el mundo *mapuche*. Muestra de ello fueron el parlamento celebrado en Yumbel en 1823, aquellos realizados en 1836 y 1837, cuyos acuerdos serían ratificados en el parlamento general de Santa Fe en 1838, y el parlamento general celebrado por el presidente Bulnes en 1846. Es importante destacar que en todos ellos se mantendría el Biobío como frontera y se establecerían relaciones de colaboración recíproca.

Una lectura literal y simple de los parlamentos a los que nos hemos referido no permite la comprensión plena del significado e implicancias que estos tuvieron a través del periodo colonial en las relaciones interétnicas entre los españoles y los *mapuche*. La transcripción de los acuerdos que en ellos se plasmaban, obviamente realizada por los españoles, nos puede llevar a concluir que se trataba de documentos formales que regulaban las obligaciones de un pueblo sometido, el *mapuche*, con la Corona española y sus representantes, quienes los subyugaban. La mayor parte de los acuerdos consignados, tales como aquellos referidos a la entrada de los misioneros al territorio *mapuche*, la prohibición de sus autoridades de aliarse con los enemigos del rey, etc., establecían obligaciones de este pueblo para con las autoridades coloniales y, en última instancia, con la Corona. En pocas ocasiones establecían obligaciones de los españoles para con los *mapuche*.

Sin embargo, un análisis más profundo de los parlamentos, así como del contexto en que estos se originaron, nos lleva a una conclusión radicalmente distinta. Tal como lo han afirmado algunos académicos, y más recientemente los propios *mapuche*, los parlamentos que tuvieron lugar durante el periodo colonial constituyen un claro reconocimiento del estatus soberano de este pueblo y de su territorio (la Araucanía). A pesar de las muchas obligaciones que sus autoridades asumieran con los españoles en la mayoría de los acuerdos plasmados en los parlamentos, dichos acuerdos eran coincidentes en reconocer la existencia de una frontera, el río Biobío, que dividía los territorios y las jurisdicciones de ambos pueblos. El parlamento de Negrete de 1726 fue particularmente claro en este sentido al disponer que ninguno de estos pueblos podía cruzar la frontera sin la autorización del otro y al establecer sanciones para castigar a aquellos que quebrantaran esta disposición.

Por otra parte, el estatus legal de los parlamentos, como ha argumentado Alamiro de Ávila Martel (1973), uno de los pocos juristas chilenos que los ha analizado, era el de un tratado internacional entre naciones soberanas. Esta afirmación es, según él, consistente con la creciente aplicación de *jus gentium* (Ley de Naciones) en la relación hispano-*mapuche* durante el periodo de la colonia. De hecho, durante

Ellos son demostrativos de que el Estado chileno hasta mediados del siglo XIX entendía que los *mapuche* eran una nación diferente, con la que debía mantener relaciones de paz y colaboración, utilizando para estos efectos los parlamentos en vez de la guerra (Pinto 2000).

las primeras décadas del siglo XVII, la llamada guerra de Arauco no era considerada como una guerra de vasallos rebeldes en contra de los españoles, sino más bien como una guerra externa, un conflicto entre Estados, regulada crecientemente por *jus gentium* y no por la ley penal de la colonia. Además, como afirma el mismo autor, los españoles aplicaron crecientemente el *jus gentium* para justificar la esclavización de los indígenas. Mientras en el siglo XVI la esclavización era entendida por los españoles como una mitigación de la pena de muerte que debía ser aplicada a aquellos que se rebelaban contra la Corona, en el siglo XVII era entendida como el resultado de la captura en "guerras en contra de bárbaros", guerras que eran reguladas por la Ley de las Naciones (Ávila M. 1973).

Cabe señalar que esta visión es compartida por el relator especial de las Naciones Unidas, Miguel A. Martínez, en su informe final del estudio sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas (1999). En dicho informe, Martínez reafirma la visión de que los tratados acordados por los europeos con pueblos indígenas eran relaciones contractuales que se establecían entre naciones soberanas, con implicancias en la legislación internacional. Martínez menciona específicamente el caso de los parlamentos acordados por los *mapuche* con los españoles durante el Chile colonial. Concluye señalando en relación con estos parlamentos que, considerando sus orígenes, causas y desarrollo, estos podían ser comparados en algunos aspectos a ciertos tratados celebrados por los pueblos indígenas en Norteamérica tanto británica como francesa (Martínez 1999)[61].

Esta argumentación es compartida por organizaciones *mapuche* en Chile. En particular, el Consejo de Todas las Tierras (*Aukiñ Wallmapu Ngulam*) ha profundizado en el análisis del significado de los parlamentos acordados por sus antepasados con la Corona española,

61 Así el relator especial M. A Martínez señala en el informe final de su estudio sobre tratados: "Debe advertirse que, aunque el Relator Especial afirmó inicialmente que el número de tratados que podrían investigarse retroactivamente hasta los tiempos coloniales en América Latina sería escaso o nulo, nuevas investigaciones le han obligado a reconsiderar esta opinión. Su nuevo criterio se manifiesta en el tercer informe sobre la marcha de los trabajos, en particular en lo que respecta al ejemplo de los parlamentos mapuche (Chile). En la fase final de su trabajo, el Relator Especial se inclina a aceptar que el origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos podría compararse prima facie y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica" (Martínez 1999, parág. 109).

subrayando el carácter obligatorio de tales acuerdos[62]. La misma organización ha fundamentado los actuales reclamos de autonomía política y territorial del pueblo *mapuche* de Chile y de Argentina en estos parlamentos, los que considera como tratados entre naciones soberanas que siguen estando vigentes[63].

Aunque no tan concluyente como las perspectivas del relator especial M. A. Martínez y las de la organización Consejo de Todas las Tierras, también relevante es la valoración de los parlamentos realizada por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003). Si bien esta Comisión, presumiblemente por su mandato acotado a las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado chileno, no analizó en profundidad la naturaleza e implicancias jurídicas de los parlamentos coloniales, concluyó que estos deben ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia al resolver controversias contemporáneas que involucran al pueblo *mapuche*[64].

Más allá de las implicancias jurídicas, los parlamentos deben ser entendidos como expresión de la independencia política del pueblo *mapuche* en ese periodo. El hecho de que los españoles negociaron con representantes de este pueblo electos libremente por ellos y no con aquellos que estos decidieran, habla también de su soberanía[65].

62 Resolución adoptada durante la cuarta sesión del tribunal *mapuche* que sesionó en Temuco, Chile, desde el 28 al 30 de marzo de 1994 (Martínez 1999).

63 La Conferencia sobre Parlamentos y Tratados Mapuche organizada en enero de 1997 concluyó que: "Los derechos que como Nación hoy demanda el pueblo mapuche al Estado chileno y argentino, fueron ya reconocidos por el sistema colonial español y explícitamente ratificados en los parlamentos mapuche-hispanos. Estos parlamentos, por su carácter imprescriptible tienen plena vigencia y aunque los actuales Estados argentino y chileno nieguen su reconocimiento, son las protecciones jurídicas al momento de reclamar derechos ancestrales y colectivos como la autodeterminación" (Conferencia sobre Parlamentos y Tratados Mapuche, Aukin, febrero 1998, 4).

64 Así dicha Comisión señala: "Los elementos y argumentos aquí entregados, muestran que los Parlamentos deben ser analizados como evidencia jurídica, que se trata de una relación reconocida y respetada y aunque aún no tengan valor probatorio en los tribunales debieran ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia frente a situaciones de controversia contemporánea" (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, 340).

65 El significado político, para ambas partes, de los parlamentos del periodo colonial, ha sido enfatizado por el historiador León (1993). De acuerdo con su interpretación, estos eventos permitieron el reconocimiento de las autoridades *mapuche* (*logko* y *ulmen*, entre otros), quienes negociaron directamente con las autoridades españolas.

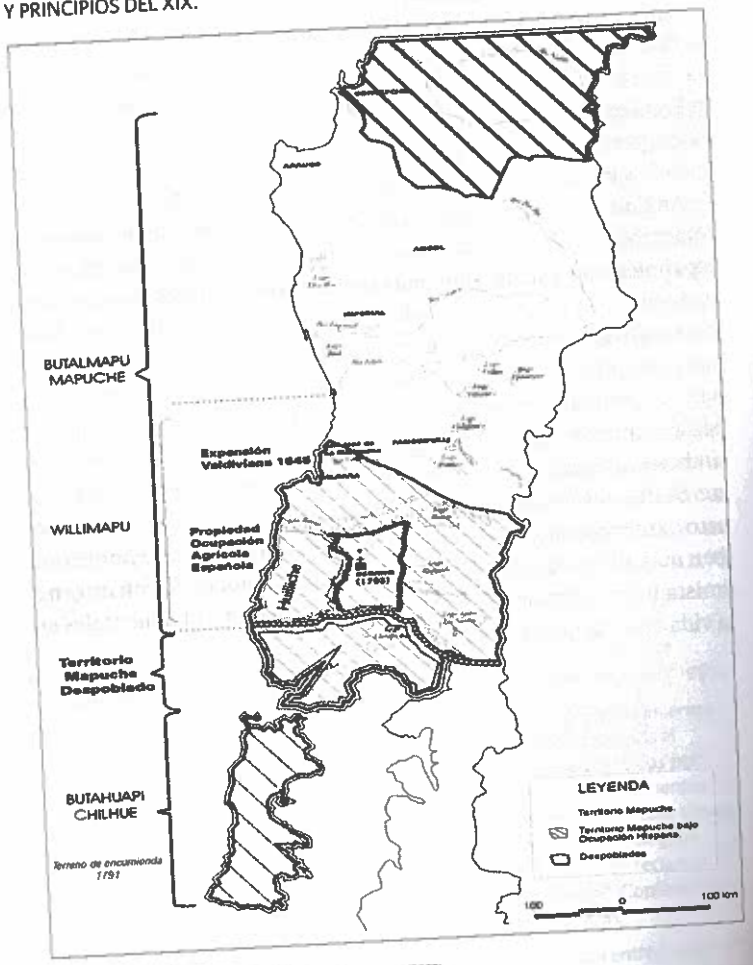
Los mismos eran también una expresión del poderío militar *mapuche*. Es así como una vez que se puso término a la estrategia de guerra defensiva promovida por los jesuitas, el principal motivo que justificó su existencia para los españoles fue la mantención de la convivencia pacífica en la colonia, convivencia que se veía amenazada por el poderío militar *mapuche*. En la práctica, el Ejército español no pudo derrotarlos en la guerra, por lo que tenían que volver constantemente a negociar con ellos la paz, muchas veces en contra de su voluntad[66].

Finalmente, cabe destacar el hecho de que los parlamentos no eran solamente los documentos que resultaban de negociaciones entre españoles y *mapuche*, sino, más importante, eran también eventos sociales más propios de la cultura de este último pueblo que de la cultura hispana, que congregaban a miles de personas con diferentes visiones del mundo y tradiciones, a objeto de debatir y celebrar la paz. Durante los más de dos siglos en los que se desarrollaron, los parlamentos se transformaron en ceremonias llenas de formalismo y simbolismo, que incluían saludos, discursos, intercambio de regalos, etc. Se dice que estos eventos permitieron el reconocimiento y el respeto para con el otro[67]. También ayudaron a establecer relaciones que iban más allá de lo formal y que en muchas ocasiones dieron origen a amistades y dependencia recíproca que resultaron fundamentales en la vida colonial (León 1993).

66 En una carta dirigida en 1738 por el gobernador de Chile, Manso de Velasco, al rey de España, esta autoridad reconoció que, a pesar de no agradarle el hecho de tener que negociar con los *mapuche* como "nación independiente" a través de los parlamentos, se veía obligado a hacerlo con el fin de mantener la paz en la colonia, situación que evidentemente era consecuencia de la debilidad del Ejército español (Bengoa 1985).

67 De acuerdo a Foerster (1996) mientras los *mapuche* entendían la política de los parlamentos como un sistema de representación entre iguales, para los hispano-criollos se trataba de una instancia que instalaba su hegemonía en el seno de la sociedad indígena.

Mapa II. OCUPACION HISPANA EN EL TERRITORIO MAPUCHE HACIA EL SIGLO XVII Y PRINCIPIOS DEL XIX.



FUENTE: COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO (2003).

1.2.6. CONSECUENCIAS DE LA CONQUISTA ESPAÑOLA PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Hacia fines del siglo XVIII, luego de más de tres siglos de presencia española, el impacto del régimen colonial sobre los pueblos indígenas en Chile había sido devastador. Algunos de ellos, tales como los changos en el norte, así como los *chono* en el sur, sucumbieron a consecuencia del impacto que en ellos provocaron las enfermedades traídas por los europeos, y los abusos y maltrato de los colonizadores.

En el centro de la colonia, los *mapuche pikunche* se verían seriamente afectados por los mismos fenómenos, así como consecuencia de su mestizaje con la población hispana que allí se estableciera[68]. En el norte, en tanto, los *aymara, quechuas* y atacameños o *lickanantai*, quienes durante el periodo colonial estaban bajo el control directo del Virreinato del Perú, también se verían severamente impactados. Su sometimiento al régimen de la encomienda, el trabajo forzado que desarrollaron en las minas, así como las enfermedades europeas, también resultó en una disminución significativa de su población[69]. Este fue también el caso del pueblo *rapa nui* en Isla de Pascua, el que a pesar de no estar bajo el control de los españoles, se vería seriamente impactado por las visitas periódicas de navegantes europeos, muchos de los cuales trataron de controlar la isla y someter a sus habitantes[70].

Los únicos pueblos que no serían severamente impactados hasta la era republicana, dada la lejanía de sus territorios, fueron los de la Patagonia chilena (*aonikenk*), los de los canales australes (*yámana* y *kawashkar*) y los de Tierra del Fuego (*selk'nam*). Los pueblos australes, sin embargo, serían devastados en poco tiempo luego de la ocupación chilena de sus territorios ancestrales[71].

---

68 La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) habla de la existencia de un "colapso demográfico" que afectó a la población indígena en la parte central de la colonia. De acuerdo a los cronistas de le época (Jerónimo de Vivar) el descenso de la población autóctona del Chile central alcanzó a los dos tercios de la población previamente existente.

69 Gundermann y González (1989) presentan evidencias de los abusos cometidos en contra de estos pueblos desde el siglo XVI. Sus mejores tierras, en el caso de los *aymara* aquellas ubicadas en los valles inferiores, fueron ocupadas por los españoles. Su población disminuyó significativamente como consecuencia de enfermedades y maltratos, en tanto que las comunidades sobrevivientes buscaron refugio en los altiplanos andinos donde continúan viviendo a la fecha.

70 Entre ellos hubo navegantes franceses, ingleses y españoles. Como consecuencia de estos contactos, en 1770 la población *rapa nui* era estimada en solo seiscientas a setecientas personas (Rochna 1996). Esta población continuó disminuyendo en el siglo XIX como consecuencia de redadas organizadas desde el Perú en busca de esclavos que serían llevados desde la Isla de Pascua a trabajar en las islas del Guano de ese país.

71 Para un análisis en profundidad de la suerte de estos pueblos ver Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) y (Aylwin 1995).

Los *mapuche*, como ya lo señaláramos, mantendrían su autonomía política en el territorio al sur del Biobío, entonces conocido en forma genérica como Araucanía, hasta mediados del siglo XIX. Sin embargo, y contrariamente al discurso promovido por la historiografía oficial en Chile[72], la autonomía de este pueblo fue posible mediante los constantes enfrentamientos con los españoles a lo largo del régimen colonial[73]. Tales enfrentamientos habrían sido particularmente violentos durante el periodo que se extendió desde el parlamento de Quilín en 1641 al parlamento de Negrete de 1726. Aparentemente, desde ese momento hasta la independencia de Chile, se hicieron más frecuentes los periodos de relación pacífica entre los *mapuche* y los españoles (Bengoa 1985), posibilitando así el comercio y las actividades misioneras en la Araucanía. A lo largo del siglo XVIII, se habrían mantenido los enfrentamientos entre ambos bandos, aunque ya no con la característica de confrontación generalizada del pasado, sino como conflictos armados localizados o *malocas* en los que participaban diferentes parcialidades *mapuche*, las que, a su vez, gatillaban la venganza de los españoles[74].

Consecuentemente, no fue solo a través de los parlamentos, sino también a través de la guerra, que los *mapuche* mantuvieron su independencia de la colonia española hasta su conclusión a comienzos del siglo XIX. No es menos efectivo, sin embargo, que el comercio y las misiones, entre otras formas de relación, alteraron de manera significativa la vida de este pueblo (Parentini 1996; Pinto 1990). Dichas actividades debilitaron la fuerza política y cultural de los *mapuche*. También introdujeron en ellos división, afectando su capacidad de resistir la invasión final de su territorio por el Estado chileno en la segunda mitad del siglo XIX.

Podemos concluir afirmando que, aunque los españoles no lograron, como pretendían, finalizar su tarea de conquista a través de todo el territorio de Chile, alterarían para siempre la existencia de los pueblos indígenas que lo habitaban. Parte importante de la población originaria que logró sobrevivir fue reducida a la categoría de sirviente y de esclavo. Las estructuras sociales y las culturas de dichos pueblos serían seriamente debilitadas. Al analizar las devastadoras consecuencias que para los pueblos indígenas tuvo la conquista hispana de Chile, es pertinente preguntarse quiénes eran los civilizados y quiénes los bárbaros. Si cuestionamos los paradigmas tradicionales impuestos por el pensamiento eurocéntrico en que hemos sido formados, la respuesta a esta interrogante resulta obvia[75].

1.3. EL PERIODO REPUBLICANO: INVASIÓN MILITAR, REDUCCIÓN, ASIMILACIÓN Y REVITALIZACIÓN DEL PUEBLO *MAPUCHE* EN EL MARCO DEL ESTADO CHILENO

1.3.1. EL PERIODO IGUALITARIO

La independencia de Chile en 1810 estuvo imbuida de las ideas liberales e igualitarias que inspiraron la Revolución francesa y la emancipación de los Estados americanos a fines de siglo XVIII y comienzos del siglo XIX[76]. De acuerdo con estas ideas, los líderes del recientemente formado Estado de Chile postulaban que todos los hombres, incluidos los indígenas, eran libres e iguales en su naturaleza y derechos.

En forma consistente con estas ideas, la primera iniciativa republicana relativa a la población indígena fue el Reglamento Ley de 1813 dictado por la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado, mediante el cual, junto con proclamar la "fraternidad, igualdad y prosperidad de

---

72 Villalobos ha caracterizado el periodo colonial como uno en que la paz prevaleció marcadamente a la guerra en la frontera. De acuerdo a su interpretación, los *mapuche* fueron derrotados por los españoles no a través de la guerra, que solo se desarrolló en la etapa inicial del contacto, sino principalmente a través de un proceso de asimilación cultural, tanto a través de relaciones comerciales y misiones como a través del mestizaje con los colonizadores españoles (Villalobos 1992).

73 La prevalencia de la guerra en las relaciones entre los españoles y los *mapuche* en esta época de la historia es argumentada por numerosos historiadores, incluyendo a Mario Góngora (1986) y Bengoa (1985). Para un análisis del debate respecto a la prevalencia de la guerra o de la paz en la relación *mapuche*-hispana durante este periodo se sugiere ver Parentini (1996).

74 Las malocas eran ataques por sorpresa a pueblos y haciendas llevadas a cabo por agrupaciones *mapuche* en las tierras fronterizas, con el objeto de apropiarse de animales, fundamentalmente ganado vacuno y caballar, así como mujeres, las que eran hechas cautivas (León 1991). Levantamientos generales siguieron teniendo lugar en 1655, 1723 y 1766 (Ávila M. 1973).

75 Para un análisis de este último tema ver Bengoa (1992).

76 Estos principios habían sido reconocidos y reafirmados en años anteriores a través de documentos tales como la Declaración de la Independencia (1776) y la Carta de Derechos de los Estados Unidos de América (1791) en EE.UU. y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Francia.

los indios" así como su abandono de los campos, propuso que aquellos que residían en los pueblos de indios pasaran a residir en villas formales, que se erigirían por una comisión creada para estos efectos, "gozando de los mismos derechos sociales de ciudadanía que el resto de los chilenos" (artículo 1, Reglamento Ley de 1813). En el reglamento se proponía que junto a las villas se dotara a sus moradores de una propiedad rural (artículo IV). Además, se afirmaba que "el Gobierno desea destruir por todos modos la diferencia de castas en un pueblo de hermanos", proponiendo para estos efectos que en dichas villas residiesen también españoles y otras personas (artículo VIII).

Años más tarde, en 1819, Bernardo O'Higgins, director supremo, dictó un decreto que eximía a los indígenas del pago de tributo y les otorgaba ciudadanía, estableciendo los principios que, al menos en lo formal, debían orientar el tratamiento del Estado de Chile hacia ellos. En un intento por diferenciar su política de aquella del régimen colonial, el decreto criticaba al Gobierno español por su política "inhumana" de servidumbre, los abusos y la tutela en la que vivían los indígenas, que no les permitían participar de los beneficios de la sociedad. Consistente con ello y con el sistema liberal adoptado por el naciente Estado de Chile, el decreto sostenía que a futuro los indígenas debían ser considerados ciudadanos chilenos, libres e iguales en derechos al resto de los habitantes del Estado[77].

La ciudadanía indígena promovida por O'Higgins sería pocos años más tarde limitada por su propia Constitución de 1822, en la que se establecía como requisito para su ejercicio saber leer y escribir, condición que los indígenas que habitaban en el territorio sobre el cual el Gobierno republicano tenía control, los *mapuche pikunche* del valle central, claramente no cumplían. Las restricciones a la ciudadanía de los indígenas se hicieron más marcadas en la Constitución de 1823, en la que esta era restringida a quienes cumpliesen con tener una propiedad inmueble o un giro comercial; un dominio o profesión instruida en fabricas permanentes, o una invención, industria, ciencia o arte que hubiesen traído al país, las cuales, además, debían ser católicas romanas (Constitución de 1823).

En 1823 (10 de junio) se dictó una ley que requería que las autoridades de las provincias en que estaba dividido el país (intendentes) designaran un funcionario que junto a un agrimensor informase sobre los pueblos de indios que permanecieran en su jurisdicción. La ley estipulaba que a las tierras en posesión de los indígenas "se les declare en perpetua y segura propiedad" (artículo 3). Aunque esta norma podría considerarse como una de carácter proteccionista orientada a impedir la expulsión de la población indígena que seguía viviendo en los pueblos de indios del centro de Chile al término de la encomienda, una lectura de su texto deja en evidencia la intención de esta ley, cual era la de permitir que las tierras sobrantes fueran rematadas en subastas públicas en porciones no mayores a las diez cuadras (artículos 4 y 5). De acuerdo con la interpretación de algunos analistas (Jara 1956), estas compras permitirían el desarrollo de estas tierras por parte de sus adquirentes no indígenas[78]. La importancia de la ley de 1823, sin embargo, fue menor, ya que no fue aplicada a los *mapuche* ni a otros pueblos de la parte sur del país, que para entonces constituían la mayoría de la población indígena[79].

En las décadas que siguieron a la independencia, se verificó un proceso de expansión de la frontera agrícola hacia las tierras al sur del Biobío que habían estado hasta entonces en poder de los *mapuche*. Tal expansión incidió en un acelerado poblamiento de no indígenas al sur de dicha frontera colonial[80]. Como era previsible que ocurriera, la legislación liberal de O'Higgins fue utilizada por los no indígenas para adquirir, por medios fraudulentos, las tierras de los *mapuche*. Enormes extensiones de tierra, a veces de miles de hectáreas, serían en esa época compradas por no indígenas a sus propietarios *mapuche*, pagando por ellas precios mínimos o intercambiándolas por unos cuántos

77 El énfasis de la igualdad declarada por O'Higgins a través de este decreto era liberal formal, que permitía la ciudadanía de la población indígena, pero a la vez promovía su libertad contractual. Así sostenía: "Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes que tengan inclinación, y a ejercer la carrera de las letras y de las armas, para obtener los empleos públicos y militares correspondientes a su aptitud" (Decreto del Director Supremo de Chile, Bernardo O'Higgins, 4 de marzo, 1819).

78 Según Jara (1956), el principal interés del Estado con estas leyes era disponer de las tierras que habían pertenecido a los pueblos de indios.

79 La población indígena que para 1813 habitaba en las llamadas "zonas de paz", al norte del Biobío, era estimada en 48 000 personas, menos del 10% de la población chilena en esa época (Jara 1956). Por otra parte, la población *mapuche* viviendo al sur de esta frontera se estimó en un censo realizado en 1796, en 95 000 personas (Bengoa 1985).

80 Se estima que para 1856 vivían en el territorio *mapuche* al sur del Biobío 13 000 personas no indígenas (Leiva 1984).

vacunos o caballos[81]. Los *mapuche*, que vivían en esa zona, quienes no comprendían los conceptos de propiedad individual y exclusiva promovidos por la legislación chilena, fueron víctimas fáciles de engaños por parte de colonos inescrupulosos, generalmente soldados o campesinos. En pocos años, la mayoría de las tierras inmediatamente al sur del Biobío serían adquiridas por no indígenas a través de estos procedimientos, siendo la población *mapuche* expulsada más al sur. Diversos analistas (Leiva 1984; Bengoa 1985; Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003) han caracterizado este proceso como de asentamiento espontáneo o infiltración, en contraste con la ocupación planificada de la Araucanía que se llevaría a cabo durante la segunda mitad del siglo XIX.

Consecuentemente la igualdad proclamada por O´Higgins nunca fue una realidad para los *mapuche*. Los integrantes de este pueblo que vivían al norte del Biobío, en vez de convertirse "legalmente" en iguales, adquiriendo propiedades u obteniendo puestos políticos o militares, como en teoría lo avizoraba O'Higgins, serían por el contrario contratados como inquilinos en las haciendas del valle central (Cantoni 1969). Al sur del Biobío, en tanto, la igualdad se convirtió en una ficción utilizada por colonos inescrupulosos para usurpar las tierras indígenas fronterizas.

1.3.2. EL PERIODO PROTECCIONISTA Y EXPANSIONISTA

1.3.2.1. CONTRATOS ABUSIVOS Y LEYES PROTECCIONISTAS

El interés del Gobierno en Santiago por ejercer un mayor control sobre el territorio *mapuche*, como primer paso para su futura ocupación, así como la preocupación sobre los abusos cometidos a través de los contratos fraudulentos antes referidos, llevó a los congresistas en la década de 1850 a dictar una legislación que, junto con establecer una nueva provincia, puso término al periodo igualitario instituido por O'Higgins. Fue así como a través de una ley dictada en 1852 se creó la provincia de Arauco, incluyendo en esta "los territorios de indígenas" situados al sur del Biobío y al norte de la provincia de Valdivia, hasta

81 Una detallada descripción de las diversas modalidades fraudulentas utilizadas por no indígenas para la apropiación de las tierras *mapuche* es realizada por Leiva (1984).

entonces controlados por los *mapuche*[82]. La misma ley autorizaba al presidente de la república para dictar ordenanzas para "el mejor gobierno de la frontera, para la más eficaz protección de los indígenas, para promover su más pronta civilización y para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos" (artículo 3). En virtud de esta facultad, el presidente dictó en 1853 un decreto especial para la nueva provincia, de acuerdo al cual todas las compras de terrenos hechas a personas indígenas o de terrenos localizados en territorios considerados como indígenas, requerían de aprobación gubernamental[83].

A pesar de este y otros decretos que fueron dictados en los años siguientes teóricamente destinados a proteger las tierras *mapuche*[84], su adquisición a través de contratos fraudulentos y abusivos siguió verificándose en el área fronteriza en un contexto de expansión agrícola acelerada hacia el sur. Los numerosos conflictos que se originaron entre los *mapuche* y los colonizadores a raíz de estos contratos, constituyen una de las causas del levantamiento general de 1859. Como consecuencia de esta rebelión, fueron destruidas la mayor parte de las haciendas recientemente constituidas y las ciudades fundadas en el área fronteriza (Bengoa 1985). Para 1864, más de cuatrocientos cincuenta contratos, incluidos compras, arriendos, cesiones y otras figuras legales relativas a tierras *mapuche*, habían sido registrados por autoridades locales en esta región (Leiva 1984).

82 Ley del 2 de julio de 1852

83 Este decreto establecía que un funcionario de Gobierno, el intendente de Arauco y el gobernador de Indígenas del territorio respectivo debían intervenir en estas compras, asegurándose de que el indígena "que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente y de que sea pagado o asegurado debidamente el pago del precio convenido" (artículo 1), siendo nulas las ventas que no cumplieran esta formalidad (artículo 6). Los mismos requisitos también se exigían en el caso de arriendos de más de cinco años (artículo 2). Dichas autoridades, además, mantendrían un registro especial con estas transacciones (artículo 6).

84 Con este propósito se dictaron entre 1854 y 1863 otros siete decretos. De acuerdo con ellos, los requisitos establecidos en 1853 habían de ser aplicados a todas las compras de tierras en los territorios indígenas (1854). Luego se harían extensivos a la provincia de Valdivia (1855) y a los territorios de Llanquihue (1856).

1.3.2.2. LA INVASIÓN FINAL DE LA ARAUCANÍA

I. EL PLAN DE SAAVEDRA

En contraste con la infiltración espontánea de las tierras fronterizas que tuvo lugar a mediados del siglo XIX, la ocupación militar final de la Araucanía verificada entre 1860 y 1883 fue el producto de una estrategia cuidadosamente planificada y regulada por parte del Estado chileno. Luego del levantamiento *mapuche* de 1859 y su sofocación por el Ejército chileno en 1860, se intensificó el debate sobre la necesidad de ocupar e incorporar al territorio chileno las tierras controladas por este pueblo.

Las razones que se daban para justificar la ocupación eran de variada índole. Entre ellas estaban las de naturaleza geopolítica que enfatizaban la necesidad de conectar la zona central y sur del país que hasta ese momento estaban separadas debido al control de la Araucanía por parte de los *mapuche*[85]. La necesidad de expandir la agricultura chilena hacia las tierras fértiles de la Araucanía, en el contexto de una economía crecientemente orientada a la exportación, también fue un argumento esgrimido por sectores poderosos de la sociedad chilena (Pinto 1990). A ello se agregaban las que enfatizaban la necesidad de poner término a la barbarie, toda vez que la ocupación de esta parte del país posibilitaría la inclusión de sus habitantes, caracterizados como inferiores, a los procesos civilizatorios impulsados por el Estado chileno (Pinto 2000)[86].

El militar a cargo de las operaciones en contra de los *mapuche*, el coronel Cornelio Saavedra, fue nombrado en 1860 intendente de la provincia de Arauco. Un año después, en 1861, Saavedra presentó al Congreso Nacional, a petición del Gobierno, un plan para la ocupación gradual de los territorios hasta entonces controlados por este pueblo en la Araucanía. De acuerdo con este plan, la frontera con los indígenas había de ser trasladada cien kilómetros hacia el sur, hasta el río Malleco. Las tierras ocupadas debían de ser declaradas propiedad estatal, subdivididas y vendidas en lotes pequeños, emulando los patrones de colonización utilizados en esa época en los Estados Unidos de Norteamérica[87]. Militares y colonos laboriosos[88] habrían también de establecerse en el área, mientras que las tierras que estaban efectivamente en posesión de los *mapuche* debían ser demarcadas, respetadas y reconocidas de acuerdo con la ley. La frontera debía ser trasladada aún más al sur en el futuro, hasta que todas las tierras controladas por los *mapuche* fueran anexadas a Chile (Saavedra 1870).

Aunque al interior de la clase dominante chilena existía consenso en que el territorio *mapuche* debía ser ocupado, se desarrolló en esa época un importante debate respecto a las estrategias que habían de implementarse para llevar a cabo dicho propósito. La propuesta del coronel Saavedra fue criticada por sectores que proponían que el exterminio era la única forma de concretar la ocupación. También fue cuestionada por otros que proponían una estrategia más gradual y pacífica, consistente en la fundación de ciudades y asentamientos dentro de las tierras *mapuche* (Bengoa 1985). A la postre, esta última se impuso sobre las anteriores.

---

85 Estas argumentaciones geopolíticas serían planteadas fundamentalmente por los militares (Bengoa 1985).

86 Esta ideología estaba claramente expresada en medios como *El Ferrocarril* de Santiago y *El Mercurio* de Valparaíso. Al respecto resulta ilustrativo un artículo difundido por este último medio en que se señalaba: "No se trata sólo de la adquisición de algún retazo insignificante de terreno, pues no le faltan terrenos a Chile; no se trata de la soberanía nominal sobre una horda de bárbaros, pues esta siempre se ha pretendido tener: se trata de formar de las dos partes separadas de nuestra República un complejo ligado; se trata de abrir un manantial inagotable de nuevos recursos en agricultura y minería; nuevos caminos para el comercio en ríos navegables y pasos fácilmente accesibles sobre las cordilleras de los Andes... en fin, se trata del triunfo de la civilización sobre la barbarie, de la humanidad sobre la bestialidad" (Valdivia, *El Mercurio*, 5 de julio de 1859. En Pinto 2000, 131).

87 El sistema de reservaciones indígenas fue impuesto en los Estados Unidos de América a contar de mediados del siglo XIX. En décadas anteriores este país había expandido sus fronteras hacia el oeste, hasta entonces en poder de diversos pueblos indígenas. Como consecuencia de la presión del Ejército y de los colonos, muchos pueblos indígenas fueron removidos de sus tierras ancestrales y trasladados hacia las llanuras del centro oeste del país. Con el fin de hacer posible este proceso, diversos tratados fueron acordados entre el Gobierno y los pueblos indígenas durante las décadas de 1850 y 1860. De acuerdo con esta política impulsada por el Gobierno estadounidense, fueron identificadas y deslindadas tierras para las reservaciones. Las tierras reservadas para los indígenas fueron protegidas ante la posible usurpación por parte de colonos. Al interior de las reservaciones, los indígenas conservaron derechos que, al menos en teoría, les permitían gobernarse por sí mismos. Muchos de estos tratados, sin embargo, nunca fueron respetados (Loesch 1993; Berger 1999).

88 El término laborioso era utilizado en esa época en Chile para referirse a los colonos europeos, quienes eran considerados trabajadores, contrariamente a los chilenos, que no lo eran.

II. LA LEY DE 1866

La propuesta de Saavedra fue aprobada por el Congreso y convertida en ley en 1866[89]. De acuerdo con este cuerpo legal, los "terrenos" pertenecientes a los *mapuche* debían ser deslindados por una comisión de tres ingenieros designados por el presidente de la república (artículo 5). Dicha pertenencia debía ser probada a través de una posesión efectiva y continuada de un año, a lo menos. En caso contrario, las tierras serían reputadas como "terrenos baldíos y, por consiguiente, [declaradas] propiedad del Estado" (artículo 6)[90]. Luego de establecerse los límites de dichas tierras, estas debían otorgarse en favor del o los indígenas que poseían un título de merced, insertándose copia de este y anotando su título en el registro conservador (artículo 5). Las tierras serían otorgadas en propiedad comunitaria en favor del "cacique" o cabeza de familia. Las tierras comunitarias podían ser divididas entre los cabezas de familia si una octava parte de estos así lo solicitaba (artículo 7).

La ley, además, estableció la figura del protector de indígenas para representar sus derechos, especialmente en el deslinde de sus propiedades y en los contratos relativos a ellos (artículo 8). Tanto las tierras no asignadas a los indígenas de acuerdo con estos procedimientos, y consideradas "baldías", como aquellas adquiridas posteriormente por el Estado en territorio indígena, serían vendidas en subasta pública en lotes de no más de quinientas hectáreas. Una parte de los mismos territorios sería reservada para el establecimiento de colonos nacionales y extranjeros (artículo 3). Finalmente, las restricciones impuestas a los contratos relativos a tierras indígenas contenidas en la ley de 1853 continuarían siendo aplicadas si un indígena era una de las partes contractuales (artículo 4).

El objetivo de esta legislación, por cierto, no era la radicación de los indígenas, sino el establecimiento de colonos nacionales y, sobre todo, extranjeros, con los que el Estado quería ocupar el área. La ley de 1866 constituyó un acto jurídico de confiscación de las tierras de propiedad ancestral del pueblo *mapuche*. Esta legislación desconoció no solo la propiedad ancestral, sino los acuerdos alcanzados durante dos siglos con la colonia hispana a través de los parlamentos que reconocieron

89 Ley del 4 de diciembre de 1866.

90 El artículo 7 de esta ley establece que la ocupación efectiva y continuada por un año "será título bastante para que el indígena sea considerado como dueño".

propiedad y autonomía *mapuche* al sur del Biobío, acuerdos que fueron mantenidos por el Estado chileno durante las primeras décadas del periodo republicano hasta 1846. El requisito que se exigía a los *mapuche* para el reconocimiento de propiedad colectiva, la posesión efectiva y continua de al menos un año, era para un pueblo que hacía ocupación extensiva y no agrícola del territorio, muy difícil de cumplir. Por lo mismo, luego de la ocupación militar de la Araucanía por el Ejército chileno, se produjo una "reducción" sustancial de las tierras reconocidas en propiedad a los *mapuche*.

La aplicación práctica de esta ley hasta la ocupación militar total del territorio *mapuche* fue mínima. Es así como entre 1874 y 1882 solo les serían reconocidas no más de 1 500 hectáreas de sus tierras ancestrales en las cercanías de Angol[91]. Las subastas públicas de tierras en la zona de Malleco, al norte de la Araucanía, que fueron gradualmente ocupadas por el Ejército durante la década de 1860, solo se iniciaron en 1873. Esfuerzos serios para establecer colonos en esta zona no serían impulsados sino luego de la ocupación total de la Araucanía a principios de la década de 1880 (Aylwin 1995).

III. LA INVASIÓN DE LA ARAUCANÍA

Tomó prácticamente dos décadas al Estado chileno ocupar materialmente el territorio *mapuche* al sur del Biobío e implementar el plan de Saavedra. Dicha demora se explica en parte por la naturaleza de la estrategia utilizada para estos efectos. De acuerdo con esta estrategia, la línea de la frontera fue desplazada gradualmente hacia el sur durante la década de 1860, construyéndose fuertes para proteger las tierras ocupadas. La demora en la ocupación final del territorio *mapuche* se explica, además, por las guerras contra otros Estados en que Chile se involucró durante este periodo[92]. Ello, por cierto, además de la resistencia que muchos *mapuche* opusieron a las acciones expansionistas del Ejército chileno[93].

91 Ello en virtud de diez títulos de merced que fueron otorgados a *mapuche* en Angol, por la Corte de Apelaciones de Concepción, de conformidad a lo dispuesto por las modificaciones a esta ley introducidas en 1874 (Aylwin 1995).

92 Chile estuvo involucrado en una guerra con España en 1866 y con la Confederación Peruano-Boliviana en 1879.

93 Los *mapuche* arribanos o wenteche, liderados por *Lonko Quilapan*, se opusieron militarmente a los planes expansionistas del Estado chileno. Para ello desarrollaron una campaña militar contra el Ejército en la zona fronteriza.

Cabe señalar que simultáneamente a la expansión militar chilena hacia el territorio *mapuche*, el Estado argentino decidió tomar control de las tierras indígenas de las pampas ubicadas al suroeste de Buenos Aires. Con este propósito impulsó una campaña militar conocida como la "guerra del desierto", en que la mayor parte de la población indígena del área, incluyendo a los *mapuche* que vivían allí, sería eliminada. Esta campaña, que había sido inspirada en las que habían sido desarrolladas por el Ejército de Estados Unidos contra los pueblos indígenas del centro y oeste de ese país, es considerada como una guerra de exterminio indígena. Miles serían los indígenas asesinados por el Ejército argentino. Muchos *mapuche* que vivían en la parte oriental de la cordillera de los Andes buscaron refugio con los *pewenche* en territorio chileno. A los pocos que sobrevivieron a esta guerra no les serían reconocidos ni derechos sobre sus tierras ni derechos culturales. La asimilación por parte del Estado argentino fue, y continuó siendo hasta hace poco tiempo, la principal política impulsada hacia estos pueblos, incluyendo entre ellos el pueblo *mapuche*[94].

Lograron involucrar a otras agrupaciones *mapuche*, incluso a aquellas que habitaban al este de la cordillera de los Andes, en una insurrección general que tuvo lugar el año 1869. El Ejército chileno castigó este levantamiento con una campaña que se conoció como la "guerra de exterminio", persiguiendo a los rebeles al interior de su territorio, asesinando a muchos hombres, haciendo prisioneros a mujeres y niños y destruyendo casas y sembrados. Redadas similares, aunque menos dañinas para los *mapuche* fueron organizadas por el Ejército chileno en 1870-1871. La línea de la frontera fue trasladada más al sur, a la zona de Traiguén, en 1878, y se establecieron allí varios fuertes. En 1880 el Gobierno decidió ingresar al centro estratégico del territorio *mapuche*, el área del río Cautín, fundando allí, en febrero de 1881, la ciudad y el fuerte de Temuco. En los años 1882 y 1883 se llevaron a cabo expediciones militares a los Andes con el fin de tomar control del territorio pewenche. Se considera que el último episodio militar de la guerra de la Araucanía fue la ocupación, en 1883, de las ruinas de Villarrica, ciudad que había sido destruida por los *mapuche* tres siglos antes. Con esta acción, el Ejército chileno asumió el control total de la Araucanía y puso fin a la autonomía política y territorial de este pueblo. La invasión del territorio *mapuche* ha sido bautizada eufemísticamente por la historiografía chilena como la Pacificación de la Araucanía. Esta terminología en nada refleja la violencia de las acciones armadas que se llevaron a cabo en ese periodo, las que son constatadas por, entre otros, el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) y por estudiosos como Bengoa (1985) y Lewis (1994).

94 Para un análisis de esta guerra de exterminio y sus impactos sobre el pueblo *mapuche* de Argentina, ver Curruhuinca y Roux (1984) y Hernández (2003).

1.3.2.3. LA IMPOSICIÓN DEL SISTEMA DE REDUCCIÓN

La ley de 1866, con algunas modificaciones menores introducidas en 1874 y 1883, constituyó el marco legal utilizado para el establecimiento del sistema reduccional en el territorio *mapuche*. Sería en estas reducciones, también conocidas como comunidades, donde fueron forzosamente radicados los *mapuche* de la Araucanía y otros territorios más al sur, luego de la derrota militar ante el Ejército chileno en 1881[95].

De conformidad con esta legislación, entre 1884 y 1929 la Comisión Radicadora de Indígenas, creada por ley en 1884, otorgó un total de 2 918 títulos de merced a los jefes de familia *mapuche*, radicando en el área que les fue reconocida a través de ellos a 82 629 individuos. Desde la provincia de Arauco en el norte a la provincia de Osorno en el sur, el área sumó un total de 510 386,67 hectáreas. Aunque las tierras asignadas a través de estos títulos reduccionales eran comunitarias, en promedio, a cada *mapuche* radicado en ellas le fue asignado un total de 6,18 hectáreas. El área total asignada a los *mapuche* a través de las reducciones fue equivalente a una

---

95 De acuerdo con una ley dictada en 1874, el Estado fue autorizado para vender a través de subastas públicas las tierras de las que se había apropiado en la zona de la Araucanía comprendida entre el río Biobío al norte y el río Malleco al sur, la cordillera de los Andes al este y el río Vergara al oeste. Esta ley también extendió en el tiempo, y a todo tipo de contratos, las restricciones impuestas a las ventas de tierras indígenas introducidas en legislaciones anteriores (1853,1866). También otorgó a un ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción las responsabilidades (demarcación de tierras indígenas) que habían sido asignadas en 1866 a una comisión de ingenieros. Finalmente, promovió el asentamiento de familias inmigrantes europeas o norteamericanas en las tierras reputadas como "baldías" y consecuentemente de propiedad fiscal, disponiendo el otorgamiento a estos colonos traídos por el Estado chileno ciento cincuenta hectáreas de tierra plana o el doble de extensión de tierras montañosas para cada familia que se asentara allí. Se les otorgaban además tierras adicionales por cada hijo que viniera con la familia (ley del 4 de agosto de 1874). Otra ley dictada en 1883 renovó por diez años las restricciones impuestas en 1874 a todo tipo de contratos que recayeran sobre tierras indígenas en la zona. También transfirió la responsabilidad de otorgar títulos de propiedad sobre la tierra a los indígenas que cumplían con los requisitos establecidos en la ley de 1886 desde la Corte de Apelaciones de Concepción a una comisión compuesta por un abogado y dos ingenieros (Comisión Radicadora de Indígenas). Finalmente, restableció la figura del protector de indígenas que había sido suprimida por una ley de 1875 (ley del 20 de enero de 1883).

parte muy menor (6,39%) de sus territorios de ocupación y propiedad ancestral al sur del Biobío (González 1986)[96] (cuadro 1).

Tales tierras se limitaron principalmente a aquellas donde se ubicaban sus casas y plantaciones. Los territorios extensos que tradicionalmente habían utilizado para la pesca, la caza y la recolección, cuya posesión no pudo ser probada como lo exigía la ley, no les fueron reconocidos en propiedad. Casi un tercio de la población *mapuche* no fue radicada y quedó, como consecuencia, sin tierra[97]. Así por ejemplo, los *mapuche* que vivían en zonas remotas de los Andes, como Alto Biobío, o en los territorios del sur de Valdivia y Osorno no fueron visitados por los topógrafos del Estado y por consiguiente nunca recibieron títulos de merced sobre sus tierras ancestrales (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Ello fue particularmente grave en estas últimas provincias, donde los títulos de comisario otorgados por el Estado chileno sobre sus tierras a muchas comunidades *mapuche williche* en la primera mitad del siglo XIX, no serían reconocidos por la radicación. Tales títulos, que constituyeron una modalidad utilizada por el Estado chileno entre 1824 y 1848 para el reconocimiento de la propiedad de los *mapuche williche* entre la provincia de Valdivia (Lago Ranco) y la provincia de Osorno (La Unión, Pilmaiquén, San Juan de la Costa entre otras localidades), tomaron su nombre de la figura del comisario de naciones, el que durante la colonia estaba encargado, junto con el gobernador de Valdivia, de regular el traspaso de tierras indígenas a no indígenas y velar por la protección de estos últimos. La ley del 10 de junio de 1923, dictada en el gobierno de Freire, otorgó facultades al intendente de Valdivia para designar a un vecino que deslindara los terrenos y los entregara a los indígenas en "perpetua y segura propiedad". A contar de 1830 tal función es ejercida por un juez (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003). Los títulos de comisario, sin embargo, perdieron eficacia cuando el Estado empezó a permitir la inscripción por particulares de las tierras sobre las que recayeron los registros conservatorios según lo dispuesto en el Código Civil de 1855. Estos títulos tampoco serían respetados más tarde, en el siglo XX, por las leyes de propiedad austral dictadas en 1931, en virtud de las cuales fue posible la regularización de la propiedad rural al sur de Imperial y la inscripción de dichas tierras por particulares no indígenas que se beneficiaron de ellas.

La radicación de los *mapuche* en las reducciones, además, fue hecha de manera arbitraria, rompiendo con la forma de organización social tradicional de este pueblo. Las comunidades de tierras creadas a través de este sistema tomaron su nombre del Código Civil, pero ellas no tenían ninguna relación con el *lof*, *rewe* o *aillarewe* u otras formas tradicionales de organización social y política territorial propias de la sociedad *mapuche*. Esta situación provocó serios problemas al interior de las reducciones, algunos de los cuales se han mantenido hasta la fecha (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003; Bengoa 1985). Por último, cabe resaltar que dado el tiempo –casi medio siglo– que el Estado tomó para materializar la radicación de los *mapuche* en las tierras reduccionales, muchas de estas fueron otorgadas a colonos europeos traídos por el Estado o adquiridas por latifundistas en remates públicos llevados a cabo por el Gobierno en Santiago, lo que afectó seriamente el reconocimiento de sus tierras de propiedad ancestral mediante los títulos de merced[98].

Aunque este proceso afectó de manera radical la vida *mapuche*, alterando para siempre su forma de relación con tierras, territorios y recursos naturales de propiedad ancestral, y poniendo término al control que tenían sobre ellos, la radicación tuvo impactos diferenciados en los distintos territorios en los que este pueblo habitaba. Tal como señala la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), en espacios como Malleco o Galvarino y Lautaro, donde muchas familias debieron buscar refugio durante la guerra en la cordillera, o en otros ubicados más al sur y, por

---

96 Otros antecedentes del Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola (CIDA) dan cuenta de que el total de títulos de merced otorgados a los *mapuche* alcanzaron a 3 078. La superficie en cuestión, sin embargo, alcanzó a solo 475.194 hectáreas, dadas las limitaciones de los sistemas de medición existentes en la época, en tanto que la población radicada alcanzó solo a 77 551 personas (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

97 La población *mapuche* que habitaba el área fue estimada por el censo de 1907 en 110 000 personas, por lo que casi un tercio de ella no fue radicada (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

98 El asentamiento gratuito en las tierras recién adquiridas estuvo restringida a los colonos europeos hasta fines del siglo diecinueve. Aunque las expectativas que tenía el Estado chileno con la colonización europea nunca se cumplieron, un número importante de inmigrantes alemanes, italianos, franceses, holandeses y de otras nacionalidad europeas se asentaron en la zona, recibiendo tierras de una extensión mucho mayor que aquellas que el mismo reconoció a los *mapuche*. El impacto mayor para la propiedad indígena, sin embargo, fue el provocado por la venta de tierras en pública subasta realizado en la época por el Estado beneficiando en particular a militares que habían participado en la invasión de la Araucanía, y a latifundistas de la zona central interesados en extender sus propiedades hacia el sur. Para un análisis más profundo de estas formas de ocupación de la Araucanía ver Aylwin (1995b).

tanto, menos densamente poblados, la radicación produjo propiamente una reducción del territorio. Ello en contraste con el que se ubicaba entre Temuco y el río Cautín, el cual formaba un territorio *mapuche* compacto, donde al radicador no le quedó otra cosa que reconocer el asentamiento antiguo. En ambos casos, sin embargo, se provocaron muchas disputas entre las comunidades por los límites y agrupamientos arbitrarios. Tal como concluye esta Comisión, "la radicación realizada por el Estado fue un hecho extraordinariamente conflictivo que contribuyó, además, a crear un conflicto que no se ha concluido después de casi un siglo" [99] (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, 390).

Al impacto generado por la radicación se agregó el de la usurpación de tierras por los latifundistas y colonos a quienes el Estado asignó zonas colindantes con las reducciones. Los informes de los protectores de indígenas y de las comisiones parlamentarias de fines del siglo XIX y comienzos del XX dan cuenta de los numerosos casos de usurpación de tierras reduccionales por parte de los no indígenas que se establecieron en el área. También dan cuenta de los muchos casos de violencia, que incluyeron el asesinato de personas *mapuche* por parte de los mismos sectores, muchas veces con la tolerancia e inacción del Estado[100]. Tal como señala la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche:

> El pueblo mapuche, luego de ver ocupado y confiscado su territorio por el Estado Chileno, es objeto de innumerables acciones de usurpación de tierras por sus nuevos vecinos o por el propio Estado, el que en sus actos de remates de tierras no respetaba las reservas indígenas establecidas en títulos de merced, así como ya no lo había hecho con las tierras ocupadas ancestralmente por los mapuche y que la Comisión Radicadora de Indígenas sustrajo de sus dominios (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003, 891).

---

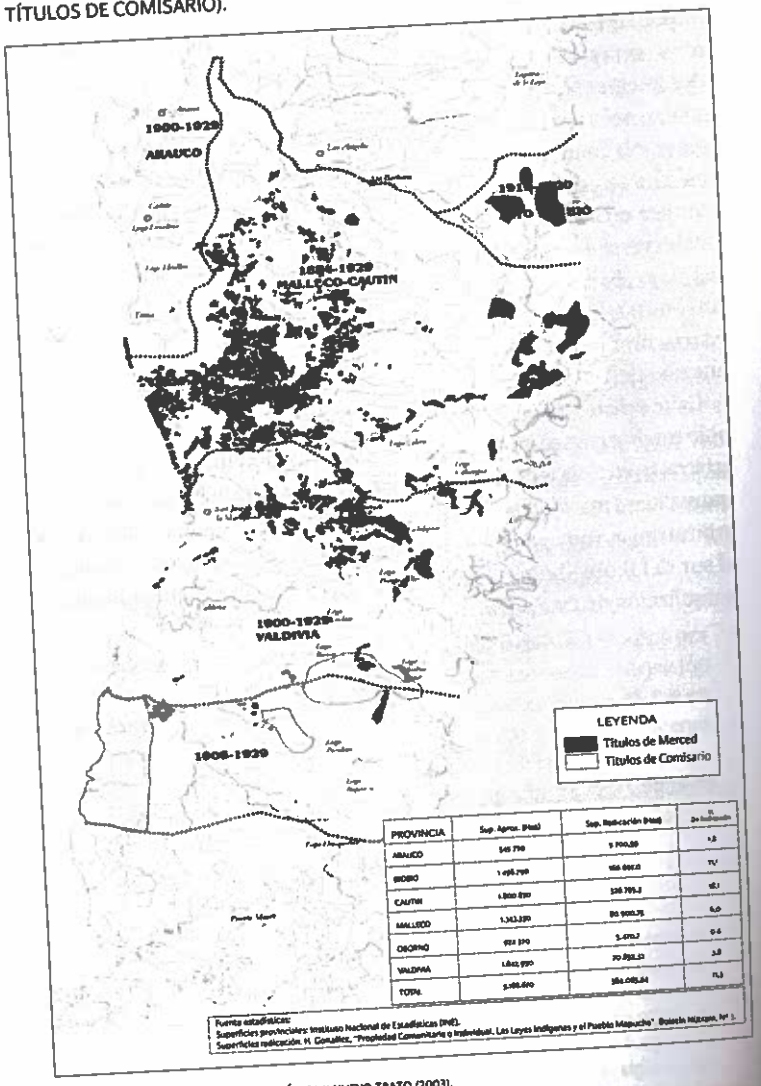
99 Muchos de los actuales conflictos de tierras *mapuche* tienen su origen en la usurpación de los antiguos territorios de propiedad ancestral generada con la radicación. Otros de estos conflictos, sobre los que pone su atención la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) tienen su origen en la radicación arbitraria o en la usurpación de tierras producida luego de la radicación y de los procesos divisorios impulsados durante el siglo XX, así como en la reforma agraria y contrarreforma agraria impulsadas por el Estado chileno a contar de la década de los 60 del siglo XX, tal como veremos más adelante en este capítulo.

100 El detalle de los informes de estos protectores y de comisiones parlamentarias se encuentra en el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003).

Cabe resaltar la interrelación que existió entre las estrategias militares y aquellas de carácter legislativo impulsadas por los Gobiernos de la época en sus esfuerzos por anexar el territorio *mapuche* a Chile. Así, mientras la primera estrategia fue utilizada para desplazar gradualmente a los integrantes de este pueblo hacia el sur y para consolidar la invasión chilena de los territorios de la Araucanía, la segunda fue utilizada para legalizar la confiscación de sus tierras de propiedad ancestral y para hacer posible su traspaso a manos de personas no indígenas –vía colonización europea o remates en pública subasta– que fueron estimuladas para establecerse en ellas. También fue utilizada para regular la propiedad de los *mapuche* en las pocas tierras que les fueron reconocidas por el Estado, estableciendo un sistema comunitario de propiedad como transición a uno individual. Sin el uso de estas dos estrategias complementarias, la anexión del territorio *mapuche* al Estado chileno no habría sido posible.

Cabe señalar sin embargo, que, a pesar de los graves problemas –despojo territorial, sedentarización forzada, fraccionamiento, agrupación arbitraria, etc.–, la reducción posibilitó que la cultura material e inmaterial *mapuche* se mantuviera. Sin el espacio reduccional, aún insuficiente y arbitrario, es muy posible que el impacto de la invasión del territorio al sur del Biobío hubiese sido aún mayor y hubiese terminado con la aniquilación de este pueblo.

Mapa III. RADICACIÓN DE COMUNIDADES MAPUCHE (TÍTULOS DE MERCED Y TÍTULOS DE COMISARIO).



FUENTE: COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO (2003).

1.3.2.4. LA DIVISIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA Y OTRAS MODALIDADES DE DESPOSEIMIENTO LEGAL DE TIERRAS MAPUCHE

I. LAS LEYES DE LA DIVISIÓN

Diversos factores llevaron al Estado chileno a promover la división de las tierras reduccionales *mapuche* a contar de la tercera década del siglo XX. Algunos sectores de la sociedad chilena promovieron la división de la comunidad reduccional como forma de incorporar a los *mapuche* al sistema de propiedad individual característico del sistema legal chileno y procurar su asimilación al resto de la población[101]. Para otros el objetivo era la transferencia de las tierras asignadas a los *mapuche* –consideradas en estado de abandono– a personas no indígenas que pudiesen "desarrollarlas" económicamente y desarrollar la región en la que estaban ubicadas[102]. Por otro lado, los conflictos generados por el agrupamiento arbitrario en comunidades, la relación que se establecía entre la propiedad comunitaria y el atraso *mapuche*, así como la aspiración de tener tierras y derechos de similar estatus a las del resto de la población, llevaron a

101 La propiedad comunitaria fue, y continúa siendo, considerada por el Código Civil chileno como una situación anómala de carácter transitorio. En los pocos casos en que es reconocida, como en la sucesión por causa de muerte, la ley estimula la partición y posterior adjudicación individual de los bienes comunes entre quienes tienen derechos a ellos.

102 El Estado chileno y la clase política de la época pensaban que la división de tierras comunitarias favorecía la concentración de la propiedad agrícola y la transformación de los *mapuche* de campesinos independientes a inquilinos dependientes. La división había de resultar en el debilitamiento de la cultura *mapuche*, cultura cuya permanencia era vista por esta como algo indeseable y como una amenaza a la homogeneidad racial del país (Cantoni 1969). Cabe señalar que una política similar estaba siendo implementada en esa época por el Gobierno de los Estados Unidos en relación a los pueblos indígenas de ese país. En 1887, el congreso de EEUU dictó el Acta General de Asignaciones, conocida también como el Acta Dawes. De acuerdo a esta ley las tierras que habían sido asignadas a "tribus" indígenas en el pasado, en su mayoría en comunidad, fueron subdivididas en parcelas de sesenta y cuatro hectáreas para cada jefe de familia y treinta y cuatro hectáreas para las personas solteras mayores de dieciocho años. Estas parcelas eran permanentes, podían ser traspasadas por herencia y eran inalienables por un periodo de veinticinco años. Como consecuencia de este Acta, que promovía la adopción por parte de los indígenas de un sistema de vida basado en la práctica de la agricultura familiar individual, estos habrían perdido casi dos tercios de la tierras que hasta entonces les fueran reconocidas (Loesch 1993).

algunos sectores dentro de este pueblo a promover la división de las tierras reduccionales[103].

A través de distintas leyes aprobadas a partir de 1927, se fue imponiendo un marco jurídico que facilitó el fraccionamiento de las tierras comunitarias *mapuche* resultantes de la radicación, así como, en algunos períodos, la transferencia de dichas tierras a personas no indígenas. Fue así como el Congreso Nacional aprobó en 1927 una ley (Ley 4.169 del 29 de agosto de 1927) que creaba un tribunal especial con asiento en Temuco con competencia exclusiva en materia de división de comunidades *mapuche* que tuviesen su origen en los títulos de merced. Dicho tribunal debía dar preferencia a aquellos casos en que la división era solicitada por miembros de una reducción (artículo 1)[104]. Una vez que la reducción era dividida en hijuelas individuales entre sus miembros, estas hijuelas podían ser enajenadas o gravadas por sus dueños, siempre y cuando ellos o sus esposas o hijos mayores, tuviesen instrucción primaria obligatoria o supieran leer y escribir. Trascurridos diez años de la división quedaban autorizados a enajenar o gravar las tierras sin cumplir con estos requisitos (artículo 9)[105]. La misma ley contenía una cláusula que consideraba a los *mapuche* sin tierra que vivían en las reducciones "colonos nacionales", debiendo ser radicados en tierras estatales (artículo 14). Para el cumplimiento de esta ley se consideró la figura de los protectores de indígenas como responsables de asistir a los *mapuche* en los procedimientos creados por la ley (artículo 15).

En respuesta a las demandas *mapuche* frente a la creciente usurpación de las tierras reduccionales por parte de no indígenas, en 1928 se dictó un decreto que reglamentaba esta situación (Decreto 1.851 del 4 de julio de 1928) y ordenaba al Tribunal Especial restituir a los *mapuche* aquella parte del título de merced que se encontrara ocupada por personas extrañas

---

103 Manuel Manquilef, dirigente de la Sociedad Caupolicán, es considerado como el autor de la ley de 1927 (ley Manquilef) que promovía la división de las tierras comunitarias *mapuche*. Manquilef, que fuera elegido en 1925 como miembro de la Cámara de Diputados por el Partido Liberal, consideraba que la división de las tierras reduccionales era la única manera de transformar a los *mapuche* en ciudadanos con los mismos derechos y deberes que otros habitantes. De acuerdo a su visión, las reducciones, que él consideraba como la causa de su atraso, debían ser divididas para permitir que el *mapuche* pudiera, si le parecía, disponer de ellas (Foerster y Montecinos 1988).

104 La prioridad implica que el tribunal también podía actuar de oficio en la división de las comunidades.

105 En este último caso se requería de autorización del tribunal. Después de diez años, estos requisitos ya no eran necesarios.

a la comunidad y a suspender los trámites de la partición mientras esto no se verificase (artículo 23).

La ley de 1927, sin embargo, fue modificada en 1930 por otra (Ley 4.802 del 24 de enero de 1930) que estableció cinco juzgados de indios encargados de dividir las comunidades *mapuche* originadas en títulos de merced. De acuerdo con esta normativa, la iniciativa para esta división podía provenir no solo de los integrantes de la comunidad, sino también de parte del tribunal, aun en contra de la voluntad de los primeros (artículo 1). Las tierras divididas podían ser enajenadas o gravadas por sus adjudicatarios, debiendo ser autorizadas por el juez de indios respectivo, el que debía dejar constancia de que el titular prestase su consentimiento voluntariamente (artículo 35). La ley mantuvo las disposiciones que permitían la restitución de tierras de títulos de merced, salvo cuando los ocupantes de ellas tuviesen títulos anteriores. En ese caso, el indígena sería radicado como colono nacional y el ocupante en tierras disponibles de valor similar a las que debía restituir (artículos 29 y 39).

En 1931, el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 266 del 20 de mayo de 1931, y el Decreto Supremo 4.111 del 12 de junio de 1931[106] vinieron a modificar las leyes anteriormente vigentes en la materia. De acuerdo con ellos, los cinco juzgados de indios creados con anterioridad podían proceder a dividir una reducción solo si lo pedía un tercio de sus miembros. Una vez que la reducción fuera dividida en lotes de propiedad individual, sus dueños podían ejecutar cualquier tipo de contrato sobre ellos con la autorización del juez. El rol del juez, sin embargo, se limitaba a verificar que el adjudicatario hubiese prestado libremente su consentimiento (artículo 54). El mismo año se dictó la Ley 7.864, del 12 de junio, que declaró la exención del pago de contribuciones fiscales o municipales de las comunidades indígenas mientras mantuvieran su estado de indivisión.

II. LEYES DE PROPIEDAD AUSTRAL

Aunque no directamente relacionado con la división reduccional que el Estado intentó impulsar a través de las leyes antes reseñadas, cabe hacer referencia aquí a la legislación dictada en este mismo periodo a objeto de promover la regularización de la propiedad al sur del río Malleco y al norte de la provincia de Magallanes, más conocida como leyes de

---

106 Este último decreto condensaba disposiciones aún vigentes de anterior normativa sobre la materia, esto es la Ley 4.802 con las modificaciones del Decreto 266.

propiedad austral, las que tuvieron graves implicancias para los *mapuche*, en especial en para los *williche* en las provincias de Valdivia y Osorno.

En efecto, a objeto de regularizar dicha propiedad y revalidar los títulos particulares respecto del Fisco en esta vasta área, se dictaron entre 1928 y 1931 una serie de decretos[107], los que más tarde serían refundidos en el Decreto Ley (DL) sobre Constitución de la Propiedad Austral N° 1.600 del 31 de marzo de 1931. En esta última normativa se disponía que los interesados en regularizar su propiedad en esta zona debían presentar dentro de ese año sus antecedentes con el fin de proceder a su examen para la revalidación de los títulos. El requisito fundamental exigido por la ley para estos efectos era la posesión material sobre las tierras, ya fuese por el solicitante o por otra persona a su nombre (artículo 6, DL 1.600).

Se excluían de la revalidación los títulos emanados del Estado, los títulos de merced, los remates de tierras fiscales y las concesiones de colonización, disponiéndose expresamente que para la regularización solo podrían presentarse: "Los títulos [...] no emanados de indígenas, cuya inscripción originaria tenga más de 30 años de antigüedad" (artículo 6, inciso 6°). Además, se solicitaba que la presentación de "los títulos otorgados legalmente con anterioridad a la vigencia del Registro del Conservador de Bienes Raíces [...] siempre que el que los invoque, acredite en forma fehaciente haber ocupado materialmente el terreno durante 10 años, por sí o por otra persona a su nombre" (artículo 6, inciso 5°).

Esta legislación estableció la posibilidad de que además de aquellos que tuviesen títulos exclusivos sobre una propiedad, también los comuneros que tuviesen una cuota determinada o acciones o derechos sobre una propiedad pudiesen regularizar sus derechos (artículo 25). Ello permitía que las comunidades indígenas utilizaran esta legislación en su beneficio. Dado su desconocimiento de la ley y su lejanía de los poblados, dichas comunidades no hicieron uso de la ley en su favor (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

Quienes sí se beneficiaron de esta ley fueron los particulares que se establecieron en las tierras de ocupación ancestral indígena, en particular en tierras de títulos de comisario en las provincias de Osorno y Valdivia. Para acreditar la posesión material de los predios de propiedad ancestral indígena cuya titularidad regularizaban, presentarían a los *mapuche williche* como inquilinos de la propiedad. Ello dado su imposibilidad de cumplir con otras formas probatorias como el pago de contribuciones de bienes raíces, la realización de mejoras o actividades silvoagropecuarias (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

El DL N° 1.600 fue acompañado con el DFL N° 2.600 del mismo año, el que reguló la prescripción de los derechos de quienes reivindicaban tierras reconocidas a un particular mediante el procedimiento establecido en la primera normativa. A fin de otorgar seguridad en la propiedad de quienes hubiesen regularizado conforme a las leyes de propiedad austral, el DFL N° 2.600, dispuso que estos serían reputados como "poseedores regulares" aunque existiesen inscripciones anteriores que no hubieren sido canceladas a favor de otras personas (artículo 1). El mismo DFL dispuso que estas personas podrían adquirir el dominio sobre dichas propiedades por prescripción, siempre que su posesión durase dos años continuos y no fuese interrumpida (artículo 20).

En síntesis, esta legislación tuvo graves consecuencias para los *mapuche williche*, incidiendo de manera crítica en el desposeimiento de sus tierras, incluso de aquellas previamente reconocidas por el Estado. Tal como la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003) concluye con respecto al sentido y alcance de esta legislación:

> La Ley de la Propiedad Austral como el Decreto complementario de prescripción buscaron sanear y en muchos casos "blanquear" la propiedad particular constituida en base a tierras indígenas, provocando un efecto jurídico sobre los Títulos de Comisarios, los que al no ser presentados para su revalidación dejaron de tener valor legal de acuerdo a los procedimientos establecidos en las leyes respectivas (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003, 940).

III. OTRA LEGISLACIÓN REFERIDA A LOS MAPUCHE

Años más tarde, en 1940, se dictó la Ley 6.519 de 5 de febrero de 1940, que prorrogó por un año las limitaciones a la capacidad de enajenar establecidas en el Decreto 4.111 de 1931. Sucesivas prórrogas de un año cada una fueron dispuestas por ley en 1941 (Ley 6.822) y en 1942 (Ley 7.165). A contar de entonces, no hubo nuevas prórrogas de la capacidad de los indígenas para enajenar y gravar sus tierras, por lo que se inició un periodo que duró hasta 1947, año de la dictación de la Ley 8.736, en que estos tuvieron plena capacidad para celebrar los contratos, tanto sobre las tierras comunitarias como sobre las tierras individuales resultantes de la división (Ormeño y Osses 1972).

107 Los Decretos de Constitución de la Propiedad Austral fueron los N° 4.910, del 11 de febrero de 1928; N° 4.510, del 28 de diciembre de 1928; N° 4.444, del 4 de octubre de 1929; la Ley 4.904, del 23 de diciembre de 1930, y el DFL N° 39 del 6 de abril de 1931.

Como respuesta a las demandas *mapuche*, dos importantes leyes fueron dictadas en 1953. La primera extendió la exención tributaria a las tierras de propiedad individual *mapuche* resultantes de la división de los títulos de merced por un periodo de diez años[108]. La segunda creó, por primera vez en la historia republicana, una entidad gubernamental encargada de las políticas indígenas, la Dirección de Asuntos Indígenas dentro del Ministerio de Tierras y Colonización[109].

En 1960 se dicta el DFL 65, que estableció normas para el otorgamiento por el presidente de la república de títulos gratuitos en tierras consideradas como "fiscales disponibles" entre las provincias de Biobío y Arauco, y la provincia de Chiloé, pudiendo entregarse estas a los ocupantes, fuesen chilenos o indígenas.

Una nueva legislación (la Ley 14.511 de 12 de junio de 1961) sobre indígenas fue dictada en 1961. Esta ley, aprobada por el Parlamento durante la administración conservadora de Jorge Alessandri, modificó la naturaleza y la jurisdicción de los anteriores juzgados de indios, pasando estos a ser juzgados de letras de indios con asiento en Victoria, Temuco, Imperial, Pitrufquén y la Unión. La ley dispuso que estos juzgados tendrían jurisdicción no solo sobre la división de las reducciones, asunto que requería un tercio de los miembros para poder llevarse a cabo, sino también para la restitución de tierras indígenas y la resolución de los conflictos internos generados por la administración de los terrenos comunes de la comunidad y las autorizaciones para enajenar. De acuerdo a la misma ley, se requeriría autorización de la corte para vender o arrendar las tierras divididas. Dicha ley, sin embargo, no introdujo modificaciones sustanciales a la legislación existente ni alteró mayormente el proceso de división de las tierras *mapuche*[110].

De acuerdo con la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003), las disposiciones que permitieron al Estado otorgar tierras a quienes quedaron sin ser radicados tuvieron algún impacto, en particular en las provincias de Arauco, Malleco y Cautín. Según las indagaciones de esta Comisión ellas habrían resultado en el otorgamiento entre 1931 y 1972 de un total de 349 títulos gratuitos de una superficie de 19 072,67 hectáreas a favor de *mapuche*, en particular de los que vivían en sectores cordilleranos.

108 DFL N° 12 de 1953.

109 DFL N° 56 de 1953.

110 Ley 14.511 de 12 de junio de 1961.

IV. CONSECUENCIAS DE LA LEGISLACIÓN DIVISORIA

El impacto que tuvo el proceso divisorio de comunidades reduccionales impulsado a contar de 1927 por el Estado a través de la legislación reseñada fue enorme. El total de reducciones que fueron divididas de acuerdo con dichas leyes entre 1931 y 1971 alcanzó a 832 (28,5% del total). La división creó 12 737 títulos individuales. En promedio, las hijuelas individuales resultantes de esta división fueron de 11,24 hectáreas cada una (González 1986). A ello se agrega la acción llevada a cabo por los juzgados de indios a contar de su establecimiento. Así, la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003) estima que entre los años 1929 y 1972 estos juzgados revocaron un total de 59 títulos de merced (2% del total) con una superficie de 4 548 hectáreas (0,9% del total de superficie de radicación), la mayoría de los cuales pasó a poder de particulares.

Las mismas leyes resultaron en la apropiación de tierras individuales *mapuche* por parte de no indígenas. La enajenación de tierras indígenas a personas no indígenas fue particularmente intensa entre 1943 y 1947, época en que no hubo restricción legal que impidiese los contratos sobre ellas. En efecto, de acuerdo a Ormeño y Osses (1972), durante estos cuatro años se transfirieron a no indígenas aproximadamente 100 000 de las 500 000 hectáreas que habían sido asignadas a los *mapuche* mediante la radicación. El desposeimiento de sus tierras a través de este proceso, así como el crecimiento demográfico de la población *mapuche*[111], resultó en un importante aumento de la densidad poblacional al interior de las reducciones. En promedio, el número de hectáreas por persona bajó de 6,1 en 1929 a 1,8 en 1969 (Cantoni 1969). Otra consecuencia de este proceso fue el empobrecimiento de la población *mapuche* al interior de las reducciones, cuestión que explica el fenómeno de la migración de su población desde las comunidades hacia los centros urbanos verificado a lo largo del siglo XX. Esto ayuda a entender por qué años más tarde el censo de 1992 determinó que 735 287 *mapuche*, que representaban el 80% de la población total de este pueblo, habitaba en centros urbanos, en contraste con las 192 763 personas, que representaban el 20% restante, que habitaban en las tierras tanto comunitarias como individuales resultantes de la división (Instituto Nacional de Estadísticas 1992).

111 En 1969 se estimaba que la población *mapuche* viviendo en reducciones ascendía a 300.000 personas (Cantoni 1969).

V. REARTICULACIÓN Y DEMANDAS MAPUCHE

El impacto que la derrota militar, y más tarde la usurpación de sus territorios por parte de latifundistas y colonos europeos, provocó en el mundo *mapuche* fue de tal magnitud, que le tomó a su dirigencia varias décadas sobreponerse a él. En contraste con las estrategias de resistencia frontal a la ocupación militar del Ejército chileno durante la segunda mitad del siglo XIX, desde temprano en el siglo XX los líderes *mapuche* manifestaron su descontento al interior de la sociedad chilena que los había sometido. Fue así como varias organizaciones que expresaban el sentir de los *mapuche* y demandaban soluciones a los múltiples problemas que enfrentaban en su nueva condición de oprimidos por el Estado y la sociedad, serían creadas en este periodo[112]. Entre las demandas más importantes planteadas por estas organizaciones destacan el reclamo por la insuficiencia de las tierras reconocidas a través de la radicación y la obtención de tierras adicionales para aquellos *mapuche* que hasta entonces no habían sido radicados por el Estado en las reducciones. A ello se agregan las demandas por acceso al crédito y a servicios sociales, en particular la educación, que les permitiesen mejorar sus condiciones de vida (Foerster y Montecinos 1988; Marimán 1997).

La posición de los *mapuche* respecto a la política de división de las tierras comunitarias originadas por los títulos de merced no fue, sin embargo, unánime. Así, mientras Manquilef apoyó las iniciativas legales orientadas a dividir las tierras, otros sectores criticaron fuertemente esa legislación, argumentando que la fragmentación comunitaria y la libertad para enajenar las tierras individuales resultantes de la división reduccional empobrecería aún más a sus integrantes, posibilitando la apropiación por personas no indígenas. Las organizaciones que representaron a estos últimos sectores pusieron énfasis en la necesidad de concluir el proceso de radicación dotando de tierras a quienes carecían de ellas y restituyendo aquellas que habían sido usurpadas[113].

Las demandas de las organizaciones *mapuche* fueron determinantes en las reformas legales introducidas en 1931 y requirieron la aprobación de un tercio de los integrantes de la comunidad reduccional para proceder a la división de los títulos de merced. Otras demandas relevantes de los *mapuche* durante este periodo fueron aquellas relacionadas con la restitución de tierras comunitarias usurpadas por no indígenas, con la dotación de tierras entonces consideradas como "fiscales", así como con la exención de impuestos sobre sus tierras individuales y comunitarias (Marimán 1997).

Cabe resaltar que para el logro de sus objetivos al interior del Estado chileno, diversas organizaciones *mapuche* buscaron inicialmente una alianza con partidos políticos, principalmente –pero no exclusivamente– partidos de izquierda. También buscaron el apoyo de las Iglesias, principalmente de la Iglesia católica. Las alianzas políticas respondieron al anhelo de sus organizaciones y líderes de contar con una representación política en el Congreso Nacional y en el Gobierno como medio para influenciar la legislación y las políticas que les concernía. La mayoría de los líderes *mapuche* que resultaron electos como representantes en el Congreso Nacional en esta etapa histórica contaron con el apoyo de partidos políticos. Otros fueron designados en altas posiciones de agencias estatales por Gobiernos de distintas orientaciones políticas (Foerster y Montecinos 1988)[114]. Esta estrategia del movimiento *mapuche*, sin embargo, tendría como costo, en muchos casos, la dependencia o subordinación a los partidos políticos o a las Iglesias con los que establecieron alianzas. Consientes de la amenaza que dichas alianzas representaban para su independencia como actores políticos y sociales, con posterioridad reforzaron su demanda de autonomía. Sin embargo, tal autonomía, particularmente con respecto a los partidos políticos con los que se relacionaron, no fue siempre posible.

1.3.2.5. EL PERIODO DE LA REFORMA AGRARIA

Las transformaciones económicas y sociales impulsadas en Chile a fines de los 60 y comienzo de los 70 tuvieron un fuerte impacto en el

112 Entre las organizaciones *mapuche* más importantes surgidas en esa época se encuentran la Sociedad Caupolicán, creada en 1910; la Federación Araucana, creada en 1922, y la Unión Araucana, creada en 1926. Para un análisis de estas organizaciones, sus demandas y su rol en la política *mapuche*, ver Foerster y Montecinos (1988).

113 De acuerdo a Marimán (1997), estas demandas fueron planteadas por la Federación Araucana y la Sociedad Caupolicán.

114 Un ejemplo de esta estrategia política se puede encontrar en el caso del dirigente *mapuche* Venancio Coñuepán. Coñuepán fue electo en 1944 como miembro de la Cámara de Diputados con el apoyo de la Alianza Popular, una coalición de corte populista. Más tarde, en 1952, fue designado ministro de Tierras y Colonización y, posteriormente, director de Asuntos Indígenas. Cabe señalar que durante los diez años que su organización, la Corporación Araucana, estuvo a cargo de esta última institución, ninguna reducción fue dividida en las provincias de Cautín y Malleco (Foerster y Montecinos 1988; Marimán 1997).

pueblo *mapuche*. De particular significación fue el proceso de reforma agraria, que perseguía la redistribución de la propiedad de la tierra en el país, haciendo posible la dotación de tierras a campesinos que carecían de ella. Dicho proceso fue impulsado a contar de la dictación por el Congreso Nacional de la Ley de Reforma Agraria (Ley 16.640 de 1966) durante el gobierno democratacristiano de Frei Montalva (1964-1970) e intensificado posteriormente durante el breve periodo del gobierno socialista de Allende (1970-1973).

La necesidad de reformar las leyes vigentes relativas a sus tierras, así como la participación en el proceso de reforma agraria, fueron abordadas en los dos congresos nacionales *mapuche* que tuvieron lugar en Ercilla en 1969 y en Temuco en 1970. En dichos congresos, las organizaciones *mapuche* unificaron sus demandas sobre la materia. Así del congreso de 1970, surgió una propuesta para demandar al Gobierno la reforma de la ley de 1961 que había permitido la desintegración y usurpación de las tierras reduccionales *mapuche*. Además, las organizaciones demandaron el término de la división de tierras comunitarias, proponiendo en su reemplazo una "división racional" basada en estudios socioeconómicos que otorgara seguridad en sus posesiones a quienes vivían en reducciones. También exigieron garantizar una cantidad mínima de tierra dentro de la reducción con el fin de impedir el minifundio; incorporar a los habitantes de reducciones a los asentamientos creados en los fundos expropiados de acuerdo con la Ley de Reforma Agraria, y crear una corporación para el desarrollo *mapuche* como entidad gubernamental a cargo de las políticas indígenas y de asegurar educación, vivienda y salud a los *mapuche*[115].

Consistente con su programa, en 1971 el Gobierno del presidente Allende envió al Parlamento una propuesta de ley incorporando varias de las demandas que en años anteriores habían sido formuladas por los *mapuche* en los congresos referidos. Entre otros objetivos, la propuesta gubernamental perseguía fortalecer a la comunidad indígena, crear cooperativas, establecer procedimientos legales para hacer justicia a las comunidades e instaurar una agencia gubernamental especializada que se hiciera cargo de la política indígena[116].

Tras un año de discusión, el Congreso Nacional aprobó en 1972 una nueva ley sobre la materia (Ley 17.729 de 26 de septiembre de 1972), no sin antes introducir modificaciones sustanciales a la iniciativa de Allende. A diferencia de las legislaciones anteriores, esta ley asumió una definición antropológica del indígena que trascendía al *mapuche*, pues se refería no solo a los integrantes de este pueblo, sino también a otros indígenas que vivían en el país[117]. Otra característica importante de esta ley es que no solo se preocupa de los derechos vinculados a la tierra, sino que también contiene disposiciones para estimular el desarrollo económico y cultural de los indígenas. De particular importancia son las disposiciones de la ley que crearon el Instituto de Desarrollo Indígena (IDI) como entidad nacional dependiente del Ministerio de Agricultura y responsable de las políticas indígenas y de programas de desarrollo, en reemplazo de la Dirección de Asuntos Indígenas (artículos 34 a 52). También son de relevancia las normas que promovieron el acceso de los indígenas a los distintos niveles de la educación formal, para lo cual el Ministerio de Educación tuvo que destinar recursos de su presupuesto anual, así como las que dispusieron que las universidades del país debían reservar anualmente un número de matrículas para estudiantes indígenas que se integrarían según normas especiales de ingreso (artículos 68-73).

La ley de 1972 también trató de los derechos de los *mapuche* a la tierra y estimulaba la propiedad comunitaria. La división de tierras comunitarias había quedado restringida a aquellos casos en que la mayoría de los miembros de la reducción lo solicitara o a situaciones en que razones técnicas lo hicieran deseable. Las tierras divididas no podían ser enajenadas por sus adjudicatarios individuales, pudiendo estos sin embargo, gravarlas a favor del Banco del Estado de Chile, la Corporación de Reforma Agraria (CORA) u otras entidades de crédito en que el Estado tuviese aportes mayoritarios, o enajenarlas a otros integrantes de la misma comunidad que fuesen dueños de un terreno de una cabida inferior a una unidad agrícola familiar (artículos 6 a 16). La ley de 1972 también incentivó la restitución de las tierras que se consideraran indígenas y estuviesen ocupadas por personas no indígenas a través de un procedimiento de reclamación administrativo ante el IDI

115 Para mayor información sobre la discusión y demandas verificadas en estos congresos nacionales *mapuche*, ver Foerster y Montecinos (1988).

116 "Mensaje de Ley Indígena" (Allende 1971).

117 En su artículo 1, la Ley 17.729 dispuso que se consideraría como indígena no solo a quienes invocaran derechos emanados de un título de tierras otorgado por el Estado a través de las leyes dictadas para tales efectos, o a través de sentencia de división de una comunidad indígena, sino también a aquel que: "Habitando en cualquier parte del territorio nacional, forme parte de un grupo que se exprese habitualmente en un idioma aborigen y se distinga de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país" (artículo 1, N° 3).

(artículo 17 a 28). Además, la ley autorizó a la Corporación de Reforma Agraria (CORA) a que a petición y en representación del IDI expropiara predios rústicos determinados en ella para ser asignados a campesinos indígenas, a comunidades campesinas o a cooperativas integradas por indígenas (artículos 29 a 32). Los juzgados de indios de leyes anteriores fueron eliminados, estableciéndose que las causas relativas a las tierras indígenas o en que tuviesen interés indígenas serían de competencia del juez de letras de mayor cuantía del departamento en que se encontrare ubicado el inmueble conforme a un procedimiento de única instancia establecido para estos efectos (artículos 53 a 57).

Aunque esta ley permaneció vigente hasta 1979, solo fue aplicada en plenitud durante un año, hasta el golpe militar de 1973 que puso término al gobierno de Allende y a la democracia en Chile. Por lo mismo, un análisis de sus impactos debe considerar también la aplicación de la Ley de Reforma Agraria a favor de los *mapuche*. En efecto, entre 1970 y septiembre de 1973 se expropiaron en la Araucanía un total de 574 fundos, con una superficie total de 636 288,3 hectáreas (Correa et al. 2002). Los predios expropiados en favor de comunidades *mapuche* o con participación de integrantes *mapuche* habrían alcanzado a 138, con una superficie total de 132 115,78 hectáreas. Durante ese periodo se restituyeron tierras consideradas usurpadas de los títulos de merced y también tierras reivindicadas como propiedad ancestral, en su mayoría en las provincias de Malleco y Cautín (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Las tierras expropiadas fueron asignadas a *mapuche*, siendo luego incorporadas como unidades de producción del sector reformado. Tales unidades incluían asentamientos de reforma agraria y cooperativas campesinas constituidas de acuerdo con la ley de 1966, así como centros de reforma agraria promovidos por la administración de Allende. El Estado, a través de Corporación de Reforma Agraria (CORA), apoyó la tecnificación y el desarrollo productivo de las tierras restituidas, a través de programas de cultivos tradicionales, ganadería y leche, así como forestación con pino radiata de tierras erosionadas y de aptitud forestal, constituyendo estas últimas un porcentaje importante de las tierras expropiadas (Molina et al. 2000).

Los esfuerzos realizados durante la administración de Allende por posibilitar la recuperación de las tierras de los *mapuche* vía reforma agraria, respondiendo así a sus reclamos históricos, han sido destacados por distintos analistas (Berdichewsky 1975; Molina 2000; Correa 2002). La cantidad de tierra que les fue entregada en un lapso tan breve de tiempo fue significativa. El apoyo otorgado al desarrollo material de las comunidades en las tierras recuperadas también fue importante.

Sin embargo, al analizar este periodo con la perspectiva que da el tiempo, resulta evidente que las acciones impulsadas por las autoridades, más que estar inspiradas en criterios etnoculturales, tuvieron un fuerte sesgo campesinista, al igual que otras reformas agrarias impulsadas en América Latina en el siglo xx. Tal como algunos analistas que apoyaron el proceso han reconocido, los *mapuche* no siempre estuvieron de acuerdo con las formas de tenencia de la tierra promovidas por el Gobierno. La voluntad de los *mapuche* no siempre fue respetada cuando se tomaban decisiones sobre estas importantes materias (Berglund 1977). Consecuentemente, las políticas que el Gobierno de Allende les aplicó –en el contexto de un proceso de transformación socialista– si bien les favorecieron en muchos sentidos, siguieron estando subordinadas a proyectos no definidos por ellos mismos, sino por la sociedad chilena, tal como había ocurrido a lo largo de la historia republicana.

Por otro lado, dado que a la fecha del golpe de Estado que llevó a la instauración de la dictadura militar encabezada por Pinochet (1973-1990), gran parte de las tierras expropiadas en ese periodo no habían sido tituladas a nombre de los beneficiarios de la reforma agraria, estas serían privatizadas mediante un proceso de regularización de la propiedad, más conocido como la "contrarreforma agraria". Este proceso consistió en la parcelación de tierras (entregadas a campesinos), la devolución parcial o total de los predios expropiados a sus antiguos propietarios o la revocación de la expropiación y el remate de tierras de aptitud forestal.

De acuerdo con la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), en diversas comunas de la Araucanía donde la expropiación había sido relevante, se revocaron gran parte de las expropiaciones. Ello significó que alrededor del 64,7% de las tierras expropiadas fuesen devueltas a sus antiguos propietarios. En el caso de los predios de aptitud forestal, la Corporación de Reforma Agraria mantuvo en su poder 415 053 hectáreas expropiadas en las provincias de Arauco, Malleco y Cautín. Dichas tierras serían más tarde traspasadas a la Corporación Nacional Forestal (CONAF), que habría rematado gran parte a empresas forestales a precios ínfimos (Molina et al. 2000). Esta situación explica, al menos en parte, los conflictos que actualmente tienen las comunidades *mapuche* con las empresas forestales presentes en su territorio ancestral.

1.3.2.6. LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD REDUCCIONAL MAPUCHE

Lamentablemente, la Ley 17.729 de 1972 y la aplicación de la reforma agraria en favor de los *mapuche* constituirían una breve pausa en la larga historia de desposeimiento territorial de este pueblo. Una vez instaurada la dictadura militar en 1973, se inició una fuerte acción represiva en contra de las organizaciones *mapuche*. Como consecuencia de ello, muchos de sus líderes fueron asesinados, encarcelados y torturados por agentes del Estado tal como más tarde fue consignado en los distintos informes sobre graves violaciones de derechos humanos cometidas durante este periodo, entre ellos el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de 1991[118] y el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Otros buscaron refugio en el exilio, donde volvieron a organizarse para defender los derechos de su pueblo[119].

Aunque la Ley 17.729 de 1972 siguió vigente sin modificaciones hasta 1979, la mayor parte de las políticas del Gobierno de Allende que favorecían a los *mapuche*, en particular aquellas relacionadas con la restitución de sus tierras, fueron discontinuadas por la dictadura militar. Gradualmente, sin embargo, y en forma consistente con los postulados neoliberales que inspiraron su actuación en materia económica, una nueva legislación (Decreto Ley 2.568 de 29 de marzo de 1979) orientada a liquidar no solo el sistema reduccional, sino también al pueblo *mapuche* en su integridad sociocultural, fue promulgada en 1979 por la legislatura de facto que modificó radicalmente la Ley 17.729 de 1972.

De acuerdo con este decreto ley, que se proponía "terminar con la discriminación de la que han sido objeto los indígenas" y viabilizar "la aspiración evidente de los indígenas de llegar a ser propietarios individuales de la tierra"[120], la división de las tierras reduccionales podía ser solicitada por cualquier ocupante de una reserva, fuese este indígena o no indígena, al abogado defensor de Indígenas, quien debía iniciar una acción para estos efectos ante el juez competente (artículos 3 y 10). La ley establecía un procedimiento legal expedito, así como la asistencia legal para quienes requirieran la división con el fin de estimularla (artículos 10 a 25). Una vez que esta división fuera aprobada por el juez, las tierras serían asignadas en hijuelas de propiedad individual a quienes habitaban en ella. La propiedad individual había de ser registrada de acuerdo con la legislación ordinaria. Las hijuelas resultantes de la división eran indivisibles, aun por causa de muerte, y no podían ser vendidas hasta veinte años después de su registro como propiedad individual (artículo 26). El mismo decreto ley disponía un procedimiento para la liquidación de la comunidad una vez terminada la división de la reserva, debiendo determinar a los miembros de la comunidad y a los derechos que correspondían a cada uno, incluyendo el derecho a un pago por el valor de sus haberes a quienes, por no estar presentes, no se les adjudicaran tierras[121] (artículo 27 y ss.). La misma normativa, finalmente, puso término al Instituto de Desarrollo Indígena (IDI), transfiriendo sus responsabilidades al Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), entidad dependiente del Ministerio de Agricultura.

Una de las disposiciones más reveladoras de la intencionalidad del Decreto Ley 2.568 fue la que estableció que a contar de la fecha de inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, "las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas sus dueños y adjudicatarios"[122]. Esta disposición

---

118 De los 2.279 casos de muerte documentados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Rettig), 65 corresponden a campesinos y 59 a agricultores independientes, pero no se identifica su origen étnico. Otros informes de derechos humanos hablan de una cifra mucho mayor, señalando que solo en la Décima Región hubo 223 personas asesinadas, cifra bastante mayor a las 68 identificadas por la Comisión Rettig (CODEPU s/f). La Comisión Rettig reconoció la violencia de la represión sufrida por los *mapuche* bajo la dictadura al señalar: "Es necesario destacar la dureza extrema con que se trató a los *mapuche* y a sus familias y la grave dificultad que ha significado para éstos en las zonas más rurales, tener que convivir, en la misma localidad, a veces hasta el presente, con los agentes que causaron las muertes de sus seres queridos. El miedo, la pobreza o la desesperanza llevaron a que solamente un pequeño porcentaje de estas familias practicara, en su oportunidad, diligencias ante los tribunales de Justicia, o hiciera denuncias ante organismos de derechos humanos" (Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación 1991, vol. 1, 361).

119 Ejemplo de ello fue la formación, a mediados de la década de los 70, del Comité Exterior *Mapuche*, organización fundada en Londres que agrupaba a los *mapuche* en el exilio.

120 Considerandos 1º y 3º del DL 2.568 de 1979.

121 Se trata de los llamados derechos de los "ausentes", que debían ser pagados por el Estado (INDAP) a quienes no estaban presentes en la comunidad al momento de su división. El monto a ser cancelado por el Estado para estos efectos era equivalente al valor de su parte en la comunidad.

122 Artículo 1 b). Esta disposición era consistente con los informes presentados durante la dictadura por el Estado chileno al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, en los que se señalaba que en Chile no había indígenas, puesto a que estos eran chilenos.

dejaba en evidencia el verdadero objetivo detrás de esta legislación: terminar no solo con la propiedad comunitaria indígena, sino con el estatus legal de indígena. Ello al pasar a considerar a los adjudicatarios de tierras indígenas individuales resultantes de la división comunitaria como chilenos iguales al resto de la población. La resistencia que esta legislación asimilacionista generó en las organizaciones *mapuche*, así como en la Iglesia católica, llevó meses después a la derogación de varias de sus disposiciones, entre ellas la que ordenada el término de la calidad de indígena de las tierras divididas y de sus adjudicatarios, y a su reemplazo por una nueva legislación (el Decreto Ley 2.570 de 10 de julio de 1979). Las demás disposiciones de esta ley, así como sus objetivos asimilacionistas, sin embargo, permanecieron intactas, como lo demostraría su aplicación práctica en años posteriores.

El impacto que esta legislación tuvo en los *mapuche* y en sus tierras fue significativo. De acuerdo a la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), desde la promulgación del DL 2.568 en 1979 hasta 1988 se dividieron 2 918 comunidades *mapuche* dando lugar a la creación de 73 444 hijuelas con un total de 519 257 hectáreas (cuadros 2 y 3). En promedio las hijuelas asignadas totalizaban una superficie de 7,07 hectáreas[123].

Tomando en consideración el tamaño de las hijuelas individuales asignadas a los *mapuche* durante este periodo, así como las estimaciones sobre el número de personas que vivían en las hijuelas de tierra en las áreas rurales de este pueblo (6,2 en 1982 y 6,3 en 1995)[124], podemos deducir que a cada *mapuche* al que se asignaron tierras a través de este proceso le correspondió en promedio poco más de 1 hectárea.

Cabe señalar además que, si bien el decreto ley prohibía a los nuevos propietarios individuales vender sus tierras hasta veinte años después del registro de su propiedad, este no limitó la celebración de contratos –de arriendo u otros– a través de los cuales se limitaba la propiedad indígena. Esta omisión de la ley hizo posible que personas inescrupulosas se apropiaran de tierras individuales *mapuche* a través de diversos contratos fraudulentos, incluyendo entre otros los arrendamientos por hasta 99 años o la cesión de acciones y derechos, los que proliferaron en la década de los 80[125].

El minifundio al que el proceso divisorio de las tierras reduccionales *mapuche* dio origen, resultaría en el empobrecimiento de las familias rurales. De acuerdo con la encuesta CASEN correspondiente a 1987 (MIDEPLAN 1987) a fines de los 80 en la Araucanía existía un 29,3% de indigencia y un 30,3% de pobres no indigentes, lo que totalizaba un 60% de la población regional bajo la línea de pobreza. Otra consecuencia del mismo proceso fue la aceleración de la migración *mapuche* hacia los centros urbanos, fenómeno que, como se señalara, fue constatado en el censo de población de 1992.

1.3.2.7. LA TRANSFERENCIA DE TIERRAS FISCALES A COMUNIDADES MAPUCHE

Cabe hacer referencia a la política de transferencia de tierras fiscales a comunidades *mapuche* a que dio origen la dictación del Decreto Ley 2.695 de 1979. En consistencia con los postulados liberales de la dictadura que buscaba hacer de los chilenos e indígenas propietarios individuales, la aplicación de esta legislación hasta 1990 significó la transferencia y titulación a *mapuche* de una superficie no menor de tierras consideradas por el Estado como "fiscales", la mayoría de las cuales correspondía en verdad a tierras de propiedad ancestral de comunidades.

En base a un programa impulsado por el INDAP y el DASIN, entre 1980 y 1990 se transfirieron a comunidades *mapuche* un total de 20 080,22 hectáreas en la Región del Biobío y de 30 730,71 hectáreas en la Región de la Araucanía, esto es, un total de 50 810,93 hectáreas. La mayor parte de ellas correspondió a tierras de pastoreo y bosques de araucarias ubicadas en las comunas cordilleranas de Santa Bárbara y Lonquimay (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche 2003).

1.3.2.8. ORGANIZACIÓN Y RESISTENCIA MAPUCHE

Contrariamente a las expectativas de las autoridades de la época, la legislación del periodo dictatorial que intentó liquidar las comunidades

123 El informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato se basa en información de DASIN, 1989.

124 Esta estadística corresponde a un estudio llevado a cabo en la década de los 80 y 90 sobre reducciones *mapuche* en la provincia de Cautín, IX Región (Bengoa 1997).

125 De acuerdo con Aylwin y Castillo (1990), un gran porcentaje de las tierras con potencial turístico, principalmente aquellas ubicadas en las riberas de lagos y ríos, fueron adquiridas por particulares no indígenas durante el periodo a través de este tipo de contratos fraudulentos tolerados por el DL 2.568 y por las autoridades de la época.

reduccionales incidió en el fortalecimiento de la consciencia y organización del pueblo *mapuche*. La amenaza que la división del espacio comunitario reconocido por el Estado chileno a este pueblo con posterioridad a la anexión de su territorio ancestral representaba para su sobrevivencia física y cultural, motivó la creación de diversas organizaciones a través de las cuales canalizaron su descontento y se movilizaron en contra de esta ley y de su implementación.

La primera de estas organizaciones, los Centros Culturales *Mapuche* (CCM) fue creada en 1978. Su accionar estuvo principalmente orientado a denunciar los contenidos del DL 2.568 de 1979 de división de las comunidades. Esta organización, que en 1981 se conformó legalmente como Asociación Gremial de Pequeños Agricultores y Artesanos Ad-Mapu, tuvo una considerable capacidad de movilización y jugó un rol de liderazgo en la lucha contra la imposición de la división de tierras comunitarias *mapuche* (Torres 1991)[126].

En 1983 Ad-Mapu hizo un llamado a las comunidades para que no pagaran sus contribuciones al Estado, se resistieran a los desalojos e ignoraran la división de las tierras comunitarias. Como consecuencia de esta estrategia, la represión en contra de sus integrantes por parte de la dictadura se intensificó y sus dirigentes fueron perseguidos y encarcelados (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003).

Los conflictos al interior del movimiento *mapuche* resultaron más tarde en su fragmentación, debilitando su capacidad para resistir en forma cohesionada las políticas impulsadas por la dictadura. Es así como en la segunda mitad de los 80 surgen nuevas organizaciones *mapuche*, muchas de las cuales, sin embargo, se articularían en función de sus relaciones con partidos políticos chilenos o iglesias[127]. Esta fragmentación solo pudo ser superada al término de la dictadura (1987-1990) con la creación de diversas articulaciones organizativas *mapuche*. Cabe destacar entre ellas a la Coordinadora Unitaria *mapuche* o *Futa Trawun*, entidad creada en 1987 que congregó a diez grupos *mapuche*[128], y la Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile (CTPICH). Esta última entidad, creada en 1988, agrupó a organizaciones representativas de diferentes pueblos indígenas, incluyendo entre ellas a diecisiete organizaciones *mapuche* tanto urbanas como rurales (Aylwin y Besnier 1990). Estas articulaciones, sin embargo, más que confrontar las políticas de la dictadura, orientaron su accionar a la elaboración de propuestas para el reconocimiento jurídico y político de los pueblos indígenas como pueblos diferenciados dentro de la sociedad chilena en el contexto de la recuperación de la democracia en el país.

Aunque el proceso organizativo *mapuche* durante este periodo no tuvo éxito en frenar la política de división de las tierras comunitarias impulsada por la dictadura militar, fue en este contexto que el movimiento logró vincularse estrechamente con pueblos indígenas en otros contextos geográficos, participando en instancias organizativas indígenas a nivel regional e internacional[129], en foros como el del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas y en los debates que llevaron a la adopción en 1989 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Todo ello incidió en la construcción de nuevas visiones y demandas como las orientadas al reconocimiento de su calidad de pueblos y a su derecho a la autonomía y a la libre determinación (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003). Tales visiones fueron centrales en los procesos organizativos *mapuche* verificados en el contexto de la recuperación democrática en 1990, donde ellos lideraron la articulación de los pueblos indígenas

126 Los Centros Culturales *Mapuche* estuvieron inicialmente integrados por dirigentes de noventa comunidades, representando las distintas visiones políticas presentes entre la población *mapuche*. Al cabo de un tiempo agrupaba a más de mil trescientas comunidades urbanas y rurales (Torres 1991).

127 Entre 1984 y 1990 surgieron desde Ad-Mapu tres nuevas organizaciones, conectadas a diferentes partidos políticos de la izquierda chilena. En 1986 se creó Nehuen Mapu, organización vinculada a la Democracia Cristiana y a la Iglesia Católica (Torres 1991). Una excepción en este sentido sería la Junta de Caciques del Butahuillimapu, organización representativa de los *mapuche williche* creada en 1982. Esta organización, basada en la institución tradicional del cacicado, unificó a este pueblo en su lucha contra la división de tierras comunitarias.

128 Esta coordinación tendría corta vida, desapareciendo en 1988.

129 En 1980 el CCM se unió al Consejo Indígena de Sud América (CISA). Ese mismo año, el dirigente nacional Melillan Painemal, fue elegido vicepresidente del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (WCIP). Dirigentes *mapuche* participaron en diversos foros de Naciones Unidas y de otras instancias internacionales denunciando la situación de violación de derechos que vivían sus comunidades (Torres 1991).

iii Esta sección está basada en el capítulo correspondiente al pueblo *aymara*, que consta en el libro *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas*, elaborado por el Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera (LOM, 2003). Este capítulo, a su vez, se basa en un documento inédito elaborado por Marco Cabana Villca para la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el que ha sido revisado y complementado por Nancy Yáñez Fuenzalida.

levantando demandas por el reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales al Estado chileno.

2. El pueblo *aymara*

2.1. EL POBLAMIENTO *aymara* Y SUS ORÍGENES[III]

El pueblo *aymara* ha ocupado el territorio que actualmente posee por algo más de 10000 años. A partir del año 1000 d.C., aproximadamente, los *aymara* se identificaron con la cultura *Tiawanaku*, periodo en el cual alcanzaron su unificación constituyéndose como un pueblo.

Entre los años 1450 y 1530 irrumpen en la zona los *inca*. El periodo de dominación incaico en el territorio *aymara* fue breve, por lo que no logró impactar gravitantemente en la cultura y como consecuencia de ello se preservó la lengua de este pueblo. Si bien los *inca* hablaban *quechua*, no dominaron lingüísticamente el espacio *aymara*. Su presencia, sin embargo, sí produjo la complementariedad económica de la agricultura, la ganadería, la textilería, la cerámica y la religiosidad, donde se manifestó la influencia de la cultura incaica.

2.1.2. *ANTECEDENTES COLONIALES*

A partir de la invasión europea del siglo XVI se produce un quiebre en toda la sociedad andina, tanto en sus estructuras productivas como en las culturales. La ocupación española de las zonas más bajas de la región, especialmente de los valles de Lluta y Azapa y de los poblados de Tarapacá y Pica, favoreció el asentamiento de la población indígena entre la cordillera y el altiplano, produciendo en este territorio una fijación lingüística y étnica que concluirá con una "*aymarización*" del área altiplánica. El pueblo *aymara*, al igual que todos sus contemporáneos, es sometido al régimen de encomiendas, cargado con obligaciones tributarias y reducido a pueblos de indios. Durante este periodo se establecieron los impuestos a las minas y a las actividades comerciales y se reorganizó el territorio conforme a los intereses y leyes impuestos por la Corona española.

En la segunda mitad del siglo XVIII, se suscitan una serie de rebeliones tanto en la sierra peruana como en el Alto Perú, las que habrían tenido relación con la imposición del sistema de repartimientos forzosos, legalizado para Perú por real cédula en 1751. Este sistema tendió a romper la autosuficiencia de los productores campesinos (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003). Tres décadas después, José Gabriel Condorcanqui inició una rebelión que remeció el Virreinato del Perú y se extendió por todo el territorio que corresponde actualmente al sur peruano y boliviano, norte de Chile y Argentina. Dentro de los motivos de la insurrección se consideran el reparto forzado de mercaderías, los abusos cometidos por los corregidores y el aumento de diversos impuestos incluidos en las reformas borbónicas del siglo XVIII (González 2002).

En 1780, el pueblo *aymara* se sumó a la rebelión del *inca* Tupac Amaru (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003). Estas rebeliones tuvieron como consecuencia la implantación de una serie de medidas destinadas a asegurar el buen funcionamiento del régimen colonial. En 1780, se abolió el sistema de repartos en un intento de liberar el comercio, que hasta esa fecha era monopolizado por los corregidores mediante los repartimientos de mercancías. En 1784, debido a los abusos cometidos por los corregidores y siguiendo un proyecto de ordenamiento político-administrativo de corte centralista, se creó el sistema de intendencias, el cual dependería ahora de los subdelegados provinciales, que reemplazarían la figura del corregidor (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

En los momentos previos a la independencia peruana, emergen los denominados "cabildos pueblerinos" y se produce un reforzamiento de la autonomía de las comunidades indígenas. A su vez, se perfila una incipiente burocracia de origen *aymara* que va accediendo al poder local: surge la figura de los "caciques recaudadores". A comienzos del siglo XIX, se manifestaron cambios de importancia en el ámbito político, particularmente en los sistemas de manejo del poder. Después de las rebeliones y al mismo tiempo con el objeto de prevenirlas, la Corona española destina una serie de medidas para acabar con los caciques hereditarios, que se perfilaban como figuras del control político y mediadores entre la administración española y los indígenas locales. En reemplazo de la antigua jurisdicción cacical, advienen los alcaldes de indios elegidos anualmente (González 2002). Además, en los inicios del siglo XIX nacen los Estados nacionales y se abre un periodo que impactará las relaciones de las nacientes Repúblicas con su población criolla, mestiza e indígena (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

2.1.3. EL PERIODO REPUBLICANO PERUANO (1821-1854)

En sus inicios, el Estado peruano no se vinculaba con el altiplano ni con las comunidades andinas del sur. La presencia omnipotente de los hacendados, conocidos como "gamonales", constituía el poder absoluto. Este periodo se caracterizó por las usurpaciones de tierras comunales, trabajo obligatorio en las haciendas y pauperización de la economía de las aldeas y *ayllus aymara*. A pesar de ello, las comunidades gozaban de relativa capacidad para darse a sí mismas un ordenamiento, a través de sus usos y costumbres. Las nuevas fronteras republicanas no lograban aún establecer las barreras para impedir las migraciones de grupos familiares, quienes las atravesaban huyendo de los abusos cometidos por los gamonales y hacendados (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

El nuevo orden republicano transformó a los *aymara* en ciudadanos libres e iguales, postulados jurídicos que excluían cualquier tipo de diferencia. Bajo estos principios se convirtieron en propietarios particulares y accedieron a títulos de dominio sobre sus tierras bajo un régimen de libre disposición (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT, 2003).

La asignación de tierras *aymara* fue suspendida en 1827 producto de conflictos que surgieron como consecuencia de su distribución. Recién en 1928 se vuelve a legislar sobre el acceso a la tierra y se dicta una ley que declaraba que los indios y esta vez también mestizos, serían propietarios de tierras (González 2002).

En 1826 el Estado, presionado por falta de recursos fiscales, reintrodujo el tributo indígena mediante la instauración de la "contribución de indígenas". Aunque con algunas semejanzas, la contribución de indígenas no era la misma que la colonial. Esta se sustentaba en el principio general y más abstracto de que los "indígenas" ya no eran la población colonizada que "tributaba" a sus vencedores, sino ciudadanos que "contribuían" al sostenimiento de su "Estado". Sin embargo, este régimen de tributación fundado en el origen étnico contribuyó a fomentar categorías raciales de raigambre colonial (González 2002).

En el año 1854, el presidente Ramón Castilla abolió definitivamente la "contribución de indígenas". El Estado orienta su acción hacia el desarrollo de la autonomía de las unidades familiares. A la par, los indígenas se vincularán al mercado de fuerza de trabajo como agricultores, peones o jornaleros de la minería metálica y no metálica. El Estado, en tanto, los tratará sin distinción de origen. En este proceso devienen, entonces, varios elementos de cambio: una nueva etiquetación –de indígenas a mestizos y en general al concepto mayor de "andinos"–, una vinculación hacia la unidad doméstica en desmedro de la comunidad y el inicio de un proceso migratorio. Las poblaciones indígenas más afectadas por este proceso fueron aquellas que se asentaban en los valles, y las menos, las del altiplano.

Estos procesos no fueron interrumpidos por la guerra del Pacífico (1879), cuando esta área pasó a jurisdicción chilena. Por el contrario, la expansión de la producción del salitre, así como la multiplicación del comercio, contribuyeron a acentuar los procesos migratorios fuera de las comunidades tradicionales y una mayor conexión mercantil con los centros económicos regionales.

2.1.4. EL PERIODO SALITRERO

Los años de mayor auge del periodo salitrero corresponden a los años 1870-1880. En 1930, el *boom* salitrero colapsa principalmente por las repercusiones económicas de la crisis del 29. No obstante, algunas oficinas salitreras permanecen abiertas hasta la década de los 70. Como producto del desarrollo de la industria del salitre, las comunidades andinas se incorporaron tempranamente a un proceso social y económico plenamente moderno e intercultural en la expansión del ciclo salitrero. Aquí se dieron intensos procesos modernizadores a partir de mediados del siglo XIX, producto del temprano desarrollo de una economía capitalista, orientada a la extracción minera y, consecuencialmente, al desarrollo de los ferrocarriles y de los puertos de exportación.

2.1.5. LA GUERRA DEL PACÍFICO Y LOS TRATADOS DE LÍMITES

La guerra del Pacífico tuvo lugar entre los años 1879-1883. En este conflicto Perú, Bolivia y Chile se disputaron la jurisdicción de las provincias de Arica y Tarapacá que correspondía a una facción del territorio *aymara*. La historia oficial chilena da cuenta de que estos territorios disputados fueron anexados al territorio de Chile tan pronto concluyó la guerra en 1883. Sin embargo, ello no se dio de manera automática. La situación geopolítica de la población *aymara* que habitaba las provincias disputadas quedó subordinada a un plebiscito acordado en el Tratado de Ancón, celebrado en 1883, y que debió realizarse en 1893, hecho que no ocurrió. Esta situación de

indefinición se mantendría hasta 1929, casi cincuenta años después, cuando Tacna se reincorpora a Perú y Arica quedara bajo la soberanía de Chile (Tudela 2002).

La demarcación de las nuevas fronteras después del término de la guerra del Pacífico quedó establecida en el Tratado de Paz y Amistad de 1904, instrumento que no tomó en consideración los límites históricos de las comunidades *aymara* y fragmentó dichos territorios por la imposición de la frontera. No considerar los límites históricos ha conllevado a una serie de conflictos entre *aymara* de Chile y de Bolivia, impidiendo el libre acceso al terreno utilizado por estas comunidades desde tiempos inmemoriales y destinado a las actividades de pastoreo.

2.1.6. LA INCORPORACIÓN DE LOS TERRITORIOS DE ARICA Y TARAPACÁ AL ESTADO DE CHILE: EL PROCESO DE "DESAYMARIZACIÓN" O "CHILENIZACIÓN" (1883-1990)

El pueblo *aymara* identifica este periodo de la historia como de "*desaymarización*", un proceso violento, de amedrentamiento, muerte e imposición de costumbres ajenas e intolerancia. Otros autores lo han denominado "chilenización" (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

El principal efecto del proceso de *desaymarización* sobre las comunidades andinas radica en la imposición ideológica e institucional asociada a la integración forzada de las comunidades *aymara* a Chile, mecanismos aplicados desde el Estado para asegurar la soberanía en los nuevos territorios.

El proceso de *desaymarización* se extiende desde 1879 hasta fines de 1990 y ha consistido ante todo en la implementación de diversas fórmulas tendientes a establecer sólidas estructuras estatales en la región, esto es, municipios y cuarteles de frontera, de acuerdo a los requerimientos estratégicos de cada momento histórico (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara, CVHNT 2003).

Entre los años 1910 y 1929 en las ciudades de Arica e Iquique se formaron las denominadas "ligas patrióticas", cuya misión era perseguir a los ciudadanos peruanos que se asentaban en estos territorios con el fin de expulsarlos. En ese momento se consideró fundamental reforzar la implementación del programa de instrucción a través de la red de escuelas rurales en el sector andino, creando nuevos establecimientos y prohibiendo el ejercicio de la docencia a profesores peruanos. Al dictarse la Ley de Enseñanza Obligatoria o Instrucción Primaria (1917), esta se vuelve un derecho y una obligación en el territorio, y al mismo tiempo una herramienta útil en favor de los intereses nacionalistas de las autoridades chilenas (Tudela 2002).

En el ámbito político-institucional, se implementó un principio republicano y democrático (igualdad formal y soberanía política para los ciudadanos) que abrió paso a un cambio desde la sociedad colonial estamental a una sociedad organizada según un pacto social moderno, que en los hechos fue exclusiva y excluyente respecto de los indígenas. Los indígenas quedaron fuera del proyecto de modernización política que rápidamente adhirió a un pacto social elitista. Con la ruptura del "pacto colonial" no hubo un cambio estructural en la posición de los indígenas dentro de la sociedad nacional. Tras todo este divorcio entre discursos liberales y prácticas conservadoras, lo que se encuentra en el fondo es la igualdad jurídica entre quienes son profundamente desiguales. En la situación creada, los grupos criollos dominantes consolidaron su poder y dominación sobre las poblaciones indígenas (Gundermann 2002).

La nueva institucionalidad abre la comunidad hacia un espacio sociopolítico diferente que socava el respeto por las autoridades tradicionales. Estas fueron parcialmente reconocidas por las autoridades chilenas, pero los títulos, cargos y responsabilidades en las localidades rurales fueron redefinidos. En algunas comunidades se establecieron subdelegados y jueces de Subdelegación (Belén, Putre y Codpa); en otras, inspectores y jueces de distrito (Caquena); en otros lugares se nombraron "cabos celadores" o vigilantes (Guallatire), pero todas estas autoridades tenían que obedecer las instrucciones directas del gobernador provincial (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

Este tipo de intervenciones buscaba en el plano social configurar estructuras de poder favorables a la nación chilena, tal como sucedió con la creación del Repartidor de Agua y las Juntas Locales de Desarrollo. Estos cambios condujeron a la desestabilización de las instituciones tradicionales de organización que caracterizaban al *ayllu*-comunidad de la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, ante estos hechos emergió la resistencia por parte de algunos líderes *aymara*, como Antonio Mollo (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

La creación de la escuela fue una herramienta eficaz que buscaba la homogeneización cultural, ideológica, lingüística e institucional.

Como dato ilustrativo de este agente de cambio, la primera escuela chilena que se estableció en Putre, lo hizo el año 1905 y hacia 1925 todas las localidades contaban con una escuela.

Las comunidades *aymara* sustentaron en gran parte la explotación minera de la región, lo que implicó un cambio en las economías tradicionales. La mano de obra *aymara* y el abastecimiento alimenticio también provisto por sus comunidades, fueron fundamentales para el desarrollo de las actividades mineras: primero el salitre en Tarapacá (1860-1925), luego el azufre en Arica (1900-1950) y finalmente la industria del oro (1960-1990). Para responder a esta demanda, las comunidades reorientaron su economía modificando cultivos, aumentando la producción de ciertas especies más demandadas y emprendiendo nuevas actividades. Al mismo tiempo, se introdujeron mecanismos ajenos a los tradicionales, tal como la moneda (comercio) y el trabajo asalariado (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara 2003).

La incorporación al mercado minero no es completamente uniforme. En las zonas de valles es más integral que en las tierras altas, donde la relación se basa principalmente en el mercado de productos agropastoriles. Por otra parte, también hay diferencias respecto de la zona andina de Arica. En esta, más que una relación con la minería del salitre, se desarrolló durante el siglo XIX una participación andina en el arrieraje que conectaba el puerto de Arica con el norte de Bolivia (región de La Paz). Con intermitencia se mantuvo activo también un mercado de la fibra de camélidos sustentado por criadores de alpacas en las alturas del área. La arriería entra en crisis con la puesta en funciones a principios del siglo siguiente del ferrocarril Arica-La Paz, pero esta misma vía favorece el desarrollo de la minería del azufre en Tacora y otras actividades extractivas de alta montaña, donde los pobladores andinos de la región se insertan.

El mundo agroandino así estructurado se reorganiza parcialmente durante el periodo de la crisis salitrera. Durante las dos décadas finales del siglo XIX y las primeras cuatro del siglo XX, la dependencia de los mercados de fuerza de trabajo disminuye progresivamente y la de productos campesinos se reorganiza para el abastecimiento urbano. El vacío dejado por el cierre de los mercados de fuerza de trabajo minero, de servicios conexos y de arrieraje se llena con las migraciones que, primero, siguen la estela de las migraciones obreras y, después, transitan la ruta de la economía andina del abastecimiento hortofrutícola urbano y de combustibles vegetales (Gundermann 2002).

En la medida en que la economía *aymara* se acomoda y transforma según los avatares de los procesos económicos y sociopolíticos regionales, la condición campesina de esas economías se modifica. Por lo pronto, se asume una economía considerablemente más heterogénea y, por lo tanto, diferenciada.

Paralelamente a estos procesos económicos se fueron consolidando cambios en el sistema de propiedad. En 1911 las tierras *aymara* son consideradas fiscales y se aplica sobre ellas el artículo 590 del Código Civil, que dispone que las tierras que no pertenecen a nadie se reputen de propiedad fiscal. Bajo este mecanismo, el Estado solo reconoció la propiedad individual constituida bajo el imperio de las leyes liberales y consideró terrenos baldíos y, por tanto, de propiedad fiscal, todos aquellos que eran de propiedad común.

Desde los años de 1930 a 1973, el pueblo *aymara* experimentó presiones ideológicas basadas en una visión chilena de progreso, identidad nacional y civilización. Los programas públicos han incentivado el asistencialismo y un desarrollo basado en conceptos occidentales de "desarrollo".

Entre los años de 1930 hasta la década de 1960, los Gobiernos se ocuparon en impulsar planes y programas de desarrollo en los sectores productivos asociados a los centros urbanos costeros. Pero no fue hasta la década de los 60 que las comunidades indígenas son incorporadas a los beneficios del "progreso" y del desarrollo socioeconómico. Aun así, la población *aymara* no fue objeto de un verdadero programa de desarrollo. A contar de 1958, año en que se crea la Junta de Adelanto de Arica, se inician programas de asistencia técnica, médica, escolar y de urbanización (Tudela 2002). Diversas instituciones fiscales, tales como CORFO (Corporación de Fomento a la Producción), ORPLAN (Oficina de Planificación Regional), MINVU (Ministerio de Vivienda y Urbanismo), la Universidad de Chile y la Universidad del Norte, elaboraron estudios y proyectos donde el denominador común fue establecer programas de desarrollo de tipo asistencialista (Tudela 2002).

Durante el gobierno de Salvador Allende Gossens (1970-1973) se produjeron cambios en la visión y enfoque de las autoridades sobre el desarrollo regional que se reflejaron en la relación del Estado con la población indígena de la zona. Esta nueva mirada se ve reflejada en la Ley 17.729 de 1972, la que como se señalara, reconoció a los indígenas desde una perspectiva cultural, con prescindencia de su ubicación

geográfica. Dicha ley, además, promovió el desarrollo económico y social indígena a través de cooperativas comunitarias (Tudela 2002).

Posteriormente, el Gobierno militar generó un retroceso en el reconocimiento de los derechos de los *aymara*, porque quedaron sin aplicación los cuerpos legales que habían sido promulgados en el gobierno de Salvador Allende. La intervención militar en los territorios de la Primera Región respondió también al interés de consolidar las fronteras. De este modo, la presencia activa del Estado y de las fuerzas armadas, era constante en estas zonas por su importancia geopolítica. Asimismo, la municipalización del espacio andino fue una acción derivada de la reforma político-administrativa de principios de la década de 1980, con la cual se pretendió la descentralización: a través de la implementación de las municipalidades fronterizas de orientación asistencialista, se continuaba con el proceso de *desaymarización*, apoyado con la creación de las escuelas fronterizas (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Aymara CVHNT 2003).

Un hecho importantísimo que está en directa relación con los recursos vitales del desierto y la supervivencia del pueblo *aymara* es el acceso y manejo del agua. Un grave problema para estas comunidades es la vigencia del Código de Aguas (DFL 1.222), dictado en 1981, mediante el cual se otorga a los particulares un derecho real de aprovechamiento de las aguas que pasa a ser de propiedad del titular, quien puede usar, gozar y disponer de su derecho en conformidad con la ley. Este derecho es transferible, transmisible y prescriptible, y se constituye por un acto de autoridad, independiente de si el solicitante es dueño o no de la tierra donde está ubicada el agua y si hace o no uso efectivo de la misma. Analizaremos en detalle esta legislación en un capítulo posterior, pero en este punto del análisis debemos consignar que, como consecuencia de la aplicación de esta normativa, comienza un progresivo desecamiento de vegas y bofedales de los *aymara* (Núñez 2002). Esto se vio agravado porque, bajo el gobierno militar, las presiones del mercado hacia la enajenación de los recursos productivos indígenas, como por ejemplo el agua para surtir los enclaves mineros, fue facilitada por las políticas y legislación orientada en los principios del libre mercado (CVHNT/GTRH 047 2002).

Con la transición a la democracia, a través del Pacto Nueva Imperial (1989), surge una nueva relación entre el pueblo *aymara* y el Estado de Chile. En el marco de este acuerdo, como veremos más adelante en este capítulo, la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, reconoce a la "etnia" *aymara* como una de las etnias indígenas de Chile, estableciendo, por primera vez, derechos específicos a las personas y comunidades *aymara* sobre sus tierras, aguas y costumbres.

La situación actual de las tierras *aymara* ha sido definida mediante un catastro levantado en 1998 por el Ministerio de Bienes Nacionales, en conformidad con el mandato impuesto a este organismo por la Ley 19.253, que ordenó la ejecución de un plan de saneamiento para tierras *aymara* y atacameñas de la I y II Región. Según el catastro, las tierras *aymara* ubicadas en el altiplano de la región de Arica-Parinacota y Tarapacá corresponden a 190 propiedades. De estas, 30 ocupaciones (15,8%) corresponden a tierras fiscales, y 160 (84,2%) son de propiedad *aymara*, predios estos últimos que tienen en conjunto una superficie cercana a 1 400 000 hectáreas. Las tierras *aymara* representan en la comuna de General Lagos, provincia de Parinacota, el 95% de la superficie comunal; en Putre representan el 45%; en la comuna de Camarones, provincia de Arica, el 10%; en la comuna de Colchane, provincia de Iquique, el 70%, y en la comuna de Pica, el 10% de la superficie comunal.

También hay propiedad agrícola *aymara* constituida en las quebradas altas y bajas que nacen en el altiplano y bajan hasta la costa o la pampa intermedia en los oasis y en la Pampa del Tamarugal. Las quebradas son Azapa, Camarones y Tarapacá; los oasis, Mamiña, Pica-Matilla y Guatacondo, y las zonas de la Pampa del Tamarugal corresponden a los sectores de Huara y Pozo Almonte.

En las últimas décadas se constituyeron áreas silvestres protegidas, dependientes del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), en los territorios de propiedad y tenencia *aymara*, áreas que, en algunos casos, se superpusieron a los títulos de dominio de las comunidades de este pueblo. De esa manera, en el altiplano se traslapan tierras *aymara* con las áreas protegidas correspondientes al Parque Nacional Lauca, a la Reserva Nacional Las Vicuñas y al Monumento Natural Salar de Surire, de una superficie conjunta de 311 906,7 hectáreas, que cubren 9 propiedades fiscales y 59 propiedades *aymara*. Esta superposición de dominios se da también en la comuna de Colchane, provincia de Iquique, entre el Parque Nacional Volcán Isluga y las comunidades lugareñas.

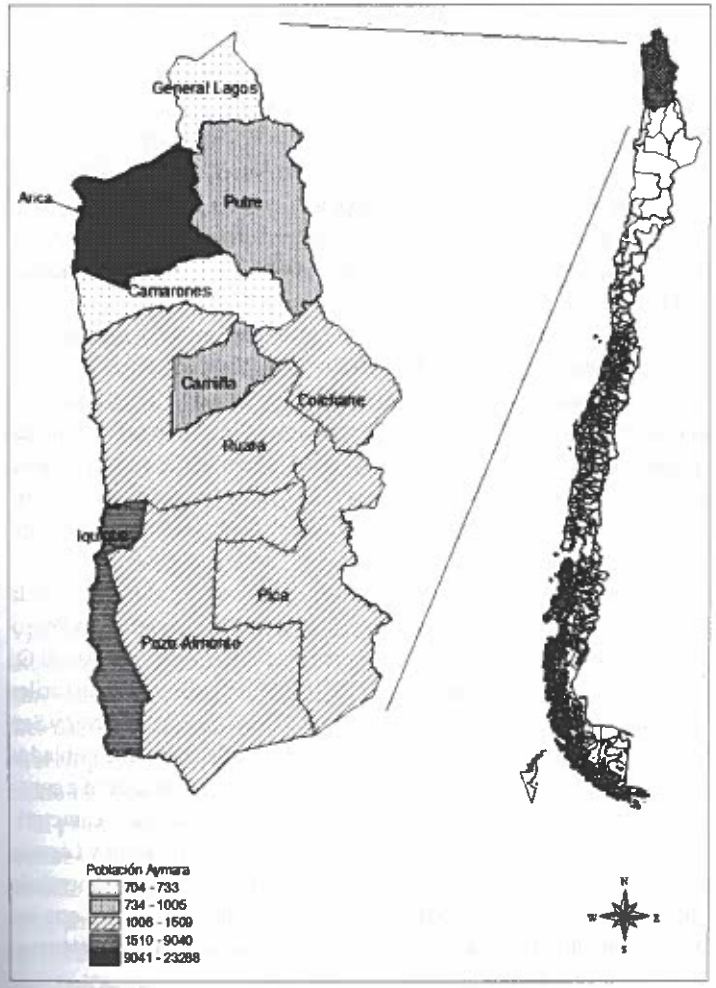
Cabe notar que uno de los argumentos esgrimidos por las autoridades gubernamentales para postergar el reconocimiento de la propiedad indígena en estos territorios es bastante paradójico; a saber, el deseo

de proteger el ecosistema de la zona, habida cuenta de su extrema fragilidad y su gran valor ambiental. Las autoridades de Gobierno sostienen haber advertido los posibles peligros que entrañan los intereses mineros en la zona, y han hecho hincapié en que estos podrían comprometer seriamente el equilibro ambiental del territorio, toda vez que las empresas podrían aprovechar la circunstancia de que estas tierras son traspasadas a los indígenas precisamente para eludir las obligaciones ambientales que emanan del SNASPE. Pero lo cierto es que, en la práctica, ha sido el propio Estado el que ha soslayado sus obligaciones ambientales y ha permitido la instalación de proyectos mineros en estas áreas protegidas, como lo atestiguan la situación de la mina Choquelimpie[130], de Minera Vilacollo[131], y la explotación de bórax y sales minerales por la compañía chilena Quibórax S.A en el salar de Surire.

130 El terreno correspondiente a tales pertenencias está parcialmente emplazado sobre el perímetro de la Reserva Nacional Las Vicuñas, zona declarada de interés científico para efectos mineros, en virtud del DS N°129 de 1983 del Ministerio de Agricultura. Debido a ello, la realización de esas labores mineras requirió la obtención de un permiso expedido al efecto por el presidente de la república, mediante DS 36 del 12 de abril de 1988, en cumplimiento de lo estatuido por las normativas vigentes con respecto a la Minera Vilacollo (Areaminera 2002).

131 Sociedad Contractual Minera Vilacollo, empresa controlada por Minera Can-Can S.A, en la que participan la Compañía de Petróleos de Chile S.A (Copec S.A, 51%) y el grupo local QDS (49%). Hoy día Vilacollo está ejecutando un proyecto de 15 millones de dólares consistente en la construcción de dos túneles, uno de 120 y otro de 400 metros, destinados a la explotación subterránea del mineral sulfurado. Las obras complementarán un túnel ya existente. El proyecto tiene como objetivo explotar reservas cercanas a 1,5 millones de toneladas, con 14 gr/ton de oro equivalente, para producir cerca de 120 000 onzas anuales de oro contenidas en concentrados, a un costo del orden de 200 dólares la onza. La mina Choquelimpie fue explotada en los años 80 en forma conjunta por la Citiminera, la Billiton plc (filial en ese momento del grupo The Royal Ducht Shell) y por la empresa canadiense Northgate Exploration Limited.

Mapa IV. UBICACIÓN DE POBLACIÓN AYMARA EN CHILE.



FUENTE: RUBÉN SÁNCHEZ, OBSERVATORIO CIUDADANO. SEGÚN DATOS DEL CENSO DE POBLACIÓN Y VIVIENDA DEL AÑO 2012.

3. El pueblo *lickanantai, kunza* o atacameño[iv]

3.1. EL POBLAMIENTO ATACAMEÑO Y SUS ORÍGENES

La ocupación humana de la zona de San Pedro de Atacama se estableció hace 10 000 años, luego de la estabilización del clima posglacial (Núñez 1991). Esta se desarrolló en los sectores más altos del territorio, entre la puna y la prepuna, concentrándose en las cuevas de San Lorenzo, Tuina y Chulqui. La información arqueológica da cuenta de que los primeros *lickanantai* se caracterizaron por su trashumancia y actividad de caza, que les proporcionaba carne, lana y huesos y los proveían de vestimentas y objetos de abrigo (Llagostera 2004).

A partir del primer milenio (a.C.) se registra la presencia de asentamientos humanos en los sectores de Tilocalar, Chiu Chiu y Lasana. Los datos arqueológicos evidencian que en el pequeño Oasis de Tilocalar hacia el año 1200 (a.C.), habitaban poblaciones que se dedicaban a la crianza de llamas y al cultivo de maíz, papas, quínoa y zapallos. La adopción de la alfarería sugiere que estas comunidades estaban en contacto con otros pueblos del noroeste argentino y del altiplano boliviano (Fundación Minera Escondida 2000).

El asentamiento de las poblaciones de cazadores y el desarrollo de la actividad agrícola y pastoril marcarán el sello de la cultura San Pedro. La cultura San Pedro se desarrolló entre el año 100 (a.C.) y el 900 (d.C.) y se caracterizó por el asentamiento de comunidades agropastoriles que habitaban sitios como Tulor, Lasana, Chiu Chiu, Coyo, Beter y San Pedro (Fundación Minera Escondida 2000). Junto con estos poblados en el valle del río Loa, alrededor del año 400 (d.C.), comenzaron a construirse los *pukaras*, fortificaciones que marcaron una época caracterizada por el desarrollo urbanístico de zonas como Chiu Chiu y Lasana. Los *lickanantai*, a lo largo de su curso histórico, se han contactado y mezclado con otros pueblos. Sin embargo, mantienen rasgos culturales que los diferencian de los pueblos que viven en el río Loa superior y que corresponden a otros grupos andinos como los *charkas* o los *aymara*.

Los *lickanantai* hablaban la lengua *kunza* y se diferenciaban de los pueblos vecinos por su uso del espacio, cultura y régimen de contactos fronterizos que se caracterizaban por la transversalidad y su vinculación con espacios y poblaciones que geográficamente estaban muy distantes entre sí (CVHNT/GTRH 047 2002). La zona de emplazamiento de la cultura *lickanantai* era el área comprendida entre el río Loa y la cuenca del salar de Atacama (con territorios complementarios hacia el este y oeste). Se desplazaban hacia las tierras altas de la puna salada y a las quebradas orientales que descienden por la llanura chaqueña; también hacia los valles y oasis del desierto atacameño, de Tarapacá, de Copiapó y a las nacientes quebradas altas ubicadas en el territorio de los chichas en Bolivia (CVHNT/GTRH 047 2002).

El desarrollo de esta cultura se caracteriza por una agricultura avanzada; uso de piedras preciosas como la turquesa y explotación metalúrgica, que fueron aplicados en objetos ceremoniales de estatus ritual. Con el correr de los tiempos se transformaron en caravaneros especializados en cruzar el desierto y a través de este movimiento sacaron su riqueza excedentaria hacia afuera del territorio y trajeron en el retorno lo mejor del mundo andino. El sistema de caravanas fue importante porque enriqueció al pueblo *lickanantai* o *kunza* precolombino y le permitió traer toda la modernidad del mundo andino hacia los territorios de Atacama (Núñez 2002).

3.2. LA INFLUENCIA CULTURAL DE *TIAWANAKU*

A partir de la segunda mitad del primer milenio (d.C.), las poblaciones altiplánicas portadoras de la denominada cultura *Tiawanaku* produjeron cambios sustantivos en la vida de los *lickanantai*. *Tiawanaku* fue una sociedad integrada por un Estado de existencia milenaria que se desarrolló en el altiplano del lago Titicaca y desde allí ejerció una fuerte influencia económica, política, religiosa y cultural en la región atacameña.

El primer periodo de influencia *Tiawanaku* se conoce como fase Quitor y se puede ubicar entre el año 400 y 700 (d.C.). Durante este periodo la cultura San Pedro contaba con una economía agroganadera complementada con un intenso tráfico interregional que consolidó las relaciones del señorío de San Pedro con el Estado de *Tiawanaku* (Fundación Minera Escondida 2000). El segundo periodo de influencia *Tiawanaku* se conoce como fase *Coyo* y comprende entre el año 700 y 900 (d.C.). Durante esta fase parece ser que las relaciones armónicas que caracterizaron el periodo anterior se esfumaron, dando lugar a tensiones con *Tiawanaku*. Los antecedentes arqueológicos dan cuenta de un aumento en la confección de armas, como mazas y hachas, y del hallazgo de restos humanos con señas de heridas violentas (Fundación Minera Escondida 2000).

iv Sección elaborada por Nancy Yáñez.

Las influencias artísticas y culturales de la cultura *Tiawanaku* se pueden reconocer en la existencia de tabletas y tubos ceremoniales para el consumo de alucinógenos, finamente tallados con motivos propios de ese pueblo; en los coloridos diseños de los tejidos, cesterías, vasos-retrato (*keros*) de madera u oro, y en otros artefactos de uso ceremonial. También en la adopción de prácticas de deformación craneana y costumbres funerarias características del *Tiawanaku*: los cuerpos eran enterrados cubiertos con cueros de auquénidos y las cabezas envueltas totalmente con hilo negro, quedando descubierta la cara. Como ofrendas se incluían cestería, bolsas finamente tejidas que contenían quínoa, conchas de ostión y loco y restos de pescados, cintillos de plumas de aves tropicales y cucharas de madera (Fundación Minera Escondida 2000).

Las evidencias arqueológicas demuestran la existencia de una sociedad estratificada socialmente en la que posiblemente coexistían grupos étnicos diferenciados en el conjunto de la cultura atacameña.

3.3. PERIODO DE LOS DESARROLLOS REGIONALES

Los desarrollos regionales corresponden al periodo comprendido entre el año 900 y 1450 (d.C.) Este periodo comparte varias características en todo el norte de Chile, como la presencia de poblaciones altiplánicas que hacen uso simultáneo de diferentes pisos ecológicos y presionan económica y políticamente para la obtención de recursos y productos. Se trata de una etapa de gran actividad con intenso tráfico de caravanas, con el establecimiento en todo el norte de Chile de colonias de inmigrantes altiplánicos en lugares geográficos claves, lo cual dio lugar a un reordenamiento social del espacio tradicional de la cultura atacameña (Fundación Minera Escondida 2000).

Tiawanaku comienza a perder hegemonía en la zona del salar de Atacama y empiezan a emerger nuevos tipos de relaciones a partir de sociedades altamente competitivas cuyo resultado es la consolidación étnica de la cultura atacameña a partir del desarrollo regional. Este periodo se conoce como fase Solor y corresponde a esta época la construcción del *pukara* de Quitor, que consiste en una edificación con muros de piedras que comprende más de 160 recintos destinados a habitaciones, plazas, pasadizos y silos para el almacenaje de alimentos y albergó a una población de hasta cuatrocientos *lickanantai*. Los agricultores habitaban en las numerosas aldeas del señorío de San Pedro, pero se refugiaban en el *pukara* de Quitor cuando se generaban conflictos, especialmente con las colonias o los invasores altiplánicos. Se construyeron terrazas de cultivos en las quebradas y kilómetros de canales de regadío, cuyas aguas alimentaban oasis ubicados en la planicie del borde norte del salar de Atacama (Fundación Minera Escondida 2000).

En época de los desarrollos regionales, los *lickanantai* se expanden territorialmente. Disputan las tierras de Turi en el alto río Salado; Lasana, en el río Loa medio, y otras en los oasis de Chiu Chiu y Quillagua. Se mezclaron con los grupos de la región de Lípez, en el altiplano boliviano, y se instalaron en el curso superior del río Salado. Este periodo de expansión se conoce como fase Toconce y se caracteriza por la presencia de aldeas, entierros ubicados en abrigos rocosos, la construcción de torreones ceremoniales o *chullpas* y la utilización alfarería similar a la que se encuentra en Lípez, Bolivia. En el salar de Atacama, se reducen las relaciones con pueblos del noroeste argentino. No obstante, los *lickanantai* mantuvieron vínculos con los grupos de origen *chichas* asentados en la Quebrada de Humahuaca. Se generan cambios rituales, desaparece el uso ceremonial de alucinógenos y son reemplazados por la utilización de la coca, propia de la cultura *inca*. En efecto, el periodo de los desarrollos regionales termina con la dominación incaica (Fundación Minera Escondida 2000).

3.4. EL PERIODO DE ADMINISTRACIÓN INCAICA

La expansión del imperio *inca*, el *Tawantinsuyo*, en el área de San Pedro de Atacama, se atribuye al *inca* Tupac Yupanqui, quien gobernó el imperio entre los años 1471 a 1493. La campaña de conquista de Tupac Yupanqui se extendió sobre el altiplano boliviano, el noroeste argentino y el territorio chileno hasta las inmediaciones del río Biobío.

La dominación incaica del territorio atacameño fue impuesta enérgicamente. Hubo enfrentamientos con grupos refugiados en los *pukaras* de Lasana y Quitor por el control de los valles y oasis más fértiles y la instalación de las huestes incaicas en los *ayllus* de Turi, Caspana, Calama, Chiuchiu, San Pedro, río Grande, etc. La estrategia *inca* de ocupación apuntaba a aprovechar la infraestructura tecnológica de regadío y cultivo y las zonas más aptas para el apacentamiento de llamas y alpacas. Asimismo, la dominación *inca* se emplazó en los cerros *Chuqui Camac* (Chuquicamata), donde se valió de la tecnología y conocimientos ancestrales *lickanantai* para extraer el mineral.

Consolidado el dominio militar, el imperio *inca* implementó una estrategia política que le permitiría consolidar su expansión y que se basaba en tres elementos fundamentales: reorganización de la población

atacameña bajo la administración central, mediante el nombramiento de funcionarios dependientes del *inca*; imposición del culto solar y oficialización del idioma *quechua*.

La administración *inca* fue breve: duró aproximadamente sesenta años y no logró imponerse totalmente sobre la cultura atacameña, pues, a pesar de la fuerza del imperio, la lengua originaria *kunza* se mantuvo (Fundación Minera Escondida 2000).

3.5. ORGANIZACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA DEL PUEBLO *LICKANANTAI*

La organización social y política propia del pueblo *lickanantai*, y que ha imperado hasta nuestros días, es el *ayllu*. Es probable que este sistema se haya consolidado en la época del *Tawantinsuyo*, donde se impuso un sistema de organización propia para los poblados originarios.

El *ayllu* comprende diversos aspectos sociales y políticos. En el aspecto social, se concibe como una comunidad compuesta de varias familias cuyos miembros están emparentados. Las familias y, por consiguiente, los individuos están unidos por una genealogía mítica vinculada a antepasados remotos. Además del parentesco, el *ayllu* está determinado por una unidad territorial, la tierra que ancestralmente han habitado sus miembros y sobre la que abrigan un sentimiento de posesión. Las tierras y pastos que constituyen el *ayllu* son bienes comunes que se explotan de manera cooperativa.

La organización política y de gobierno de un pueblo o aldea consistía en una jefatura con un consejo de ancianos. Cada miembro del consejo poseía tierras y derechos de agua que compartía comunitariamente con su grupo de parientes y tenía que ocupar el cargo de jefe de su pueblo. Durante el período *inca*, correspondía a cada jefe relacionarse con el *curaca* o administrador perteneciente a la nobleza *inca*, mientras que el Consejo de Ancianos se encargaba de organizar los trabajos comunitarios, como la limpia de canales, las fiestas y las ceremonias (Fundación Minera Escondida 2000).

3.6. LA INVASIÓN ESPAÑOLA

La primera expedición española al territorio atacameño fue la de Diego de Almagro en 1535, con la que se inició la conquista de Chile. Almagro, frustrado en sus expectativas al no encontrar riquezas y oro en el reino de Chile, decide retornar a Cuzco atravesando penosamente el desierto de Atacama y arribando a San Pedro en 1536, donde realizó acciones de robo y violencia contra los lugareños para conseguir abastecimiento y pertrechos para sus huestes. La segunda expedición fue la de Pedro de Valdivia en 1540. Valdivia se adentró en el territorio de Chile, conocido como "Nueva Toledo", siguiendo la ruta del desierto de Atacama. En San Pedro, también conocido como "Atacama la Grande", Valdivia inició la construcción de la iglesia de Toconao y ordenó levantar una casa para quien invistiera el cargo de gobernador hispano. En Chiu Chiu, conocido como "Atacama la Chica", Francisco de Aguirre, quien en 1540 se unió a las huestes de Valdivia, fundó ese mismo año un poblado que cumpliría funciones administrativas de importancia y serviría de nexo entre el naciente reino de Chile y el Alto Perú.

La invasión del territorio atacameño fue repelida por los habitantes originarios. Entre 1536 y 1540 se registraron diversas insurrecciones atacameñas en contra de los españoles, las que culminaron con la batalla de Quitor en junio de 1540, donde resultaron vencidos los señores del desierto. Sin embargo, la victoria hispana no se proyectó en el tiempo. Entre 1543 y 1557 el pueblo *lickanantai* o *kunza*, denominación vernácula del pueblo atacameño, empuña armas contra los españoles y establece una hegemonía indiscutible en su territorio. Los guerreros *lickanantai* logran resistir la presencia invasora durante veinte años, hasta que la Real Audiencia de Lima ordenó al corregidor y encomendero Juan Velásquez Altamirano la pacificación del territorio.

En 1557 se estableció un acuerdo que consolidó el dominio español, previa capitulación de los caciques *lickanantai*. A la suscripción del tratado de paz comparecen en representación de este pueblo los siguientes caciques: don Juan, cacique principal, y los caciques Canchila, Lequite, Lequitea, don Francisco, don Diego, Capina, Vildorpo, Vildopopoc y Ctacata. Mientras que por la Corona de España, en representación del marqués de Cañete, virrey y capitán general de los reinos del Perú, firma el documento don Juan Velásquez Altamirano.

El corregidor Velásquez entregó a los españoles encomiendas que incluían tierras e indios para ser explotados en las actividades mineras y agropastoriles, iniciándose además el proceso de evangelización. Hacia 1590 se funda en el *ayllu* de Beter un "pueblo de indios" destinado a agrupar a los *lickanantai* dispersos y controlar los tributos de la encomienda.

3.7. EL ORDEN COLONIAL

Con la administración española, en el año 1559, el distrito de Atacama formó parte de la Audiencia de Charcas, perteneciente al virreinato del

Perú. Dos siglos después, año 1776, se integró a la provincia de Potosí, bajo el virreinato de la Plata. Los límites del distrito de Atacama eran: al norte, el río Loa; al sur, Peine: al oriente, la alta puna de Atacama, y al poniente hasta la costa, el puerto de Cobija.

La provincia se organizaba en dos sectores: Atacama la Baja o la Chica y Atacama la Alta o la Grande. Atacama la Baja estaba constituida por el pueblo de Chiu Chiu y los *ayllus* de Calama, Caspana, Ayquina y Toconce. Atacama la Grande, abarcaba el pueblo de San Pedro y los *ayllus* conde Duque, Solor, Sequitor, Soncor, Solcor, Coyo, Beter, Cantal, Acapana, Toconao, Socaire, Peine y Camar.

La autoridad civil de mayor jerarquía a nivel de virreinato era el virrey del Perú, en la primera etapa, y el virrey del Río de la Plata, en el segundo período colonial. Bajo el virrey estaba la Real Audiencia, tribunal encargado de administrar justicia en el territorio atacameño. Era órgano de carácter colegiado cuya máxima autoridad era su presidente. También existía el fiscal protector de Indios, que ejercía una labor específica de protección de los derechos de los indígenas (Fundación Minera Escondida 2000).

En el ámbito provincial, la máxima autoridad era el corregidor, autoridad política, administrativa y judicial. En ejercicio de su labor judicial estaba encargado de conocer los casos y dictar sentencia sumaria con obligación de remitir informe a la Real Audiencia. Además recaudaba los tributos, debía aplicar las leyes, regular el comercio local y hacer cumplir lo ordenado sobre el buen trato a los indígenas. Actuaba como juez de indios para dirimir asuntos que tenían incidencia en la población indígena y cumplía el rol de alcalde mayor de Minas (Fundación Minera Escondida 2000).

El orden colonial hizo subsistir algunas autoridades indígenas. La máxima autoridad era el gobernador de indios, quien actuaba de intermediario entre indígenas y españoles, tenía competencia en asuntos que eran propios del pueblo indígena y debía ejercer su jurisdicción sujeto a las leyes españolas. Existía otra autoridad que recibía la denominación de "segunda persona", quien reemplazaba al gobernador en caso de enfermedad o ausencia y le prestaba colaboración en materias indígenas. El cacique o *curaca*, la autoridad étnica por excelencia, era el jefe y ejercía su jurisdicción dentro del *ayllu* al que pertenecía. No obstante, el nombramiento de los caciques o *curacas* durante el período colonial correspondía a los corregidores y no al *ayllu*: las familias herederas de cacicazgos levantaban una propuesta que presentaban al gobernador y este elegía a la autoridad tradicional. El espectro de autoridades indígenas lo completaban los siguientes entes de gobierno: el alcalde mayor, cargo de carácter vitalicio que cumplía funciones de intermediación entre los alcaldes ordinarios que integraban el cabildo indígena y los caciques cobradores de tributo y el corregidor; el alcalde, un cacique que integraba el cabildo indígena –órgano colegiado donde se administraban los intereses comunitarios– junto con otros caciques, y el alguacil, indígena que cumplía funciones de carácter policial dependiente del cabildo indígena y del corregidor (Fundación Minera Escondida 2000).

El régimen colonial introdujo en el territorio atacameño la encomienda y la merced de tierra. Entre los siglos XVI y XVII se otorgaron en este territorio dos encomiendas y una merced. Una de las encomiendas fue concedida a Juan Velásquez Altamirano al interior de la región y data del siglo XVI. La segunda encomienda, del siglo XVII, fue concedida a Francisco de Riberos Figueroa en el litoral. La merced de tierras benefició al corregidor de Copiapó y estaba localizada dentro de la encomienda otorgada a Riberos Figueroa.

El territorio *atacameño* y sus ocupantes debían tributo a la Corona. Los *lickanantai* fueron reducidos a pueblos de indios y obligados a pagar un tributo. La encomienda del siglo XVI se disolvió paulatinamente en el tributo personal. Los indios pagaban un tributo por cabeza y desde 1578 fue establecido que este tributo personal lo pagaran solo los indios de entre 18 a 50 años. La provincia de Atacama quedó excluida de la mita de Potosí y Huancavelica que las Ordenanzas Toledanas[132] imponían a las provincias del virreinato del Perú, y que consistían en enviar un séptimo de su población a trabajar a las minas de Potosí. Sin embargo, la población *lickanantai* no estaba eximida de la obligación de pagar mitas locales que los obligaban a trabajar en las minas o tierras del corregidor. Estas circunstancias generaron un fuerte proceso migratorio atacameño hacia el noroeste argentino y la zona sur de Bolivia, con el objeto de evadir el pago de contribuciones territoriales y personales (Casassas 1974; Hidalgo 1978; CVHNT/GTRH 047 2002).

Desde el siglo XVI al siglo XVIII, la evangelización fue intensa. Desde el año 1536 hasta fines del siglo XVII, se desarrolló un complejo proceso conocido como extirpación de idolatrías, con el que se pretendía

132 Las Ordenanzas Toledanas impusieron un sistema de mita colonial que proveía de mano de obra a la villa de Potosí para el trabajo en las minas del cerro Rico. A partir de la visita general del virrey Toledo que se llevó a cabo en el virreinato del Perú entre los años 1570-1575, fueron sometidos a tasación 16 provincias y 119 pueblos. Bajo las mismas ordenanzas fueron exonerados de contribuir a la mita los altos de Arica y Atacama, entre otros (Gutiérrez 2005 [Gil García 2005])

eliminar las creencias y símbolos indígenas como el *Patahoire*, el *Kunakuna* o el *Sutarconti*, los que fueron quemados en público. Sobre los lugares ceremoniales se construyeron iglesias y en los cerros sagrados *tikan*, se instalaron cruces. Los *lickanantai* adoptaron la religión católica y siguieron sus ritos para relacionarse con las autoridades coloniales y posteriormente republicanas; no obstante, persistieron algunos cultos ancestrales fundamentalmente asociados a la fertilidad al interior de los *ayllu*.

En el siglo XVIII se funda una de las escuelas más tempranas de la región (en Toconao) y a través de esa ordenanza surge uno de los agentes transformadores más eficientes y que en el futuro cumplirán un rol determinante en la asimilación de los indígenas (CVHNT/GTRH 047 2002).

El siglo XVIII se conoce como el tiempo de la rebeldía. Los *lickanantai*, cansados de los abusos cometidos por los conquistadores y haciéndose eco de la revolución de Tupac Amaru, generan un proceso insurreccional con don Tomás Paniri a la cabeza. Paniri, originario de Ayquina, ejercía el cargo de cacique, alcalde y capitán general de la resistencia. Difundía el legado de Tupac Amaru y afianzaba su poder en el dominio de todos los idiomas andinos regionales, en un profundo conocimiento de su gente y de la geografía andina y también de sus opresores (CVHNT/GTRH 047 2002). La contrarresistencia española fue organizada en Chiu Chiu y logró sofocar la revolución indígena y recuperar la lealtad de la región de San Pedro de Atacama a la Corona española. Paniri fue hecho prisionero y condenado a muerte, siendo ejecutado el 14 de mayo de 1781.

3.8. EL PERIODO REPUBLICANO

Con la ruptura del orden colonial, en los inicios del siglo XIX, el virreinato del Perú se disuelve en varios proyectos de Estados nacionales. El territorio atacameño, hasta fines de la década del 70, queda circunscrito dentro de las fronteras del Estado boliviano. Posteriormente, una vez concluida la Guerra del Pacífico (1879-1883), Atacama será anexada al Estado de Chile (CVHNT/GTRH 047, 2002). En 1888 se crea por ley el departamento de Antofagasta y se establece que San Pedro de Atacama será la capital de la 9ª subdelegación, que incluía pueblos y asentamientos del salar y los territorios de la puna (CVHNT/GTRH 047, 2002).

3.9. FORMACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO Y LA REGIÓN ATACAMEÑA (1824-1879)

Desde la formación del Estado boliviano en 1824, bajo el gobierno de Antonio José de Sucre, la nueva república se enfrenta con la necesidad de controlar un puerto propio. El problema sobre la salida al mar se resuelve con la apropiación de la provincia de Atacama que, de este modo, adquiere un valor renovado en el marco de un proyecto de construcción de un Estado nacional boliviano: la región era sumamente estratégica y permitía conectar el interior con el puerto de Cobija (Gundermann 2002).

La economía cobrará un rol importante en este periodo: se liberalizan las relaciones de mercado con el resto del mundo, particularmente, de comercio, importación y exportación de productos manufacturados, agropecuarios y mineros (Gundermann 2002). Al interior de la región de Atacama se desarrollaban dos tipos de actividades económicas preponderantes. En primer lugar, la actividad minera asociada a la explotación de yacimientos de cobre en la cordillera de la Costa; más tarde, a la explotación y extracción del salitre, actividad que alcanzó su mayor desarrollo hacia 1860, y, posteriormente, a finales de la década de 1860, a la explotación de la plata, siendo el principal yacimiento el de Caracoles. La segunda actividad económica de importancia fue el arrieraje, a través del cual se transportaba la correspondencia oficial y todo tipo de bienes. Este arrieraje se incrementa progresivamente en la medida en que aumenta la actividad minera. Con ello también se intensificaron las necesidades de abastecimiento de insumos productivos y de bienes de consumo humano, aunque, por las condiciones del desierto, era muy difícil satisfacerlas. De este modo, se abrieron circuitos de arrieraje muy activos que transitaban desde el noroeste argentino hacia las zonas de Atacama y el puerto de Cobija. San Pedro de Atacama será un punto de enlace y la población atacameña cumplirá un rol fundamental en el aprovisionamiento de ganado menor, especialmente corderos y cabras (Gundermann 2002).

La sociedad boliviana del siglo XIX es una estructura neocolonial donde se reproducirá la compartimentación entre indígenas, por una parte, y la oligarquía que ejerce el poder y control sobre las tierras y el trabajo indígena, por la otra (Gundermann 2002). Para el sostenimiento del Estado boliviano, a partir de 1826, se restableció el tributo indígena que llegaría a financiar el sistema de rutas de arriería y las comunicaciones en general (CVHNT/GTRH 047 2002). Los contribuyentes *lickanantai* a la época bordeaban las 1000 personas y el recurso tributario fue

destinado al mejoramiento y mantención de la ruta oficial Cobija-Potosí (Gundermann 2002).

A fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, se producen importantes cambios en el régimen de la tierra. Se transita de las chacras de "pan-llevar" a grandes "fincas" de alfalfales, proveedoras de productos para la gran minería (Núñez 2002).

Conjuntamente con la habilitación del Puerto de Cobija en 1827, se decretó la repartición de terrenos a los nuevos pobladores para fomentar el asentamiento del Puerto, concediéndose la tierra bajo la modalidad de títulos individuales de dominio a pobladores foráneos. Al interior de la región, se pretendió regularizar la propiedad indígena bajo la siguiente normativa: "Que se declare la propiedad a los caciques, extinguidos de sangre y sus legítimos descendientes de los terrenos que como tales poseían y gozaban en tiempo del gobierno español; igualmente que a los indígenas contribuyentes de aquellos en cuya pacífica posesión se hayan mantenido de 10 años" (CVHNT/GTRH 047 2002).

La población atacameña en tiempos del Estado boliviano no podía autoabastecerse y atender sus obligaciones tributarias, por tanto, pasó a depender de recursos monetarios que se originaban en economías externas a sus comunidades. La sociedad atacameña complementó su economía con la comercialización de productos cárneos y la venta de leña para abastecer las necesidades de los centros mineros. También generaban recursos asociados a la explotación de pieles de chinchilla y lana de vicuña (Gundermann 2002). Como consecuencia, la población tiene que desplazarse y articular otros espacios, nuevas economías y otros actores sociales. De este modo, a medida que empieza a poblarse el desierto, van también aumentando las vinculaciones de la sociedad atacameña con los nuevos asentamientos (Gundermann 2002).

La sociedad atacameña del siglo XIX se caracteriza por la preeminencia de dos grandes modelos de identidad colectiva: la comunidad o *ayllu*, cuyos atributos culturales lo diferencian de otras poblaciones, y el individuo indígena, cuyo rasgo sociocultural más relevante es la subordinación (Gundermann 2002). Finalmente, en el ámbito religioso esta sociedad desarrolla una matriz cultural de rasgos sincréticos, andino-católicos, y un tipo de pensamiento dual que se expresa, además, en la organización social y en la vida cotidiana.

3.10. ANEXIÓN DE ATACAMA AL ESTADO CHILENO E IMPOSICIÓN DE LA ECONOMÍA CAPITALISTA

El periodo, que se enmarca a fines del siglo XIX, se inicia con la invasión militar chilena de la región y la anexión territorial de Atacama al Estado de Chile. Desde 1879 en adelante, la zona experimenta un brusco cambio generado, en primer lugar, por el aumento de la explotación y exportación de salitre y, en segundo lugar, por la explotación del cobre (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002).

Sin embargo, para el Estado chileno la zona del interior no tenía importancia económica. Lo que realmente importaba y, por tanto, observó una fuerte presencia del Estado, fue la zona salitrera y los puertos. Allí se mantenían pequeños destacamentos de guardias, policías y algunas autoridades administrativas denominadas delegados (Gundermann 2002). El interior tenía una importancia geopolítica. En este marco, la presencia chilena estuvo marcada por un proceso de chilenización de las culturas y tierras altoandinas. El Estado plantea el reconocimiento de los atacameños como ciudadanos y aspira a capturar su lealtad para el proyecto nacional del Estado chileno. Por lo mismo, los libera del pago de tributo y consagra la igualdad jurídica como base del trato social.

El principio de igualdad jurídica que consagra el ideario liberal impuesto por el Estado de Chile en Atacama se traducirá en que los indígenas pasarán a ser considerados obreros, campesinos trabajadores de la faena, pequeños productores, habitantes rurales o simplemente gente de la zona interior, pero no serán relevados en sus particularidades étnicas. El Estado promoverá acciones para asimilar al indígena y hacer desaparecer los rasgos culturales aborígenes que en la convicción del Estado liberal obstruyen el desarrollo de estos grupos (Gundermann 2002).

La incorporación de este territorio a Chile no fue pacífica. El proceso de chilenización dio lugar, al igual que en Arica e Iquique a las "ligas patrióticas", que, en la región de Antofagasta se tradujeron en brutales persecuciones contra los bolivianos y todo aquello que pareciera tener vinculación con el país trasandino. El proceso de chilenización fue reforzado con el establecimiento de numerosas escuelas en el norte del país.

Desde el punto de vista económico, entre los años 1879 y 1929, se constata una masiva incorporación de los *lickanantai* al mundo asalariado. Se trata del periodo del auge del ciclo salitrero en la región, que demandó muchos recursos alimenticios, transporte y mano de obra. La crisis de 1930 dará paso a un nuevo periodo que se caracteriza por

la presencia de un Estado benefactor y desarrollista que comienza en 1930 y termina en 1973. Este modelo económico aspira a la sustitución de importaciones y apunta a resolver a través de la industrialización la crónica dependencia exterior que mantenía el país (Gundermann 2002). El Estado benefactor, por su parte, se expresa en una creciente preocupación por los problemas sociales de la población, en la promoción de acciones de integración, valores de progreso, cambio de las estructuras sociales y aumento de la participación. Asimismo, desde el año 1955 se implementan políticas de desarrollo paralelas al Estado a través del Plan Cordillera, que genera actividades para reactivar las áreas agrícolas, ganaderas y artesanales del pueblo *lickanantai*. Esta iniciativa es impulsada por la Iglesia católica junto con la Universidad del Norte (hoy Universidad Católica del Norte) desde Antofagasta (CVHNT/GTRH 047 2002).

La sociedad atacameña, entre 1940 a 1960, comienza a abandonar su condición rural y se conecta más a los centros urbanos como Calama, pasando a depender fuertemente de la minería. El desarrollo minero en la región se caracteriza por tres hitos que marcan el auge de los principales yacimientos: la explotación del yacimiento de plata de Caracoles, primero, con la administración boliviana y, después, con la administración chilena; el ciclo salitrero, que se desarrolló en el periodo comprendido entre 1870 y 1930, y, finalmente, la explotación del yacimiento cuprífero de Chuquicamata desde 1907 hasta la fecha (CVHNT/GTRH 047 2002). Estos centros mineros son abastecidos con parte de la producción agroganadera atacameña y la fuerza de trabajo de los pueblos del interior de la zona. En un comienzo se privilegiaba el uso de mano de obra andina por su adaptación fisiológica y cultural a los ambientes cordilleranos de altura (Núñez 2002) y porque conformaban una fuerza de trabajo más barata (Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002). Paralelamente, con la industria minera particularmente asociada a la explotación del cobre, también se generaron impactos en el área de los recursos naturales. Los enclaves mineros desde el comienzo de la explotación de Chuquicamata hasta la actualidad se han ido apropiando del agua y de otros recursos naturales como la yareta, que se usó masivamente en la minería hasta llegar prácticamente a extinguirla (Informe Final del Subgrupo de trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002).

La ley de juntas de vecinos en la década de los 60 y la municipalización a partir de los 80 han generado cambios profundos en la estructura organizacional de las comunidades atacameñas. El Estado legitimó las juntas de vecinos como interlocutores válidos para atender a las demandas de las comunidades atacameñas y estas adaptaron la estructura a sus necesidades y aspiraciones. A partir de 1980 se crearon los municipios de San Pedro y Ollagüe, iniciándose con estas entidades una intervención directa del Estado.

La intervención estatal en el territorio atacameño a través de la municipalización cumplió un doble objetivo. Primero, desconcentrar la gestión del Estado haciéndola más eficiente y, segundo, consolidar las fronteras externas e integrar territorios marginales a la soberanía nacional que permitieran superar las denominadas "fronteras interiores". Estas acciones de intervención se llevaron a cabo durante el gobierno militar (1973- 1989), periodo que se caracterizó por el endurecimiento de las fronteras y la presencia activa del Estado y de las Fuerzas Armadas. Esta importancia geopolítica favoreció la entrega de subsidios y apoyo alimenticio; la creación de escuelas de concentración fronteriza y el otorgamiento de becas de estudio; la asistencia social y los operativos de salud, pero a la vez reeditó el proceso de chilenización de la población andina, principalmente a través de las escuelas de concentración fronteriza, donde se difundía un discurso integracionista que resaltaba los valores patrios y los símbolos de la historia de Chile (Informe Final del Subgrupo de trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002).

Como consecuencia de la aplicación en el territorio *lickanantai* del Código de Aguas (DFL 1.222 de 1981) al que nos refiriéramos en la sección dedicada al pueblo *aymara*, comienza un progresivo desecamiento de vegas y bofedales (Núñez 2002). Ello se vio agravado porque bajo el gobierno militar las presiones del mercado hacia la enajenación de los recursos productivos indígenas, como por ejemplo el agua para surtir los enclaves mineros, fue facilitada por las políticas y legislación capitalista (CVHNT/GTRH 047 2002). La pérdida del recurso agua, fenómeno que persiste hasta nuestros días, agudizó la crisis de la agricultura y el modo de vida atacameño (Núñez 2002).

Con la transición a la democracia, la Ley 19.253 de 1993 viene a reconocer a las comunidades atacameñas como una de las "etnias" indígenas de Chile. De conformidad con esta ley, la CONADI ha implementado una serie de políticas de apoyo y desarrollo social, tendientes a mejorar la calidad de vida y las condiciones materiales de las comunidades indígenas que, en la actualidad, se han complementado con otras iniciativas gubernamentales como la creación durante 1997 del Área Indígena Atacama la Grande y, posteriormente, del Alto Loa. Ellas se han traducido en la focalización de los programas de Gobierno en pro del desarrollo del pueblo atacameño (Informe Final del Subgrupo de

trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002). Sin embargo, las principales reivindicaciones de este pueblo no han sido acogidas por el Estado de Chile y la demanda de restitución de su territorio ancestral ha sido postergada en beneficio del desarrollo de la industria extractiva sobre las tierras atacameñas, comprometiendo la sustentabilidad de su hábitat y los recursos naturales.

El carácter fiscal de las tierras se mantuvo hasta la década de 1960, cuando el Estado chileno registró las primeras titulaciones en los *ayllus* de San Pedro. Recientemente se inició, en virtud de la Ley 19.253, un proceso de transferencia de tierras fiscales a las comunidades *atacameñas*, para lo cual estas habían tenido primeramente que demarcar sus territorios, procedimiento que tuvo lugar en la década de 1990.

En efecto, entre 1997 y 1998 cada comunidad atacameña delimitó el territorio jurisdiccional ocupado ancestralmente, tomando en consideración las ocupaciones materiales, rituales e históricas y los cerros tutelares. Como resultado de este proceso, pudo estimarse que el territorio de las comunidades atacameñas tenía aproximadamente 850 000 hectáreas (cuadro 4). Sin embargo, el proceso de reconocimiento de tierras ha sido lento, ya que se ha obrado en base a la entrega de paños de tierras, hecho que ha fragmentado la demanda territorial y ha beneficiado, en consecuencia, a aquellas empresas mineras que extraen aguas desde territorios demandados por las comunidades atacameñas, pero todavía inscritos como propiedad fiscal.

En estos territorios jurisdiccionales hay tres comunidades que poseen títulos de dominio comunitarios constituidos desde principios del siglo XX, a saber, la comunidad de Río Grande, la de Machuca y la de Ayquina-Turi. Además, tienen títulos de dominio los *ayllu* de San Pedro de Atacama, constituidos por el Ministerio de Tierras y Colonización durante la década de 1960 como propiedad individual. De esta manera, se delimitaron 5 426 predios individuales en los *ayllu* de San Pedro de Atacama, que corresponden a potreros de cultivos, en algunos de los cuales hay casas de familias atacameñas. De ese total, 4 667 predios poseen títulos inscritos, mientras que los 541 restantes carecen de ellos y se consideran tierras fiscales. Los 4 667 predios inscritos ocupan en conjunto 2 706,3 hectáreas, lo que da un promedio de 0,58 hectáreas por predio.

A partir de la promulgación de la Ley 19.253 de 1993 se inició un proceso encaminado a sanear la propiedad en el territorio atacameño. El proceso, que comenzó con un fuerte impulso gubernamental, se caracterizó por ser el único que aspiraba a una verdadera reconstrucción territorial destinada a satisfacer las demandas indígenas consignadas en el cuadro 4. Sin embargo, el plan se suspendió y en los últimos dos periodos presidenciales no ha mostrado grandes avances, fundamentalmente a consecuencia de la expansión de la gran minería sobre estos territorios y la demanda por recursos naturales específicamente hídricos para el desarrollo de la minería.

La presión de las empresas mineras sobre los agentes del Estado que operan en la región es manifiesta y se ha traducido, fundamentalmente, en la transferencia de recursos privados para gestión pública y en la inserción de empresas privadas en las Áreas de Desarrollo Indígena, cuya gestión estaba reservada por ley a las instituciones del Estado y los indígenas[133]. Es importante señalar que en esta zona se encuentran los principales yacimientos de cobre administrados por la empresa estatal CODELCO y la empresa privada Minera Escondida, Río Tinto y BHP Billiton, entre otras de menor envergadura.

En los albores del siglo XXI, la sociedad atacameña está interviniendo en un mundo globalizado, mucho más abierto a la información y al consumo. En los últimos años, los *lickanantai* han vivido la penetración en su territorio de una diversidad de personas a través del turismo. La actividad turística ha afectado principalmente a San Pedro de Atacama y sus *ayllu*, donde se asentaron las bases de esta actividad que ha experimentado un gran desarrollo desde la década de los 90 en adelante. No obstante, las comunidades atacameñas han empezado a concebir este desarrollo turístico como una oportunidad que puede ser aprovechada positivamente si la actividad es controlada y se armoniza con su cosmovisión (Informe Final del Subgrupo de trabajo Pueblo Atacameño CVHNT/GTPIN 061 2002).

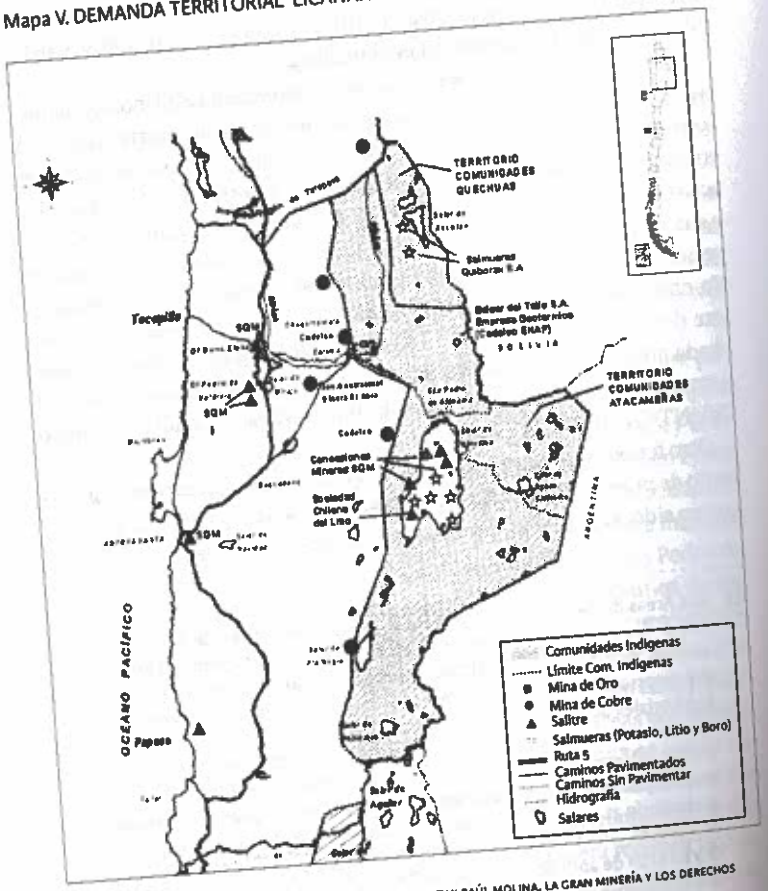
Otro fenómeno del periodo actual es la ejecución en territorio atacameño de proyectos científicos de relevancia mundial y gran impacto que no han sido sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

---

133 Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), como se explica en detalle al analizar la Ley 19.253, son entendidas como espacios territoriales donde el Estado, a través de sus diversos servicios, debe focalizar su accionar en beneficio del desarrollo de las comunidades indígenas que habitan en los espacios territoriales donde se instauran tales áreas (artículo 26). Hasta la fecha se han creado diez ADI en el país, cuatro en la zona norte instituidas entre 1997 y 2005 y denominadas Atacama La Grande, Jiwasa Oraje, Alto El Loa y Alto Andino Arica Parinacota. Las áreas Atacama La Grande y Alto Loa pertenecen al territorio atacameño y fueron constituidas, respectivamente, por el Decreto 70, promulgado el 10 de marzo de 1997 y publicado en el Diario Oficial el 23 de abril de 1997, y por el Decreto 189 de 8 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 2003.

Es el caso del proyecto Alma, patrocinado por CONYCIT, que contempla la instalación de 64 antenas radioastronómicas en el sector de Chancatur en la cordillera de los Andes. Este proyecto es precedido, a su vez, por dos proyectos que ejecutan en la zona agencias japonesas y alemanas, que son los proyectos Ate y Apets, respectivamente. Estos proyectos de gran envergadura y que involucran importantes inversiones han sido planeados y comenzaron a ejecutarse sin el consentimiento de las comunidades atacameñas. No obstante, la resistencia del pueblo lickanantai obligó a generar una mesa de negociación donde fueron consensuadas las condiciones para una ejecución pertinente.

Mapa V. DEMANDA TERRITORIAL LICANANTAI Y LA GRAN MINERÍA.



FUENTE: ELABORADO POR PAMELA CARVAJAL. EN YÁÑEZ, NANCY Y RAÚL MOLINA, LA GRAN MINERÍA Y LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL NORTE DE CHILE, EDITORIAL LOM, 2008.

4. El pueblo *rapa nui*[v]

4.1. EL POBLAMIENTO DE *RAPA NUI* Y SUS ORÍGENES

Los orígenes del poblamiento *rapa nui* se remontan al siglo v d.C., época en la que arribaron a *rapa nui* los primeros habitantes de origen polinésico. *Rapa Nui* se ubica en la Polinesia, un área geográfica definida por un triángulo imaginario en cuyos vértices se localizan Nueva Zelanda, Hawái y *Rapa Nui*.

Entre el año 2000 y 500 a.C., agrupaciones humanas habitaron las islas que van desde el archipiélago de las Islas Salomón hasta Tonga y Samoa. Estas agrupaciones son conocidas como cultura *lapita* y su principal característica era el uso de la cerámica con finas incisiones geométricas. Los *lapita* son los ancestros de los polinésicos y sus culturas. Alrededor del año 500 a.C., los primeros polinésicos se hicieron al mar con sus grandes canoas para comenzar la colonización del océano Pacífico. Desde Tonga, Samoa y otras islas adyacentes, navegaron hacia el Este para poblar las islas Cook, Sociedad (Tahiti), Marquesas, Tuamotus y Australes. Estas embarcaciones arribaron a *rapa nui* alrededor del año 400 d.C. en las postrimerías del poblamiento polinésico. En el relato *rapa nui*, el descubrimiento de *Te Pito o te Henua*, nombre originario del territorio que hoy se conoce como Isla de Pascua, se produjo con el desembarco del rey Hotu Matu'a, acompañado de su hermana Ava Reipua y su corte en la bahía de Anakena. En este acto el rey o *ariki* tomó posesión del territorio insular y posteriormente distribuyó la tierra entre su séquito y generó una descendencia que dio origen al pueblo *rapa nui*.

---

v Esta sección está basada en el capítulo correspondiente al pueblo *rapa nui* que consta en el libro *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Informe del Programa de Derechos Indígenas, elaborado por el Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera (LOM, 2003). Este, a su vez, se basa en un documento elaborado por Gerardo Zúñiga Navarro y Nancy Yáñez Fuenzalida para la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato titulado "Minuta de la Secretaria Ejecutiva sobre la Verdad Histórica y las Propuestas de Nuevo Trato relativas al pueblo rapa nui" (Minuta de la Secretaría Ejecutiva, Código de Documento CVHNT/SE/2003/03/20. Santiago, marzo de 2003.Archivo: CVHNT-SE-2003-0). El presente capítulo ha sido revisado y complementado por Nancy Yáñez.

4.2. FASES DE POBLAMIENTO

En la historia del poblamiento de *rapa nui* se distinguen tres fases: del 400 al 800 d.C.: arribo polinésico hasta el comienzo del desarrollo de la cultura megalítica; del 800 al 1680 d.C.: etapa clásica, construcción de centros ceremoniales y esculturas; del 1680 al 1722 d.C.: etapa de conflicto entre los linajes o *mata*. Los *moai* comenzaron a ser derribados y surgió el culto al *tangata manu* u hombre pájaro. Concluyó con la época de los primeros contactos con europeos.

4.3. ORGANIZACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA

Hotu Matu'a, el primer *ariki* de *rapa nui*, tuvo seis hijos. Cada uno dio origen a uno de los principales linajes, tribus o *mata rapa nui* en los que se sustenta la organización social y política. En el siglo XVII, la división jurisdiccional de *rapa nui* llegó a tener diez *mata*, los que se organizaron en dos confederaciones (Museo Antropológico, padre Sebastián Englert s/f): *Ko tu 'u Aro*, el grupo de las tribus de jerarquía superior que vivían en el sector occidental, y *Hotu iti*, el grupo de las tribus de jerarquía inferior que vivían en el sector oriental de la isla. El rey *Miru*, hijo o nieto de *Hotu Matu'a*, fundó el *mata* o tribu de mayor importancia en la historia *rapa nui*, la tribu *Miru*, de la cual provenía la mayoría de los *ariki mau* (rey).

Cada *mata* estaba integrado por un linaje o *ure*, grupos de familias que compartían una ascendencia común liderada por el más anciano *kainga*, quien era el responsable del bienestar físico y espiritual del clan. En la actualidad aún es posible encontrar rastros y monolitos correspondientes a estas divisiones jurisdiccionales del territorio *rapa nui* (Hotus 2003).

Las autoridades y clases sociales eran las siguientes: *ariki mau*, rey y líder espiritual de toda la isla, era quien concentraba la mayor cantidad de poder espiritual *mana*; *ariki paka*, aristócratas de ascendencia *miru*. También poseían poder espiritual *mana*; *tangata honui o kainga*, ancianos importantes que asesoraban al *ariki mau*. Se aplicaba también al líder de un *ure* o linaje; *iri atua*, sacerdotes de alta relevancia; *mata to´a*, guerreros destacados; *paoa*, guerreros de menor jerarquía; *maorí*, expertos en diversas artes y disciplinas, y *kio*, lugar más bajo en la escala social. Correspondía a sirvientes, refugiados y esclavos (Museo Antropológico, padre Sebastián Englert s/f).

4.4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ORIGINARIO

El derecho propio originario *rapa nui* se construía en base a un orden indivisible determinado por el *mana* y el *tapu*. El *mana* es la fuerza que otorga el poder sobrenatural que anima el funcionamiento de las actividades ordinarias, en tanto que el *tapu* o *tabu* es una prohibición que se impone a través del *mana*. El ejercicio de esta jurisdicción ancestral corresponde, fundamentalmente, a los *ariki mau*, quienes, gracias al *mana* del que estaban investidos, podían imponer *tapu*, hacerlo cumplir e imponer sanciones en caso de infracción.

Personas, alimentos y lugares podían ser definidos como *tapu*. El régimen de sanciones incluía hasta la pena de muerte. Un ejemplo de este ordenamiento jurídico se encontraba en la pesca: sobre aquella que se desarrollaba mar afuera existía un *tapu* que consistía en reservarla para la canoa real, *vaka vaero*, y los alimentos que generaba, para el *ariki mau*, *matato'a* y los *tangata honui* o *kainga* (Museo Antropológico, padre Sebastián Englert s/f).

4.5. LA DECADENCIA DE LA SOCIEDAD *RAPA NUI* HACIA FINES DEL SIGLO XVII

Debido al gran desarrollo social y productivo que alcanzó la sociedad *rapa nui* desde sus orígenes hasta el siglo XV, se habría producido un explosivo crecimiento poblacional. Los historiadores aventuran cifras que señalan que la isla alcanzó a albergar a aproximadamente diez mil habitantes. La organización social imperante hasta ese momento no habría resistido tal crecimiento, lo que al parecer se tradujo en una escasez alimentaria y, consiguientemente, en una fuerte crisis del orden social. Esto tuvo como resultado una serie de cruentas luchas entre las distintas tribus que habitaban la isla y una transformación del orden económico, social y político. (Seelenfreud et al. 2003)

4.6. LAS PRIMERAS INCURSIONES DE EXTRANJEROS: 1722 - 1882

El primer contacto con los europeos se produjo en 1722, cuando el marino holandés Jacob Roggeveen arribó a la isla y la bautizó "Isla de Pascua". A esta primera incursión le suceden una serie de otras embarcaciones que arribaron a *rapa nui* y que tomaron contacto con los isleños. A partir del año 1862 ocurrió un hecho de tremenda importancia que

acarreó consecuencias dramáticas para el pueblo *rapa nui*: la masiva deportación de esclavos hacia Perú.

Entre el año 1862 y 1863, decenas de barcos se dirigieron a la isla con el objetivo de tomar a la población por la fuerza, para conseguir esclavos que trabajasen en las haciendas peruanas. Al menos mil quinientas personas –el 35% de la población *rapa nui* de esa época– fueron esclavizadas y la inmensa mayoría murió en el continente (Hotus 2003). Muchas de ellas correspondían a personajes relevantes de la isla, poseedores de una sabiduría ancestral, por lo que su exilio forzado generó un enorme e irremediable vacío en la memoria histórica de los *rapa nui*.

Una vez que el Gobierno peruano prohibió la esclavitud, quince isleños retornaron a la isla y trajeron consigo enfermedades como la viruela y la tuberculosis, que diezmaron a la población. Esto generó como consecuencia un colapso demográfico de proporciones: en 1877 apenas un centenar de personas de la etnia sobrevivían en Isla de Pascua. A partir de 1864, arribaron a Isla de Pascua un grupo de misioneros pertenecientes al Arzobispado de Tahiti. El asentamiento promovió la evangelización; trasladó a la población desde sus asentamientos ancestrales hasta las inmediaciones de la misión, en el sector que en la actualidad corresponde a Hanga Roa, y dio comienzo a las primeras ventas de las tierras de la isla, efectuadas por los *rapa nui* en favor del Arzobispado de Tahiti. En el año 1868 llegó, también de Tahiti, Doutrou Bournier y transformó a la isla en una hacienda y a los *rapa nui* en sus inquilinos. Posteriormente, Bournier se erigió rey de la isla y entró en conflicto con los misioneros, que finalmente se retiraron. En este periodo, los *rapa nui* terminaron de ser trasladados desde sus territorios originales hasta Hanga Roa.

En 1876 Doutrou Bournier murió asesinado, al parecer, a manos de isleños cansados de sus abusos. Después de su muerte, su hijo, Tati Salmón, continuó con la explotación de la Isla de Pascua hasta el año 1888.

4.7. LAS ADQUISICIONES IRREGULARES DE TIERRAS EN *RAPA NUI*

Los primeros en adquirir tierra *rapa nui* –la que se incorporó al patrimonio del Arzobispado de Tahiti– fueron los misioneros. Estos adquirieron un total de 635 hectáreas, compraventa que consta en dos escrituras certificadas y celebradas en presencia de testigos (Seelenfreud et al. 2003). Algunas versiones dan cuenta de que una parte de estas tierras se obtuvo como pago de pasajes para el traslado de *rapa nui* a la misión católica de Mangareva, donde prestaban servicios para los mismos misioneros (Tuki et al. 2003). Otro adquirente de tierras fue, por supuesto, Doutrou Bournier, quien con ánimo expasionista se dedicó a "comprar" tierras a los *rapa nui* bajo presiones ilegítimas (Hotus 2003). En 1875, la sociedad constituida por Bournier y el comerciante residente en Tahiti, John Brander (a cargo de la explotación ganadera de Isla de Pascua), se habría apropiado de una gran cantidad de tierras (Hotus 2003). A la muerte de Bournier y Brander, en 1876 y 1877 respectivamente, se originaron una serie de litigios por herencia entre las sucesiones de ambos y el obispo de Tahití, quien solicitó la protección de los derechos *rapa nui* sobre el territorio (Hotus 2003). El tribunal de alzada de Papeete-Tahití rechazó el recurso interpuesto por el obispo en representación de los *rapa nui*, argumentando que la demanda de amparo no había sido interpuesta conforme a las solemnidades exigidas por la ley francesa y que no constaban por escrito los derechos de propiedad de los *naturales*, procediéndose con fecha 24 de junio de 1886 a adjudicar todos los bienes de la Sociedad Bournier-Brander al sr. John Brander hijo. La extensión de estas propiedades se estimaba en 2 275 hectáreas (Hotus 2003). Finalmente, existe información acerca de otras compras efectuadas a los isleños por parte de los hermanos Aru Paca y Tati Salmón, cuyas propiedades, según lo atestiguado por John Brander, comprendían 706 hectáreas, además de otros 19 pequeños predios, situados alrededor de la isla (Tuki et al. 2003). Respecto a los métodos usados por los hermanos Salmón para apropiarse de estos territorios, no existen antecedentes.

4.8. EL ACUERDO DE VOLUNTADES O LA TOMA DE POSESIÓN POR EL ESTADO CHILENO

En el año 1870 la corbeta O'Higgins (de nacionalidad chilena) recaló en Isla de Pascua al mando del capitán Ignacio Gana. En dicha embarcación viajaba en calidad de cadete don Policarpo Toro Hurtado, quien a la postre fue el promotor de la anexión de Isla de Pascua al territorio chileno (Hotus 2003). Desde el establecimiento de la misión católica, el obispo de Tahití, monseñor Tepano Jaussen, se preocupó por la situación de la isla y abogó para que Chile tomara posesión de ella (Hotus 2003). Con este fin escribió varias cartas a las autoridades eclesiásticas chilenas impulsándolas a realizar gestiones para comprometer al Estado en la compra de las tierras de la iglesia.

Finalmente, el obispo decidió ceder la jurisdicción eclesiástica de Isla de Pascua al arzobispado chileno.

Por su parte, Policarpo Toro, que ya era capitán de corbeta, redactó en 1886 un documento destacando la importancia estratégica de Isla de Pascua para los intereses marítimos y militares del Estado chileno (Hotus 2003), y en abril de 1888, el ministro del Gobierno de Chile, Vicente Dávila Larraín, le otorgó una instrucción para la compra de propiedades en la isla, comisionándolo para pagar 2 000 libras esterlinas a los particulares no *rapa nui* que pretendían tener derechos de propiedad en Pascua. La instrucción estaba específicamente destinada a la compra de los derechos de propiedad de los hermanos Salmón (Hotus 2003).

En mérito de lo expuesto se concluye que el capitán Policarpo Toro, previo al acuerdo de voluntades, obtuvo el traspaso de jurisdicción eclesiástica del Arzobispado de Tahiti al de Santiago, la escritura de compraventa de las propiedades de los hermanos Salmón (706 hectáreas) y un compromiso de venta de las propiedades de John Brander hijo (2 275 hectáreas).

El 9 de septiembre de 1888 se suscribió un acuerdo de voluntades entre Policarpo Toro, en representación del Estado chileno, y el *ariki* Atamu Tekena, secundado por el Consejo de jefes *rapa nui*. Este acuerdo de voluntades tuvo como preciso objeto establecer las bases de la relación entre el Estado chileno y el pueblo *rapa nui*. El texto del acuerdo de voluntades consta en un documento redactado, por un lado, en castellano y, por el otro, en *rapa nui* antiguo y tahitiano, cuyas copias persisten actualmente. Conforme a dicho acuerdo, los gobernantes *rapa nui* y el capitán Policarpo Toro convinieron: la cesión indefinida y sin reserva de la soberanía de la isla al Estado chileno[134]; el reconocimiento por expresa reserva de la investidura de los jefes *rapa nui*[135]; el reconocimiento del derecho de propiedad de los *rapa nui* sobre todo el territorio insular[136]; el compromiso del Estado chileno de garantizar el bienestar y desarrollo de los *rapa nui* y darles protección[137].

Con posterioridad a la suscripción del acuerdo de voluntades, el Gobierno chileno trata sin éxito de realizar un proceso de colonización en Isla de Pascua. El 3 de septiembre de 1895, la isla es arrendada por el Estado chileno al ciudadano de origen francés Enrique Merlet, a cuya administración se atribuye "toda clase de tropelías" en contra de la población *rapa nui*: quema de plantaciones, trabajos forzados, maltratos y otras de similar naturaleza. En efecto, Merlet es sindicado como responsable de la muerte del rey Riroroko, durante un viaje a Valparaíso donde se había dirigido con la esperanza de representar sus reclamos ante las autoridades chilenas. Según Hotus, Riroroko habría accedido a la invitación de Alfredo Rodríguez Rozas, amigo de confianza de Merlet, para cenar y pernoctar en su casa. Al día siguiente, gravemente afectado por lo que se supone fue un envenenamiento, el rey Riroroko falleció en el Hospital San Juan de Dios, desde donde su cadáver desapareció sin que aún existan noticias de su paradero (Hotus 2003).

Cabe anotar que en junio de 1896 se creó la Subdelegación Marítima de Isla de Pascua, dependiente de la Gobernación Marítima de Valparaíso. Como subdelegado marítimo se nombró a Alberto Sánchez Manterola, no obstante había sido contratado por Merlet como administrador. En tal cargo, Sánchez no dudó en usar sus poderes de agente del Estado para ponerlos al servicio de los negocios de Merlet y de los propios: Sánchez era propietario de la pulpería que surtía de víveres y ropa a la población *rapa nui*. Posteriormente, los administradores que sucedieron a Sánchez Manterola continuaron con estas prácticas (Informe de la Comisión CVHNT 2003).

Esta situación se extendió hasta 1903, año en que Merlet firmó la escritura de traspaso de propiedades a favor de la compañía inglesa Williamson & Balfour, que creó la Compañía Explotadora de Isla de Pascua. Para materializar esta compraventa, Merlet intentó inscribir a su nombre los terrenos de la isla, a raíz de lo cual se suscitaron serios conflictos entre los arrendatarios y el Gobierno de Chile. Se creó una

134 Acuerdo de Voluntades, 9 septiembre de 1888. Texto Castellano, Primer Documento: "Los abajo firmantes jefes de la Isla de Pascua, declaramos ceder para siempre y sin reserva al Gobierno de la República de Chile la soberanía plena y entera de la citada isla".

135 Acuerdo de Voluntades, 9 septiembre de 1888. Texto Castellano, Primer Documento: "Reservándonos al mismo tiempo nuestros títulos de jefes de que estamos investidos y que usamos actualmente".

136 Acuerdo de Voluntades, 9 septiembre de 1888, Texto Castellano, Primer Documento: "Proposición. Juntos el Consejo de Jefes del Territorio hemos acordado dar lo superficial. El territorio no se escribe aquí".

137 Acuerdo de Voluntades, 9 septiembre de 1888. Texto Castellano, Primer Documento: "Ellos informaron en conversación con nosotros que nuestro territorio Te Pito o te Henua estará en la mano de la nación chilena como amigo del lugar. Escrito está en la mano del Consejo del territorio, el bienestar y desarrollo según nuestras investiduras impuestas por mandato *rapa nui*".

comisión consultiva para estudiar la situación, la que recomendó al Gobierno inscribir la propiedad de las tierras *rapa nui* a nombre del fisco de Chile, habida consideración de la ausencia de dominios particulares inscritos en dicho territorio. La inscripción se verificó el 11 de noviembre de 1933 y se fundó en lo establecido en el artículo 590 del Código Civil, que dispone que: "Son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño".

Siguiendo con el procedimiento contemplado en el reglamento del Conservador de Bienes Raíces[138], la inscripción fue publicada en el diario *El Heraldo* de Valparaíso como medida de publicidad, pero de ella jamás tomaron conocimiento los interesados y, por lo mismo, no hubo oposición por parte del pueblo *rapa nui* que impidiera la inscripción. La isla continuó siendo arrendada por la Compañía Explotadora de Isla de Pascua hasta el año 1952 y, por igual periodo, continuaron los abusos y arbitrariedades en contra de la población *rapa nui*. Luego, el año 1953 la dependencia de la Isla de Pascua se traspasó a la Comandancia en Jefe de la Armada, que delegó su administración en la Comandancia de la Primera Zona Naval. Cabe señalar, en todo caso, que desde 1917 la isla estaba sometida a las autoridades, leyes y reglamentos navales. Bajo la administración de la Armada, que se extendió hasta el año 1965, la situación de la población *rapa nui* experimentó una mejoría, que se expresó en la instauración de un servicio de flete gratuito para los isleños; aumento de la variedad de bienes disponibles en la pulpería; incremento de salarios pagados a los empleados de las faenas de la hacienda; regalías; mejoramiento de las instalaciones sanitarias, y entrega bajo títulos provisorios de terrenos a parejas jóvenes. Además, desde 1953, se impartió educación hasta sexto básico y se proporcionó a los alumnos desayunos y almuerzos.

Pero los abusos y arbitrariedades no cesaron con la administración de la Armada. Las restricciones para el libre desplazamiento de los *rapa nui* se mantuvieron; se sometió a las personas a castigos arbitrarios; se instauró el toque de queda para los indígenas, quienes debían recluirse en sus viviendas a las nueve de la noche y continuaron los lunes fiscales (día semanal destinado a trabajo gratuito en favor del fisco chileno).

138 Reglamento Conservador de Bienes Raíces, artículo 5, 1857.

4.9. LA RESISTENCIA *RAPA NUI* Y EL CAMBIO EN LA RELACIÓN CON EL ESTADO: 1965 - 1973

La resistencia de los *rapa nui* a los abusos fue constante. Desde la rebelión de María Angata, en 1914, otros movimientos de resistencia se manifestaron en la isla. En 1964, el isleño Alfonso Rapu lideró una rebelión que puso fin a la administración de la Armada de Chile y presionó por un cambio en la situación de sometimiento que abatía a los *rapa nui*. Rapu, profesor formado en las ideas liberales, retornó a la isla decidido a promover cambios en la situación a que estaban sometidos los indígenas. Con este fin convocó a un importante grupo para iniciar una rebelión y, junto a Antonio Tepano, Kiko Paté, Germán Hotu, Guillermo Tori, Matías Riroroko, Edmundo Edwards y Juan Mau Mau, escribió una carta al presidente Eduardo Frei Motalva, que hizo llegar en forma clandestina a La Moneda. En la misiva los isleños expresaron su deseo de formar parte del país y contar con los derechos de todo ciudadano chileno, denunciando la "tiranía" existente en la isla y el régimen de amenazas al cual estaban sometidos, el encierro y los numerosos abusos que sufrían.

A continuación el grupo de Alfonso Rapu organizó una elección democrática de alcalde al margen de la ley. Luego de vanos intentos de la autoridad para contrarrestar el movimiento, la activa movilización de las mujeres obligó a la autoridad a aceptar la elección. A raíz de estos acontecimientos se inició un debate parlamentario sobre la situación de la isla que se extendió por más de un año, hasta que, en 1966, se promulgó la Ley 16.441, denominada también "ley Pascua" que creó el departamento de Isla de Pascua e incorporó el territorio al sistema de gobierno civil, otorgándole a los *rapa nui* la ciudadanía chilena.

Cabe consignar que con anterioridad a la dictación de esta ley, los *rapa nui* –para los efectos del derecho chileno y del derecho internacional– eran apátridas, no tenían nacionalidad y, por tanto, no eran considerados sujetos de derecho por ningún ordenamiento jurídico.

La Ley 16.441 otorgó beneficios especiales a los *rapa nui*, tales como la exención tributaria, reconoció sus derechos a la tierra y estableció un procedimiento de regularización. Además, esta ley contenía normas de protección a las tierras, que se tradujeron en la prohibición de venta a extranjeros, y normas de excepción en materia de administración de justicia, que redundaron en la consideración de los elementos culturales como circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal. Diversas reparticiones de Gobierno se instalaron en la isla, entre ellas el Ministerio de Tierras y Colonización (hoy Ministerio de Bienes Nacionales)

y la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), que pasó a administrar los bienes que antes dependían de la Armada.

En la discusión parlamentaria que tuvo lugar con ocasión de la dictación de la Ley 16.441, las dos cámaras del Congreso acordaron por unanimidad hacer devolución de la tierra a los pascuenses. Sin embargo, la CORFO se opuso argumentando que las condiciones de erosión que presentaba el suelo en *rapa nui* hacían aconsejable su reforestación. En su argumentación, la CORFO señaló que la reforestación permitiría recuperar la capa vegetal y, una vez que ello ocurriera, se podría proceder a la restitución de las tierras. Pero la CORFO solo llevó a cabo la primera parte del plan, pues luego de que grandes áreas del territorio insular estuvieron cubiertas con eucaliptus, nada fue restituido a los isleños. Finalmente, en 1966 se creó el Parque Nacional de Turismo de Isla de Pascua con casi 7000 hectáreas de extensión.

Durante el gobierno de Salvador Allende se impulsó un plan de desarrollo en la Isla de Pascua, mediante el Consejo de Desarrollo que contaba una amplia representación *rapa nui*. Surgieron cooperativas y trabajos colectivos como una forma de invitar a los isleños a incorporarse al proyecto socialista que ejecutaba el Estado. La institución a cargo era la Oficina de Isla de Pascua, perteneciente a la Oficina de Planificación Nacional (ODEPLAN), creada en 1972. El mismo año se creó la CONAF y se incorporó el Parque de Isla de Pascua al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNASPE). A partir de esa época recibió la denominación de Parque Nacional *rapa nui*, con 4755 hectáreas[139].

4.10. LA REGULARIZACIÓN DEL DOMINIO *RAPA NUI*, UNA NUEVA ERA DE CONFLICTOS: 1973-2003

En 1979, el Gobierno militar dictaminó, a través de la dictación del DL 2.885, la regularización de la propiedad mediante el otorgamiento de títulos gratuitos de dominio a los poseedores regulares. El área objeto de regularización no se refería al territorio ancestral, sino al área donde los *rapa nui* fueron reducidos y radicados a fines del siglo XIX. Los *rapa nui* se opusieron a esta normativa y generaron una fuerte resistencia. Reconstituyeron el Consejo de Ancianos, entidad que lideró la lucha por la recuperación de las tierras y la oposición a la regularización. Entre sus acciones destacan: la reivindicación y acción de nulidad de la inscripción fiscal de 1933, fundada en la ausencia de supuestos de hecho que autorizaran la aplicación del artículo 590 del Código Civil a las tierras de *rapa nui*, toda vez que los *rapa nui* eran sus legítimos dueños al momento de practicarse la inscripción fiscal; y la reclamación ante Naciones Unidas, dando a conocer los abusos y arbitrariedades cometidas por el Estado de Chile en contra de los *rapa nui* y acusando al Estado de usurpar las tierras a sus legítimos dueños.

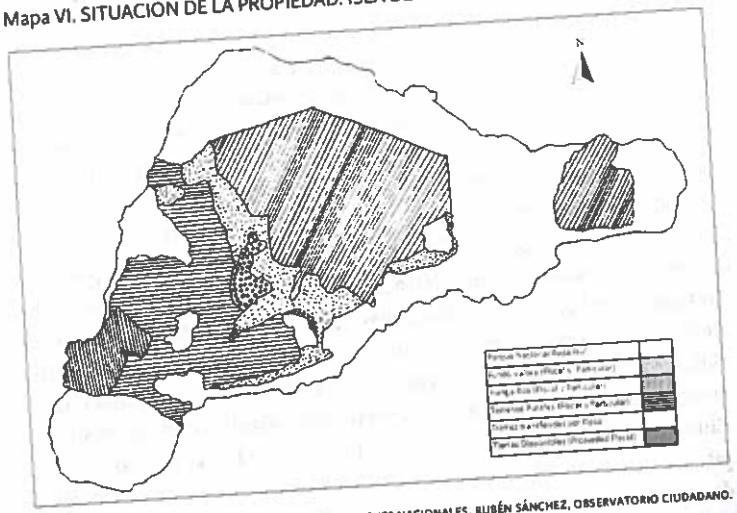
En 1980, el Gobierno militar decidió traspasar las funciones que hasta ese momento cumplía la CORFO (producción eléctrica, agua potable, manejo del muelle y administración del fundo Vaitea) a la Sociedad Agrícola y de Servicios de Isla de Pascua (SASIPA), como empresa filial de CORFO. El fundo Vaitea se convirtió en un verdadero feudo territorial, dedicado a la producción ganadera, reforestación y promoción de estaciones experimentales de productos agrícolas. En 1985, el Estado de Chile concesiona a Estados Unidos una parte de la isla para ampliar la pista de aterrizaje del aeropuerto Mataveri, con el objeto de que sirviera de alternativa para los transbordadores espaciales norteamericanos.

Finalmente, con el advenimiento de la democracia a principios de los 90, parecía surgir una nueva oportunidad para la relación entre el Estado de Chile y el pueblo *rapa nui*. Representantes de la etnia concurrieron al Encuentro de Nueva Imperial promovido por la Concertación de Partidos Políticos por la Democracia (1989), donde se sentarían las bases de un nuevo acuerdo institucional entre los pueblos indígenas y el conglomerado político entonces representado por el candidato presidencial Patricio Aylwin Azócar.

Los términos del acuerdo de Nueva Imperial dividieron las posturas entre los *rapa nui*. Algunos encontraron respuestas a sus demandas y otros estimaron que no satisfacía los intereses de su pueblo. Las posturas se polarizaron: el Consejo de Ancianos se fraccionó, dando origen a un segundo consejo autodenominado Consejo de Ancianos n.º 2. Solo el Consejo de Ancianos n.º 1, liderado por Alberto Hotus Chávez, continuó en la senda del Acuerdo de Nueva Imperial e instó por la dictación de la Ley Indígena y la incorporación en la misma de normas especiales relativas al pueblo *rapa nui*. Una vez dictada la ley, esta facción participó de las instituciones que creó la nueva normativa. El grupo que conforma el Consejo de Ancianos n.º 2 mantuvo su disidencia y oposición tanto a la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas aprobada por el Congreso Nacional en 1993 como a sus instituciones.

139 Los deslindes del parque y su superficie serán modificados en 1983 (6 666 hectáreas) y 1999 (7 130 hectáreas).

Mapa VI. SITUACION DE LA PROPIEDAD. ISLA DE PASCUA (RAPA NUI)



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA, EN BASE A DATOS DE BIENES NACIONALES. RUBÉN SÁNCHEZ, OBSERVATORIO CIUDADANO.

5. Legislación vigente referida a los pueblos indígenas

A continuación analizaremos la legislación vigente expresamente referida a los pueblos indígenas. Ello en contraste con otra legislación sectorial, también aplicada a pueblos indígenas, pero generalmente referida a recursos naturales y medio ambiente, que tiene implicancias sobre los pueblos indígenas y sus territorios.

5.1. LEY 19.253 DE 1993 SOBRE PROTECCIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDÍGENAS[vi]

5.1.1. *ANTECEDENTES*

Como se señalara anteriormente, durante la década de los 80 los pueblos indígenas de Chile, en particular el *mapuche*, no solo se opusieron a las leyes y políticas asimilacionistas que la dictadura militar impuso, sino que también participaron, junto a otras organizaciones sociales y políticas, en un movimiento más amplio por la recuperación de la democracia política en el país.

vi Sección elaborada por José Aylwin y Nancy Yáñez.

Organizaciones representativas de estos pueblos se articularon e involucraron de distintas formas con este objetivo, bajo la visión de que la restauración de las instituciones democráticas en el país era un requisito previo al reconocimiento de sus demandas como pueblos por parte del Estado y la sociedad chilena. Consistente con esta visión, muchas de sus organizaciones orientaron las demandas y propuestas relativas a sus pueblos y a sus derechos hacia la coalición de fuerzas democráticas (Concertación de Partidos por la Democracia) que había emergido como la más probable alternativa política para la conducción del Estado luego del término de la dictadura. Contrariamente a lo sucedido en el pasado, en que sus demandas se relacionaban con los problemas específicos que afectaban a cada uno de sus pueblos, principalmente la protección de la tierra en el caso *mapuche* y *rapa nui* o la defensa del agua en el caso *aymara*, a fines de los 80 estas organizaciones levantaron demandas más amplias, orientadas hacia la superación de la realidad común que compartían al interior del Estado chileno como pueblos negados, oprimidos y discriminados en el ámbito cultural, político y económico[140].

Como parte de este proceso, dichas organizaciones pusieron énfasis en la necesidad de obtener el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en la constitución política. Las demandas de los pueblos indígenas enfatizaban, además, la necesidad de contar con una legislación que junto con reconocer la diversidad de las culturas y lenguas indígenas, protegiera las tierras y las aguas que aún mantenían en su poder, y posibilitara la recuperación, a través de mecanismos legales, de las tierras usurpadas por el Estado y por particulares. Dicha legislación debía también proteger sus derechos y posibilitar tanto el control sobre los recursos naturales ubicados dentro de sus tierras como el derecho a participar en la toma de decisiones relativas a asuntos que les afectasen, en todos los niveles. Las mismas organizaciones demandaban el

140 La emergencia de demandas comunes a los distintos pueblos en este contexto fue el resultado de procesos organizativos y de redes construidas por sus organizaciones en los años anteriores. Contribuyeron a hacer posible estas demandas comunes los encuentros sostenidos entre dirigentes *mapuche*, *aymara* y *rapa nui* en la segunda mitad de los 80, así como la creación en la misma época de la Comisión Técnica de Pueblos indígenas de Chile (CTPICH), que incluía a representantes de los mismos pueblos. Se debe resaltar la importancia que tuvo, en la generación de estas demandas comunes, la participación en esos años de los líderes indígenas en foros internacionales como el del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas.

reconocimiento de sus instituciones propias y, en particular, el reconocimiento de esferas de autonomía, incluyendo el reconocimiento del derecho propio o derecho consuetudinario indígena. Además, exigieron el deber del Estado de impulsar políticas destinadas a apoyar su desarrollo material de manera consistente con sus culturas[141].

Fue en este contexto que una parte significativa del movimiento indígena *mapuche*, *aymara* y *rapa nui* suscribió un acuerdo con los representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia en diciembre de 1989. Sobre la base de este acuerdo, conocido como el Acuerdo de Nueva Imperial por la localidad en que se celebró, los indígenas apoyaron a la coalición en sus esfuerzos por restablecer la democracia a cambio del compromiso de obtener el reconocimiento legal y constitucional de los derechos que reclamaban. Sobre la base del mismo acuerdo, el Gobierno del presidente Aylwin motivó un proceso que contó con el involucramiento activo de muchas organizaciones representativas de los pueblos indígenas, con el objeto de elaborar una propuesta de reforma constitucional y de legislación indígena que permitiera el reconocimiento de estos pueblos y de sus derechos. La propuesta de ley fue elaborada por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), entidad creada en 1990 y compuesta por representantes indígenas elegidos por los diferentes pueblos del país, así como por representantes gubernamentales. La misma iniciativa fue luego debatida en numerosas reuniones que tuvieron lugar en comunidades rurales y urbanas a lo largo del Chile y, luego, en enero de 1991, en el Congreso Nacional de Pueblos Indígenas en que participaron centenares de dirigentes de todo el país[142].

Como consecuencia del proceso de movilización y demanda indígena antes referido, en 1991 el Gobierno del presidente Aylwin envió al Congreso Nacional (1991) tres iniciativas para su análisis. El primero fue un proyecto de ley referido a los pueblos indígenas y a sus derechos basados en el anteproyecto elaborado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas y en las demandas de pueblos indígenas dominantes en la época[143]. El segundo fue un proyecto de reforma a la Constitución Política de 1980 relativo a los pueblos indígenas[144]. El último fue un proyecto para la ratificación del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Tales iniciativas, sin embargo, no encontraron en los partidos de oposición representados en el Congreso Nacional la acogida que esperaban las organizaciones de pueblos indígenas. El proyecto de ley fue aprobado en el Parlamento en 1993 (Ley 19.253 de octubre de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas), no sin la introducción de modificaciones que debilitaron sus contenidos. La iniciativa para el reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, así como la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT (1989) relativo a sus derechos, no contaron con el apoyo del Parlamento. Fue así como la primera de estas iniciativas fue desechada, en tanto que la segunda solo encontró aprobación el 2008, año de su ratificación por el Senado, lo que determinó que el Convenio, como veremos más adelante, solo entrara en vigencia en septiembre de 2009 en Chile, casi dos décadas después de ser presentado al Parlamento.

---

141 Se debe señalar que algunas organizaciones indígenas, en particular *mapuche*, como es el caso del Consejo de Todas las Tierras, levantaron en esa época como demanda central el reconocimiento por el Estado chileno del derecho de los pueblos a la libre determinación y a la autonomía como expresión de ella (ver Aukiñ Wallmapu Ngulam, Consejo de Todas las Tierras 1997.) Por lo mismo, no participaron del acuerdo de Nueva Imperial en 1989 ni del proceso de debate de una nueva legislación promovido a contar de 1990 por el Gobierno del presidente Aylwin. Para un análisis de las demandas de los distintos pueblos indígenas en los años finales de la dictadura, ver Aylwin y Besnier (1990).

142 Las conclusiones de este Congreso Nacional de Pueblos Indígenas están consignadas en Comisión Especial de Pueblos Indígenas (1991).

143 Cabe señalar, de todos formas, que algunas de las demandas de pueblos indígenas contenidas en el anteproyecto de CEPI, como aquellas relativas al reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas sobre el territorio y a los derechos preferentes de estos pueblos sobre recursos del suelo y subsuelo, no fueron incorporadas al proyecto de ley enviado por el Gobierno al Parlamento en 1991.

144 El proyecto de reforma constitucional proponía agregar como inciso final al artículo 1 de la CP de 1980: "El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos que integran la Nación chilena". Proponía además agregar como inciso final del número 22 del artículo 19: "La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados a favor de las comunidades indígenas". La propuesta en cuestión era muy débil en la protección de los derechos de pueblos indígenas en comparación con aquellos textos constitucionales aprobados en esa fecha como el de Brasil y Colombia, o los que se discutían en otros contextos de la región como México.

5.1.2. PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA LEY 19.253 DE 1993

I. PRINCIPIOS GENERALES, SUJETOS DE LA LEY Y DEBER DEL ESTADO

La ley aprobada por el Congreso Nacional en 1993, no obstante sus limitaciones, intenta: reconocer a los indígenas como sujetos colectivos (etnias) e individuales, y poner término a la situación de discriminación en que estos se han encontrado a través de la historia; reconocer, valorar e incentivar la existencia de los pueblos y personas indígenas y de sus culturas; promover su participación en la sociedad y el Estado y en la definición de las políticas que les conciernen; proteger y permitir la ampliación de sus tierras, y promover su desarrollo en forma compatible con sus culturas. Todo ello con miras a establecer, en el contexto de la redemocratización del país, y de los quinientos años de la llegada de los europeos a América, nuevas formas de relación con la sociedad y el Estado[145].

Consistente con esos principios, la ley dispone que "el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura" (artículo 1, inc. 1º).

La ley además establece como deberes de la sociedad, en general, y del Estado y sus instituciones, en particular, "respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación" (artículo 1, inc. 3º).

En cuanto a los sujetos, la ley reconoce a los indígenas, a sus etnias y a sus comunidades. La ley considera como indígenas a los hijos de padre o madre indígena, identificando como tales a los que descienden de habitantes originarios de las que define como tierras indígenas. También considera en esta calidad a quienes poseen al menos un apellido indígena y a quienes no lo poseen pero pueden acreditar su procedencia hasta por tres generaciones. Por último, dispone que son indígenas los que mantienen rasgos de una etnia indígena, entendiéndose por tal la práctica de sus formas de vida, costumbres o religiones de modo habitual, además de aquellas personas cuyo cónyuge es indígena. En este último caso, y en forma consistente con lo que dispone el Convenio Nº 169 de la OIT, la ley señala que es necesario que el individuo se autoidentifique como indígena (artículo 2)[146].

Por otra parte, la ley 19.253 reconoce como las principales "etnias"[147] y comunidades del país a los "mapuche, aymara, rapa nui o pascuense, comunidades atacameñas, quechua y coya del norte del país, las comunidades kawashkar o alacalufe y yámana o yagán de los canales australes" (artículo 1, inc. 2)[148]. Finalmente, esta ley reconoce como sujetos a dos figuras: las comunidades y las asociaciones, estableciendo un procedimiento para dotarlas de personería jurídica, de modo que puedan gozar de los derechos que establece. La ley entiende por comunidades a las agrupaciones de personas pertenecientes a una misma etnia indígena, ya sea porque provienen de un mismo tronco familiar, reconocen una jefatura tradicional, poseen o han poseído tierras en común[149] o provienen de un mismo poblado antiguo[150]. Establece además un mecanismo para la constitución de dichas comunidades, requiriendo para estos efectos de un mínimo de diez personas que representen al menos un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse a ellas (artículos 9 y 10). Concibe finalmente a las

---

145 El espíritu de la ley se ve reflejado en el texto del mensaje del presidente Aylwin al Congreso Nacional al enviar el proyecto de ley, en el que se señalaba: "Esta ley vendría a solucionar el grave problema de la indefensión legal que tienen estas personas y comunidades". Y luego agregaba: "Un objetivo importante es abolir cualquier tipo de discriminación que en el país hubiera". También se señalaba: "Los pueblos indígenas de Chile, que constituyen una de nuestras raíces, tiene derecho a un espacio de respeto y participación en la vida nacional" (Aylwin 1991, 2-3).

146 Este último criterio no es aplicable a los *rapa nui* de Isla de Pascua, según modificación mediante la Ley 19.587 de 1998. Ello para prevenir abusos relacionados con las tierras de la Isla.

147 El uso del término "etnia" por la ley es consecuencia de la oposición de los sectores conservadores del Congreso al término pueblo contenido en el proyecto de ley, argumentando que la Constitución Política solo reconoce a un pueblo, el chileno.

148 En septiembre de 2006 la Ley 20.117 modificó la Ley 19.253 de 1993 para reconocer como "etnia" a los *diaguita*.

149 Pensadas fundamentalmente para las comunidades sociológicas remanentes de las antiguas comunidades de tierras resultantes de los títulos de merced, a la fecha de la ley en gran medida divididas.

150 Pensadas para la realidad de los pueblos andinos, muchos de los cuales habitan poblados en común.

asociaciones indígenas como las agrupaciones funcionales integradas a lo menos por veinticinco indígenas que se constituyen con un fin común, ya sea este educacional, cultural o económico, y dispone que estas no pueden atribuirse la representación de las comunidades indígenas (artículos 36 y 37).

II. DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LEY

A) DERECHOS POLÍTICOS Y DE PARTICIPACIÓN

En materia de derechos de participación, la ley de 1993 intentó establecer mecanismos para hacer posible la participación indígena en el Estado, así como en la vida social y económica del país. Además de establecer las figuras legales para la representación comunitaria y para la participación funcional indígena, promovió formas de consulta a las organizaciones indígenas por parte de los organismos públicos en aquellas materias que les atañen, y su participación en la instancia creada para la coordinación de la política indígena del Estado, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

La ley en general no reconoce derechos políticos especiales a los indígenas ni tampoco a las "etnias". El único derecho establecido en la ley que tiene tal naturaleza es el derecho propio o consuetudinario indígena, que la ley identifica vagamente como "costumbre" indígena al referirse a su aplicación ante la justicia.

RECUADRO N° 1

SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY 19.253 REFERIDAS A PARTICIPACIÓN Y DERECHOS POLÍTICOS INDÍGENAS

– Se establecen las denominadas Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), concebidas como "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades". Dichas ADI deben ser declaradas por MIDEPLAN a propuesta de la CONADI, cuando concurren ciertos requisitos territoriales, demográficos y/o ambientales (artículos 26 y 27);

– Se reconoce el derecho de los indígenas y sus comunidades a la participación en la administración de las áreas silvestres protegidas (parques o reservas) ubicadas en las Áreas de Desarrollo Indígena, correspondiendo a la CONAF o el SAG y la CONADI, de común acuerdo, determinar la forma y alcance de esta participación y los derechos de uso de los indígenas (artículo 35);

– Se reconoce el derecho de las comunidades a ser consultadas y a otorgar o no su consentimiento en forma previa a la excavación de sus cementerios históricos (artículo 29 letra c);

– Se establece que los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, "deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley" (artículo 34);

– Se establece como una de las funciones primordiales de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) promover e impulsar la participación de las personas y comunidades indígenas en la vida nacional (artículo 39);

– Se prevé la participación indígena en el Consejo Nacional de CONADI, órgano máximo de esta entidad encargado de la conducción de la política indígena del Estado, integrado por, además del director nacional designado por el presidente de la república y de ocho representantes de Gobierno, ocho representantes indígenas, cuatro *mapuche*, uno *aymara*, uno atacameño, uno *rapa nui* y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional (artículos 38 a 42)[151];

– Se establece que en cada Subdirección de CONADI existirá un Consejo Indígena que cumplirá funciones de participación y consulta (artículo 46)[152].

– Finalmente, en materia de costumbre o derecho consuetudinario indígena, dispone que "la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad" (artículo 54). Siempre en este ámbito, la ley dispone que la sucesión de tierras

151 Tales representantes serán designados, a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas, por el presidente de la república de acuerdo con un reglamento dictado para estos efectos (Decreto Supremo 464 de 25 de octubre de 1994).

152 Dichas instancias nunca han sido conformadas.

indígenas comunitarias se sujetará "a las normas que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio, por la ley común" (artículo 18). También en esta materia reconoce el sistema de cacicado *mapuche williche* el establecer que "se reconoce en esta etnia el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial" (artículo 61).

B) DERECHO A LA TIERRA

En materia de derecho a la tierra, la ley procuró poner término al proceso divisorio de las comunidades reduccionales *mapuche*, disponiendo que estas solo podían ser divididas por la mayoría absoluta de quienes tuviesen derechos en ellas. Además, reconoció como tierras indígenas a las tierras individuales o colectivas que los indígenas estuviesen ocupando en ese momento en propiedad o posesión proveniente de los títulos utilizados por el Estado en el pasado, así como a aquellas que en el futuro fuesen declaradas como tales por la justicia o a raíz de un título gratuito del Estado.

La ley también les brindó protección con el objeto de impedir que estas pudiesen ser enajenadas, gravadas y traspasadas a no indígenas, como había ocurrido en el pasado. Finalmente, la ley promovió la ampliación de las tierras para los indígenas y sus comunidades, fundamentalmente vía mercado y a través del traspaso de tierras fiscales a través de un Fondo de Tierras y Aguas creado para estos efectos.

RECUADRO N° 2

SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY 19.253 RELATIVAS A TIERRAS Y AGUAS INDÍGENAS

–Reconoce que para las denominadas etnias indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. Establece como uno de los deberes del Estado y la sociedad en general protegerlas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1);

– Identifica las tierras indígenas, incorporando en esta categoría aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan, sea en propiedad o posesión, y que provienen de toda clase de títulos emanados del Estado. Considera a futuro aquellas que sean declaradas por los tribunales como pertenecientes a indígenas y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado. Tambien identifica como tierras indígenas (ancestrales) las que históricamente han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas, caso en que se requiere para que sean consideradas como tales que estas sean inscritas en el registro de tierras de CONADI (artículo 12)[153];

– Otorga protección jurídica a dichas tierras indígenas, de propiedad individual o colectiva, al disponer que estarán exentas del pago de contribuciones. La ley establece además que, "por exigirlo el interés nacional", las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. Dispone que tampoco podrán ser arrendadas en el caso de las tierras de comunidades y solo por un plazo no superior a cinco años en el caso de las tierras de propiedad individual (artículo 13).

– Establece, además, que solo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor con la autorización de la CONADI y que estas pasarán a considerarse tierras indígenas. La CONADI abriría un registro de tierras en el que se inscribirían las tierras de que trata el artículo 12 (artículo 15). En cuanto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (artículo 16), y que las tierras resultantes de la división de comunidades serían indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte (artículo 17);

– Establece como mecanismo para proveer la ampliación de las tierras indígenas el Fondo de Tierras y Aguas. En lo sustancial, establece que dicho fondo será administrado por la CONADI con el objeto de: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente; b) financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre tierras indígenas[154]; y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20).

153 Así el artículo 12 N° 2 dispone que son tierras indígenas: "Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades *mapuche*, aymara, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, coya, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad". El énfasis es nuestro.

154 Mecanismo para posibilitar la adquisición de predios en conflicto derivados de tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el Estado.

– Dispone que los recursos de este fondo estarán compuestos por aquellos que anualmente establezca la Ley de Presupuesto con este objeto, además de aquellos provenientes de la cooperación internacional, aportes de particulares, organismos públicos y privados, devoluciones contempladas en el artículo 22 de esta ley, las rentas que devenguen los bienes del Estado, así como las tierras, predios o propiedades que reciba del Estado (artículo 21). Las tierras no indígenas y aguas adquiridas con este fondo no podrán ser enajenadas por 25 años desde su inscripción (artículo 23).

C) DERECHOS CULTURALES

La demanda indígena por el reconocimiento de derechos culturales y lingüísticos, y para revertir las políticas asimilacionistas que fueran desarrolladas por el Estado chileno desde su creación, llevó al Ejecutivo a incorporar en su propuesta de ley una serie de disposiciones tendientes a su afirmación y protección. Aunque no todas ellas serían incluidas en el texto aprobado por el Congreso, cabe destacar las disposiciones legales tendientes al reconocimiento del "derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales", las que establecen "el deber del Estado de promover las culturas indígenas" (artículo 7). Sin embargo, el mismo artículo restringe el alcance de este derecho al limitar su reconocimiento a que tales manifestaciones culturales "no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público". Ello claramente viene a situar a las culturas indígenas como culturas subordinadas a la cultura de la sociedad chilena.

Asimismo, la ley sanciona como falta la "discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura" (artículo 8) y promueve el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas a través de, entre otros mecanismos, el impulso de los idiomas indígenas en áreas de alta densidad de población indígena; la inclusión de tales culturas e idiomas en el sistema educativo nacional; su difusión a través de los medios de comunicación, y la promoción de las expresiones artísticas y culturales indígenas, así como la protección de su patrimonio material e histórico (artículo 28). Además, contempla el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena (artículo 32). Finalmente, considera la destinación de recursos para el desarrollo de un programa de becas indígenas (artículo 33).

D) DERECHO AL DESARROLLO

La responsabilidad del Estado en el apoyo a la superación de la marginalidad económica y social a la que habían sido confinados los *mapuche* a través de la política de la reducción también fue una de las demandas centrales de los indígenas en el proceso de discusión legislativa. Intentando abordar esta demanda, la ley estableció la obligación de la sociedad y del Estado en la promoción del desarrollo de los indígenas, sus familias y comunidades (artículo 1, inc. 3º).

Como mecanismo específico en este ámbito, la ley crea un Fondo de Desarrollo Indígena, cuyo objeto será financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas. Entre los objetivos de este fondo –que podrá operar a través de planes de crédito, sistemas de capitalización y subsidio para comunidades y personas indígenas– la ley prevé la superación del minifundio; la adquisición de derechos sucesorios; la recuperación de tierras degradadas o la diversificación de su producción; la obtención de concesiones y autorizaciones de acuicultura y pesca, y la adquisición de utensilios de pesca artesanal. El fondo será financiado a través de recursos de la ley anual de presupuesto y cooperación internacional, y será administrado por CONADI (artículo 23). En este mismo ámbito también cabe mencionar las disposiciones relativas a las ADI a que antes se hiciera referencia (artículo 26 y 27).

III. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS RELATIVAS A "ETNIAS" DIFERENTES DE LAS MAPUCHE

A diferencia de la legislación dictada en Chile en el pasado en relación con indígenas, esta es una ley aplicable a las denominadas "distintas etnias" indígenas del país (*mapuche williche*, *aymara*, atacameña, *quechua*, *coya*, *rapa nui* o pascuense, *kawashkar* o alacalufe y *yámana* o *yagán* de los canales australes) así como a los indígenas urbanos y migrantes (arts. 60 a 77).

La mayor parte de estas disposiciones complementarias intentan dar protección y reconocimiento de tierras (y aguas) indígenas para pueblos cuyas tierras no habían sido objeto de reconocimiento o regulación jurídica en el pasado. Otras reconocen la autoridad tradicional indígena en el ámbito de su territorio (cacicado *williche* según el art. 61) o establecen instancias de participación indígena en la definición de su propio desarrollo (Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua creada por

el art. 67). Finalmente, otras disposiciones intentan orientar la acción del Estado para proveer al desarrollo de los indígenas referidos a los indígenas de los canales australes (artículos 73 y 74).

Dada la relevancia que tienen las disposiciones específicas de la Ley 19.253 aplicables para el caso de los pueblos andinos (*aymara*, atacameño, *quechua*, *coya*) y para el caso del pueblo *rapa nui* o pascuense, nos detendremos a continuación en su análisis particular.

A) NORMAS ESPECIALES PARA LOS PUEBLOS ANDINOS

La Ley 19.253 de 1993 contiene un capítulo de normas especiales para los pueblos indígenas del norte del país que pone énfasis en el pueblo *aymara* y las comunidades atacameñas, *quechuas* y *coya*. La Ley 20.117 del año 2006 hace extensivos estos derechos a los *diaguita*, que desde entonces son reconocidos como etnia.

El artículo 62 dispone que son *aymara* los indígenas pertenecientes a las comunidades andinas ubicadas principalmente en la I Región (hoy Arica-Parinacota y Tarapacá) y atacameños los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región de Antofagasta y, en ambos casos, los indígenas provenientes de ellas.

En el artículo 63 de la ley indígena se reconoce el derecho ancestral de las comunidades andinas sobre sus tierras de propiedad individual, comunitaria y patrimonial, mientras que en el artículo 64 se les reconoce a las comunidades indígenas del norte de Chile el derecho de propiedad sobre las aguas, basado en sus derechos ancestrales de uso. En estas normas han fundado las comunidades andinas del norte del país la regularización de sus títulos de propiedad sobre las tierras y las aguas.

En relación a las tierras, se reconocen tres tipos de propiedad, los que por expresa disposición de la ley, deben ser salvaguardados por las autoridades en los procesos de saneamiento y constitución del dominio de las comunidades andinas sobre sus tierras ancestrales, a saber: tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, lo que comprende, por lo general y no de un modo exclusivo, la casa habitación, terrenos de cultivo y forrajes; tierras de propiedad comunitaria, las que por lo general comprenden pampas y laderas de cultivo rotativas, y tierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas y que comprende pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido.

El legislador se hace cargo de la circunstancia de despoblamiento que se ha generado en el altiplano como consecuencia de diversos factores que han afectado el hábitat indígena dificultando el poblamiento de los territorios. Por ello en el artículo 65 dispone que CONADI incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las "etnias *aymara* y atacameña".

En relación con los derechos de agua, el derecho de propiedad ancestral está salvaguardado mediante el reconocimiento explícito de este derecho sobre las aguas que se han usado desde tiempos inmemoriales y cuya base jurídica es el derecho propio indígena. En efecto, en el artículo 64 de la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, en adelante la ley indígena, se dispone la protección especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país (*aymara*, atacameña o *lickanantai*, *quechua*, *coya* y *diaguita*), considerando que en sus territorios hay una menor disponibilidad de recursos hídricos que la existente en territorios de otras comunidades indígenas localizadas en el sur de Chile, en especial las *mapuche*. La misma ley, además, contempla normas especiales para la constitución del derecho sobre el agua en favor de las comunidades que pertenecen a los pueblos indígenas del norte, disponiendo que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas las aguas que se encuentren en sus terrenos, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. Las comunidades gozan de este derecho preferente de constitución, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito conforme al Código de Aguas, lo que, como veremos más adelante, y según ha establecido la jurisprudencia, no ha impedido la restitución de esos derechos de agua constituidos por terceros a las comunidades indígenas demandantes.

Se establece, además, que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiéndose, en ese caso, garantizar el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas[155].

A fin de implementar esta normativa y hacer efectivos los derechos, en la Ley 19.253, se encomienda a la Corporación y a la Dirección General de Aguas el establecimiento de un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad

155 Ley 19.253, artículo 64.

ancestral de las comunidades indígenas del norte[156]. La importancia de estas normas es que en ellas se reconoce un derecho preferente de constitución en favor de las comunidades indígenas del norte, fundado principalmente en sus derechos ancestrales.

El uso ancestral de las aguas por parte de las comunidades indígenas es un concepto que fundamenta la preservación y/o restitución de las aguas usadas tradicionalmente por las comunidades indígenas. El uso ancestral se articula con la cosmovisión, el uso y el manejo del recurso y la actividad social y económica, en síntesis, con el aprovechamiento histórico y actual de las aguas. Premunidas de este derecho ancestral, las comunidades indígenas protegen las aguas y enfrentan actualmente las amenazas que entrañan las demandas extractivas y la explotación de los recursos hídricos existentes en sus territorios ancestrales por parte de empresas, industrias, ciudades y pueblos.

Este derecho de propiedad ancestral indígena al agua ha sido reconocido consistentemente por la jurisprudencia chilena, siendo los casos más emblemáticos el de la comunidad atacameña de Toconce y el de la comunidad Chusmiza-Usmagama, que analizaremos más adelante en este capítulo.

B) NORMAS ESPECIALES RELATIVAS AL PUEBLO RAPA NUI

El legislador determina que son *rapa nui* los miembros de la comunidad originaria de Isla de Pascua y los provenientes de ella que sean hijos de padre o madre *rapa nui*, cualquiera sea su filiación, incluyendo la adoptiva[157] o posean al menos un apellido *rapa nui*, pudiendo en este caso ser considerados miembros de la etnia incluso aquellos que no tienen el apellido pero son capaces de acreditar su procedencia indígena por tres generaciones[158]. Cabe consignar que para el caso *rapa nui* se eliminó la posibilidad de que una persona sea considerada como tal solo por mantener los rasgos culturales y autoidentificarse y también por tener un cónyuge que lo sea[159]. De esta forma se evita que personas extrañas al pueblo *rapa nui* pretendan derechos en la ínsula.

---

156 Ley 19.253, artículo 3 transitorio, inciso 2°.

157 Ley 19.253, artículo 2, letra a).

158 Ley 19.253, artículo 2, letra b).

159 Modificación efectuada por la Ley 19.587 de 1998.

La ley crea la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), cuyo ámbito de competencia es el siguiente[160]: 1. Proponer al presidente de la república las destinaciones de tierras contempladas en los artículos 3 y 4 del DL N° 2.885 de 1979; 2. Cumplir las funciones y atribuciones que el DL N° 2.885 de 1979 entrega a la Comisión de Radicaciones. Para efectos de asumir estas funciones se establecen algunos criterios rectores: a) analizar las necesidades de tierras urbanas y rurales de la población *rapa nui* o pascuense, b) evaluar el aporte que dichas tierras hacen al desarrollo de Isla de Pascua y la comunidad *rapa nui* o pascuense y c) fomentar la riqueza cultural y arqueológica de Isla de Pascua; 3. Formular y ejecutar programas, proyectos y planes de desarrollo tendientes a elevar el nivel de vida de la comunidad *rapa nui*, conservar su cultura, preservar y mejorar el medio ambiente y los recursos naturales existentes en Isla de Pascua; 4. Colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la administración del Parque Nacional de Isla de Pascua; 5. Colaborar en la conservación y restauración del patrimonio arqueológico y de la cultura *rapa nui* o pascuense, en conjunto con las universidades y el Consejo de Monumentos Nacionales, y 6. Preparar convenios con personas e instituciones nacionales y extranjeras para el cumplimiento de los objetivos precedentes.

Respecto a su composición, la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua está integrada por un representante de los ministerios de Planificación y Cooperación, Educación, Bienes Nacionales y Defensa Nacional; por un representante de la Corporación de Fomento de la Producción, otro de la Corporación Nacional Forestal y otro de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; el gobernador de Isla de Pascua; el alcalde de Isla de Pascua y seis miembros de la comunidad *rapa nui* elegidos de conformidad al reglamento que se dicte al efecto, el que establece un sistema de sufragio universal, uno de los cuales deberá ser el presidente del Consejo de Ancianos. Preside esta comisión el gobernador y actúa como secretario técnico el jefe de la Oficina de Asuntos Indígenas de Isla de Pascua[161].

La ley establece un procedimiento especial para constituir dominio a favor de los *rapa nui* que ocupan tierras ancestrales no tituladas. Esta normativa es de particular importancia toda vez que la isla se encuentra inscrita a nombre del Fisco de Chile desde el año 1933, tal y como consignamos en los párrafos precedentes. De este modo, para los

---

160 Ley 19.253, artículo 67.

161 Ley 19.253, artículo 68.

efectos de la constitución del dominio en relación con los miembros de la comunidad *rapa nui* poseedores de tierras, se confiere competencia a la CODEIPA para actuar en conformidad a las disposiciones de los artículos 7, 8 y 9 del Decreto Ley 2.885 de 1979. Los reclamos de los afectados por estas resoluciones se tramitarán de conformidad con los artículos 12, 13 y 14 del mismo.

Por otra parte, en relación con los miembros de la comunidad *rapa nui* no poseedores de tierras, la CODEIPA podrá estudiar la situación y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio, concesión u otras formas de uso, acorde con la tradición de este pueblo y con los programas de desarrollo que se determinen para Isla de Pascua, privilegiando el dominio en las zonas urbanas y las demás formas de tenencia en las áreas rurales[162].

También se dispone de un procedimiento de reclamación que deberá efectuarse dentro de los 120 días siguientes de haber tomado conocimiento de la resolución que deniega el derecho. La reclamación se presenta ante la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua solicitando la reconsideración de la medida, la que será conocida y resuelta dentro del mismo plazo contado desde la fecha de su presentación. De esta resolución podrá reclamarse ante el juzgado respectivo de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 56 de la ley 19.253.

Las tierras asignadas o regularizadas en virtud de esta normativa se considerarán tierras indígenas de aquellas contempladas en el N° 4 del artículo 12, rigiendo a su respecto las prohibiciones legales que impiden su enajenación. En este caso se prohíbe también la permuta establecida en el inciso 3° del artículo 13.

Finalmente, la ley autoriza a las personas *rapa nui* para rectificar su partida de nacimiento como un mecanismo para preservar los apellidos. Los interesados pueden requerir al tribunal competente que anteponga el apellido de la madre al del padre cuando ello tenga por objeto preservar un patronímico *rapa nui*. Del mismo modo, podrán solicitar la rectificación de sus apellidos cuando, por cualquier circunstancia, hubieren sido privados de sus originales apellidos *rapa nui* y solo para efectos de recuperarlos y preservarlos[163].

162 Debemos señalar que esta norma ha sido cuestionada por el pueblo *rapa nui* y aparentemente obedece al hecho de que el Estado quiere mantener el control territorial en las zonas rurales de Isla de Pascua, actualmente bajo administración de SASIPA y CONAF.

163 Estas solicitudes se tramitarán de conformidad con la Ley 17.344 de 1970, directamente por el interesado o por su representante legal. Con todo, para el mismo objeto, tratándose de una inscripción de nacimiento, bastará que así lo manifiesten al oficial del Registro Civil personalmente el padre y la madre del infante, para que aquel proceda a inscribirlo anteponiendo el apellido materno al paterno. Ley 19.253, artículo 71.

Habida consideración de los impactos culturales y ambientales generados en Isla de Pascua como consecuencia del crecimiento de la población debido fundamentalmente a la migración externa, es que los *rapa nui*, a través de sus organizaciones, exigieron que se modificara el artículo 126 de la Constitución Política de la República, agregando un inciso bis, en el cual se autorice el control migratorio y se pueda restringir el libre tránsito de personas al territorio insular.

El proyecto de reforma constitucional del artículo 126 bis de la Constitución Política de la República, para permitir el control migratorio en los territorios del archipiélago de Juan Fernández y *rapa nui* (Boletín Legislativo N° 6756-07) fue ingresado por medio de mensaje presidencial N° 1487-357, con fecha 28 de octubre de 2009. El proyecto de reforma constitucional fue aprobado por el Congreso el 19 de enero de 2012 y ha sido traspasado al Ejecutivo para su promulgación. En la actualidad se discute entre el Estado y el pueblo *rapa nui* los contenidos de la ley que debiera regular el flujo migratorio en dichos territorios.

IV. RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA RESGUARDAR LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE LAS AGUAS

El régimen de protección instaurado por la Ley 19.253 de 1993 para resguardar los derechos indígenas sobre las aguas está establecido en los artículos 20, 22, 64 y 3 transitorio, inciso 2°, de esa Ley.

El artículo 20 la Ley 19.253 de 1993 crea el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas por cuyo intermedio se proveen recursos para financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o se financian obras destinadas a obtener el recurso[164]. Sin embargo, la Ley 19.253 de 1993 no ha logrado por medio de esta normativa revertir el proceso privatizador y sus negativos impactos sobre los derechos indígenas.

En efecto, en virtud de los artículos 20 y 22 se dispuso la creación de un fondo específico para regularización y/o compra de derechos de agua a favor de personas o comunidades indígenas, incorporándolas así al mismo esquema de "mercantilización" del recurso hídrico instaurado por el Código de Aguas de 1981, pero no ha establecido mecanismos

164 Ley 19.253, artículo 20 letra c).

específicos para la protección de las aguas indígenas que garanticen la sustentabilidad en el uso y manejo del recurso y que, recogiendo la visión holística indígena, incorporen la valoración ambiental, social y cultural del agua. Si bien la Ley somete las aguas indígenas al régimen de protección de tierras establecido en el mismo cuerpo legal en el artículo 13, que prohíbe la enajenación del derecho a fin de garantizar su preservación en el patrimonio indígena, dispone que dicha protección es aplicable solo a los derechos reales de aprovechamiento constituidos o regularizados con cargo al Fondo de Tierras y Aguas Indígenas y por un plazo de 25 años, al cabo del cual los derechos quedan liberados y disponibles para su libre enajenación.

En lo que sí ha avanzado la Ley 19.253 de 1993, como ya quedó establecido al tratar de las normas especiales de los pueblos andinos, es en el reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades indígenas del norte del país, permitiendo que regularicen sus derechos pese a la existencia de inscripciones a favor de terceros (artículos 64 y 3 transitorio). Debemos reiterar para una mejor comprensión de la materia en análisis que el artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993 protege especialmente las aguas de las comunidades *aymara* y atacameñas y otras del norte del país, estableciendo normas especiales para la regularización de derechos a favor de las comunidades que pertenecen a dichos pueblos. Dispone el artículo 64 que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. Las comunidades gozan de este derecho preferente de constitución, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad con el Código General de Aguas[165]. El mismo articulado establece, además, que no se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiendo en ese caso garantizarse el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

Por su parte, el artículo 3 transitorio, inciso 2°, establece que la Corporación y la DGA suscribirán un Convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades *aymara*, atacameñas y demás comunidades indígenas del norte del país conforme al artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993.

---

165 Ley 19.253, artículo 64 inciso 1°.

La importancia de las normas citadas es que reconocen un derecho preferente sobre las aguas a favor de las comunidades indígenas del norte fundado en sus derechos ancestrales, lo que se ha traducido en una jurisprudencia consistente en orden a reconocer dicho derecho y revertir procesos confiscatorios de derechos de agua ancestrales o prácticas extractivas susceptibles de comprometer el hábitat de las comunidades indígenas, según veremos a continuación.

En un fallo emitido con fecha 22 de marzo de 2004, la Corte Suprema se pronunció por primera vez a favor de reconocer la propiedad ancestral indígena sobre las aguas. Este fallo y sus implicaciones en materia de reconocimiento de la propiedad ancestral indígena del agua está fundado en su uso inmemorial (derecho propio) por la comunidad. El fallo en cuestión reconoció derechos de aprovechamiento de agua por un total de 100 l/seg., de carácter superficial y corriente, en favor de la Comunidad Indígena Atacameña de Toconce de la II Región de Antofagasta. Como contrapartida, el máximo tribunal desestimó las pretensiones de la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN S.A.), entidad a cuyo nombre figuraban inscritos los derechos cuya regularización se reivindicaba. El máximo tribunal ratificó la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que acogió la demanda de la Comunidad Atacameña de Toconce en contra de ESSAN S.A., y sentó como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivada de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno por aplicación de los ya citados artículos 3 transitorio, inciso 2°, y 64 de la Ley 19.253 de 1993.

El concepto de "propiedad ancestral indígena" está establecido expresamente en la Ley 19.253 de 1993, antes citada. En efecto, el artículo 3 transitorio, inciso 2°, dispone textualmente: "Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un Convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades *aymara* y atacameñas de conformidad al artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993".

El artículo 64 del mismo cuerpo legal sigue utilizando el concepto de "propiedad" para referirse al derecho ancestral que las comunidades indígenas del norte del país –*aymara*, atacameña, *quechua*, *coya* y *diaguita*– tienen sobre sus aguas e instaurar mecanismos para su protección. Dispone el artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993:

> Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades *aymara* y atacameñas. Serán consideradas bienes de propiedad y

uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias comunidades.

El uso de la expresión "propiedad ancestral indígena" constituye un reconocimiento de la dimensión que los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos adquieren en el marco del derecho consuetudinario o derecho propio indígena, sistemas jurídicos que desde tiempos inmemoriales han validado la propiedad indígena sobre estos bienes. Sin embargo, tras el proceso colonial y la incorporación de estos pueblos al régimen republicano, los derechos de propiedad reconocidos por el derecho consuetudinario indígena han entrado permanentemente en colisión con los ordenamientos jurídicos estatales y el derecho que el Estado y/o los ciudadanos se adjudican sobre ciertos bienes[166] y que para el caso del agua, según ya ha sido señalado, reserva el concepto de bien nacional de uso público, cuyo aprovechamiento puede ser adjudicado a los particulares por medio de concesiones.

La preeminencia del derecho nacional por sobre el derecho consuetudinario indígena se ha traducido, a lo largo de la historia, en un desconocimiento de la "propiedad ancestral indígena", como resultado del reconocimiento del mejor derecho de terceros que son titulares de derechos inscritos sobre los bienes en disputa. El Estado se ha adjudicado la potestad para otorgar concesiones a particulares, aun en circunstancias que puedan resultar perjudiciales para el interés indígena. En la actualidad, el derecho internacional, el derecho comparado y, siguiendo esta misma línea, el derecho interno chileno, pretenden revertir esta situación. Para hacerlo se han dispuesto mecanismos de regularización de la propiedad indígena sobre la tierra y sus recursos naturales, particularmente del agua, marco en el que la "propiedad ancestral indígena" confiere a las comunidades dominio pleno sobre las aguas.

Una conquista progresiva en la jurisprudencia chilena es la protección del derecho de propiedad comunal indígena sobre las aguas de uso ancestral, ya destacada en este manual. En el caso *Comunidad Indígena Toconce vs. ESSAN S.A.*, la Corte determinó que la Constitución, en su artículo 19, N° 24, consagra una concepción plural de la propiedad, lo que ha permitido incluir en él no solo la tradicional propiedad privada, sino también la propiedad comunitaria indígena[167], que emana del uso consuetudinario del agua como derecho[168].

Lo expuesto se hace evidente en el dispositivo del fallo, en que se estableció que "es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias"[169]. La Corte de Apelaciones sentencia que el legislador se hizo cargo de esta realidad y, por tanto, "ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de las comunidades indígenas, exigiendo solo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión de uso del recurso hídrico"[170].

Conforme a lo expresado, el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, que instaura el procedimiento de regularización, no tiene –en el parecer de la Corte– la finalidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sino únicamente de regularizarlos e inscribirlos. La comunidad de Toconce, demandante en autos, declara el fallo, es dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley porque así lo dispone el artículo 3 transitorio de la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

Se fundamenta el razonamiento del tribunal en las normas del artículo 7 del Decreto Ley 2.603 de 1979, que precedió al actual Código de Aguas, y que había reconocido expresamente el uso consuetudinario de las aguas como derecho, el que a su turno había recibido amparo constitucional por aplicación del artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República. Sostienen los sentenciadores que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, actualmente vigente, debe ser interpretado a la luz de los principios que inspiraban la normativa antes citada y que,

166 Bienes comunes, bienes nacionales de uso público, bienes de propiedad eminente del Estado y bienes fiscales.

167 Lo propio ha hecho el Tribunal Constitucional al realizar el control de constitucionalidad del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en el año 2000, cuando reconoce la especial naturaleza de la propiedad indígena y establece que este tipo de propiedad está protegida por la Constitución. Tribunal Constitucional, Rol 309, año 2000, considerando 77°.

168 Corte Suprema, rol 986, año 2003, considerando 6°.

169 Corte Suprema, rol 986, año 2003, considerando 3°.

170 Corte Suprema, rol 986, año 2003, considerando 4°.

por lo mismo, debe concluirse que la intención del legislador no es otra que simplemente regularizar el derecho de dominio que emana de las prácticas consuetudinarias por medio de su inscripción en el registro conservatorio respectivo.

Se argumenta que el procedimiento de regularización instaurado por el artículo 2 transitorio del Código de Aguas permite regularizar y no constituir derechos, pues el derecho de propiedad existe y no está en discusión. Se requiere una simple normalización mediante una normativa de tipo procesal –no sustantiva– cuyo objeto específico es regularizar la forma de inscripción de un derecho de dominio pleno que no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. El cuerpo legal que reconoce el derecho de propiedad ancestral que reivindica la comunidad indígena de Toconce, sentencia la Corte Suprema, es precisamente el artículo 3 transitorio de la Ley 19.253 de 1993, y lo único que falta y que corresponde a la judicatura establecer es el contenido y características esenciales de este derecho de dominio.

El ámbito de protección que la justicia chilena otorga a las aguas indígenas, adquiere mayores bases jurídicas a partir de la puesta en vigencia del Convenio N° 169 en Chile y se ha manifestado en la jurisprudencia sentada en los casos de la machi Francisca Linconao Huircapan y de la comunidad *aymara* Chusmiza-Usmagama.

El Convenio N° 169 entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009 y ya al día siguiente la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de protección a favor de la machi Francisca Linconao Huircapan, incorporando como parámetro de constitucionalidad de los derechos invocados por la recurrente el Convenio N° 169 y otros instrumentos internacionales. A partir de estos la Corte desarrolla un concepto amplio de medioambiente, que permite proteger las fuentes de agua *mapuche* (*menoko*), los espacios territoriales en los que se origina la medicina vernácula, la tierra y su particular importancia para los pueblos indígenas y la plena realización de la dignidad y libertad de las comunidades indígenas y sus miembros. Consecuencialmente, declara ilegal y arbitraria la tala de bosques aledaños a dichos espacios territoriales, en los que se recolectan hierbas medicinales[171].

El 25 de noviembre de 2008 la Corte Suprema, en otro fallo similar, reconoció que la comunidad indígena de Chusmiza-Usmagama tiene derechos ancestrales de aprovechamiento de aguas sobre la quebrada del mismo nombre, argumentando que estos se encuentran refrendados por la Ley 19.253 de 1993 y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aplicando la normativa de ambos instrumentos, establece que no existen dudas sobre el reconocimiento a favor de las comunidades *aymara* y atacameñas a las aguas. La Corte Suprema reiteró la jurisprudencia anterior, sentada en el caso Toconce, en el sentido de que el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República, reconoce como garantía fundamental "tanto los derechos de agua constituidos por acto de autoridad y también el proveniente del uso consuetudinario"[172]. En el artículo 19, N° 24, de la Carta Fundamental se asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales, señala, ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que históricamente han llevado al legislador a regular las materias indígenas por medio de la ley. En la actualidad, concluye el máximo tribunal, esto se encuentra vigente en virtud de la Ley 19.253.

El fallo comentado se pronuncia específicamente sobre el concepto de las tierras que, indica, debe entenderse en un sentido amplio y, desde esta percepción, comprende el entorno físico en que se desarrolla, se afianza y se mantiene la cultura indígena. Aquí el punto en discusión fue precisamente este, ya que la contraparte de la comunidad argumentó que el derecho de agua que pretendía la comunidad estaba radicado en tierras de su propiedad privada e inscrito. La Corte rechazó dicho alegato y determinó que lo que busca el legislador es amparar el derecho de propiedad ancestral de las comunidades indígenas usando como base territorial del derecho, no la tierra cuya protección es el dominio, sino el territorio, que es un concepto más amplio y comprende, finalmente, la totalidad del hábitat[173].

En conclusión, la jurisprudencia ha reconocido que el artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993 establece una protección especial de las aguas de las comunidades *aymara* y atacameñas, que deben considerarse bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena. Ha dispuesto que, de acuerdo con el artículo 3 transitorio, el Estado de Chile, por intermedio de CONADI y la DGA, debe garantizar la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de propiedad ancestral de dichas comunidades, "con lo

---

171 Corte Suprema, rol N° 7287-2009, ratificando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Causa Rol N° 1773-2008.

172 Corte Suprema, rol 2480, año 2008, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol 817, año 2006, considerando 3°.

173 Corte Suprema, rol 986, año 2003.

cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes"[174]. Este mismo criterio ya había sido recogido por el Tribunal Constitucional, en el año 2000, al realizar el control de constitucionalidad del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, cuando reconoce la especial naturaleza de la propiedad indígena y establece que este tipo de propiedad está protegido por la Constitución[175].

Finalmente, cabe ponderar que la legislación chilena también ha resguardado los derechos indígenas por la vía de proteger los ecosistemas indígenas, específicamente vegas y bofedales de la I y II Región, según lo establecido por la Ley 19.145 de 1992, ya citada. Un caso paradigmático en el cual se utilizó esta normativa de protección y se resguardaron adecuadamente los derechos indígenas sobre sistemas lagunares altoandinos, se suscitó en el sector de Pampa Colorada, en los acuíferos correspondientes al salar de Aguas Calientes II y la laguna Tuyagto, territorio ancestral de la comunidad *lickanantai* de Socaire. Allí Minera Escondida (BHP Billiton) intentó explotar 1 021 litros por segundo de aguas subterráneas, proyecto que fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) bajo la denominación de "Suministro de Agua Pampa Colorada". Dicho proyecto pretendía extraer aguas subterráneas que surten el salar de Aguas Calientes II y la laguna Tuyagto, protegidas por la Ley 19.145 de 1992 (Yáñez et al. 2008).

El proyecto Pampa Colorada fue rechazado por resolución exenta N° 0366/2007 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, con fecha 19 de noviembre de 2007. La resolución resolvió desfavorablemente el proyecto "Suministro de Agua Pampa Colorada", disponiendo que no se puede ejecutar y estableciendo, conjuntamente, que los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental en la materia denieguen los permisos o autorizaciones ambientales. La resolución se fundamenta en que el proyecto no se hace cargo adecuadamente de los impactos ambientales, pues el modelo hidrogeológico que contempla el proyecto no permite predecir ni evaluar los impactos ambientales, y tampoco mitigar, compensar o reparar de manera idónea los impactos ambientales generados por la ejecución del proyecto en una zona protegida. Asimismo, argumenta que la ejecución del proyecto afectará los sistemas y formas de vida de las personas que habitan dichos espacios territoriales o realizan actividades que dependen de este hábitat. La resolución no fue impugnada por el titular del proyecto, Minera Escondida, ante instancias judiciales o administrativas y se encuentra, por tanto, firme y ejecutoriada (Yáñez et al. 2008).

174 Corte Suprema, rol 986, año 2003, considerando 6°; Corte de Apelaciones de Iquique, fallo 817, año 2006, ratificado por la Corte Suprema el 26 noviembre de 2009, rol 2480, año 2008.

175 Tribunal Constitucional, rol 309, año 2000, considerando 77°.

5.1.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 19.253

No obstante los avances que esta legislación introdujo en relación con la legislación aplicable a pueblos indígenas vigente a la época de su aprobación, y las expectativas que ella generó en los propios pueblos indígenas que participaron de la elaboración del anteproyecto que posteriormente sería sometido al estudio del Congreso Nacional, existe hoy consenso entre analistas y los propios pueblos indígenas de que ella tiene serias deficiencias e insuficiencias, no reconoce adecuadamente los derechos de estos pueblos ni tampoco asegura su protección, en particular frente a los procesos de expansión económica verificados desde su aprobación a la fecha en muchos de los territorios indígenas en el país.

I. ANÁLISIS CRÍTICO EN RELACIÓN CON LAS DEMANDAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En efecto, la legislación aprobada por el Congreso Nacional restringió en aspectos sustanciales las demandas que habían sido formuladas por el movimiento indígena en el proceso de discusión de la ley. Así, en materia de derechos políticos, las demandas de participación indígena en todos los niveles de la administración del Estado[176] y, en particular, de representación especial en el Parlamento, no fueron recepcionadas en esta ley. Menos aún encontraron acogida en ella las demandas de autonomía, autodeterminación y autogestión surgidas de diversas organizaciones *mapuche* en el contexto previo a su debate[177]. También en materia de derechos políticos, la ley tampoco recogió adecuadamente las demandas de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus

176 Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, 1991, en CEPI, 1991; Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile, 1989 (Aylwin 2000).

177 Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile, 1989 (Aylwin 2000); Nehuen Mapu, 1989 (Aylwin 2000).

normas e instituciones jurídicas y del derecho consuetudinario, así como de participación indígena en la aplicación de justicia[178].

En materia de derechos territoriales, la ley aprobada no acogió demandas centrales de los pueblos indígenas en la época, como lo eran las relacionadas con el reconocimiento de la propiedad ancestral de sus tierras, así como de los derechos sobre los recursos naturales que hay en ellas y con la protección de derechos sobre el territorio. Así, en el primer ámbito, se demandaba que el Estado reconociera el derecho de los pueblos indígenas "sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado", las que claramente se diferencian y son más amplias que aquellas tierras que los pueblos indígenas "actualmente ocupan en propiedad o posesión" provenientes de títulos otorgados por el Estado como dispone la ley aprobada en su artículo 12. A ello se agregaba la demanda por los derechos sobre los recursos naturales existentes en ella, "renovables, no renovables, del suelo y del subsuelo"[179]. En relación con estos recursos se exigía que se reconocieran a los pueblos indígenas derechos sobre las aguas, los que no podrían separarse de las tierras y la utilización, explotación y administración exclusiva de los recursos del suelo y subsuelo, así como sobre los recursos lacustres, fluviales y marítimos colindantes con los pueblos indígenas[180].

Tales derechos, a excepción de aquellos derechos de aguas de las comunidades andinas del norte del país, como fue analizado al tratar las disposiciones específicas para estos pueblos, tampoco fueron recepcionados ni protegidos por la ley. Como se analizará en profundidad más adelante, tales derechos siguieron siendo regulados por legislación sectorial: el Código de Aguas (DFL 1.222 de 1981), el Código de Minería (Ley 18.248 de 1983) y la Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley 18.892 de 1991) y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica (Ley 19.657 de 2000), las que desvinculan los derechos sobre la tierra de los derechos sobre los recursos naturales que hay en ella, permitiendo su apropiación por no indígenas, como ha ocurrido en el país en las últimas décadas, generando graves conflictos en territorios indígenas.

Finalmente, y relacionado con lo anterior, la ley aprobada tampoco reconoció derechos sobre el territorio, como era reivindicado por diversas organizaciones indígenas en la época. Ello a través de la proposición de crear los llamados territorios de desarrollo indígena, los que eran concebidos como espacios sociales, demográficos culturales y ecológicos fundamentales para el desarrollo de los pueblos indígenas[181].

178 Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile, 1989 (Aylwin 2000); Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, 1991 (CEPI 1991).

179 Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile, 1989 (Aylwin 2000).

180 Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, 1991 (CEPI 1991).

II. ANÁLISIS CRÍTICO EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LEY ENVIADO AL CONGRESO

La ley aprobada introdujo, además, serias limitaciones a los contenidos del proyecto de ley elaborado con la participación de sus representantes y sometido por el Ejecutivo al conocimiento del Congreso Nacional en 1991.

Así por ejemplo, en materia de tierras, el Congreso Nacional debilitó la protección de las tierras indígenas al aumentar el plazo de duración de los contratos para su arrendamiento de dos a cinco años (artículo 13, inc. 4°); autorizó en el mismo artículo la permuta de tierras indígenas por no indígenas, y eliminó la obligación de CONADI de escuchar a la comunidad antes de autorizar la enajenación de tierras de personas naturales indígenas (artículo 13, letra b, Proyecto de Ley relativo a los Pueblos Indígenas enviado al Congreso Nacional el 8 de octubre de 1991).

Por otro lado, el concepto de territorialidad indígena que se encontraba tímidamente incorporado en el proyecto de ley a través de las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) no fue incluido en la ley aprobada. La ley aprobada, además, modificó en sus artículos 26 y 27 la redacción del artículo 24 del proyecto de ley en que se establecía que las Áreas de Desarrollo Indígena eran "áreas inseparables con su existencia y desarrollo" y otorgaba a la CONADI la facultad de señalar criterios de planes, programas y proyectos a realizarse en ellas, y expresar su opinión desfavorable.

El derecho de los indígenas a no ser trasladados de sus tierras y a ser consultados antes de que dicho traslado excepcionalmente se verificara, tampoco fue respetado al eliminarse el artículo 25 del proyecto que lo establecía. Finalmente, la ley aprobada eliminó la disposición que establecía que los titulares de tierras indígenas en igualdad de condiciones con otros interesados tendrían derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, uso de riberas en tierras indígenas y aguas colindantes (artículo 18 del Proyecto de Ley relativo a los Pueblos Indígenas enviado al Congreso Nacional el 8 de octubre de 1991).

En materia de derechos políticos y participatorios, la ley aprobada no reconoció a los indígenas el carácter de pueblos, sino solo de etnias

181 Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, 1991 (CEPI 1991).

y comunidades. La negación de su identidad como pueblos generó –y sigue generando– frustración, no solo entre los *mapuche*, sino entre los pueblos indígenas en general. Ello fue resultante de la incapacidad de los sectores más conservadores representados en el Parlamento de aceptar que Chile, al igual que la mayor parte de los Estados de la región, es un país plurinacional, compuesto por diversos pueblos, y no un "Estado-nación" ficción impuesta por la Constitución, las leyes y la historiografía tradicional.

En materia de participación, la ley aprobada solo reconoció una participación indígena mediatizada por la decisión del Ejecutivo en el Consejo Nacional de la CONADI. Ello, además del derecho de las organizaciones reconocidas por la ley a ser escuchados y considerados por los órganos del Estado cuando traten de materias que les conciernen (artículo 34) y de una limitada participación de carácter consultivo en las decisiones de los servicios de la administración del Estado y en la administración de las áreas protegidas ubicadas en las ADI (artículo 35).

En materia de justicia, la ley no reconoció la existencia y validez de la costumbre o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Ello tiene especial gravedad, dado que el artículo 2 del Código Civil de 1855, establece que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". En el caso de los pueblos indígenas, aparte del limitado reconocimiento que la Ley 19.253 hace de la costumbre indígena en sus artículos 54, 18 y 61 antes referidos, el único reconocimiento de la costumbre existente a la fecha de su aprobación era el del artículo 13 de la llamada ley Pascua, relativa a la Isla de Pascua y a sus habitantes (Ley 16.411 de 1966), de acuerdo con el cual en los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública y contra la propiedad cometidos por naturales de la isla en el territorio de ella se aplicará la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados en la ley. Ello en atención a la especificidad cultural de los *rapa nui*.

Tampoco se reconoce en la ley aprobada la figura de los jueces de paz indígenas para la resolución de conflictos de menor cuantía al nivel comunitario, según la costumbre y el derecho consuetudinario, como se planteaba en el proyecto de ley (artículos 90 a 94, Proyecto de Ley relativo a los Pueblos Indígenas enviado al Congreso Nacional el 8 de octubre de 1991)[182]. En relación con las comunidades como forma de organización legal indígena, el texto aprobado (artículo 10, inc. 2º) permite la conformación de una comunidad legal con solo un tercio de los indígenas mayores de edad y un mínimo de diez personas, abriendo las puertas a la división de comunidades de tierras o familiares hasta entonces existentes. En el caso de las asociaciones, la ley aprobada les prohibió asumir la representación de las comunidades indígenas (art. 35), obstaculizando con ello la federación en instancias mayores de dichas comunidades. En materia de derechos culturales, se supedita el derecho de los indígenas al desarrollo de sus manifestaciones culturales a la moral, las buenas costumbres y el orden público (artículo 7), lo que denota el reconocimiento de las culturas indígenas como culturas subordinadas. En cuanto a la discriminación, esta es sancionada solo como una falta, con una sanción de multa que resulta inefectiva para eliminar una práctica cultural arraigada en la sociedad chilena. Por otro lado, muchos de los mecanismos para el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contenidos en la ley (artículo 28) son de carácter programático y no exigibles por los indígenas en caso de incumplimiento por parte del Estado. La educación intercultural bilingüe establecida por la ley no cuenta con un mecanismo legal de asignación presupuestaria que permita el impulso de programas para su materialización, a diferencia de lo ocurrido en materia de tierras y aguas y de desarrollo indígena en que se consignan fondos especiales para su implementación.

Finalmente, las disposiciones relativas al desarrollo indígena son muy generales. No se especifica en ellas la orientación que se dará al Fondo de Desarrollo Indígena (FDI), no se vincula en forma directa este fondo con el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) creado por ley ni se consagra la participación indígena en las ADI, como anteriormente fue señalado.

III. ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Un análisis crítico sobre esta legislación no puede sino tener en consideración el derecho internacional de los derechos humanos

182 En dicho proyecto se reconocía "la existencia y validez del derecho consuetudinario y la costumbre de los pueblos indígenas" (artículo 59, Proyecto de Ley de 1991). Se establecían los jueces de paz indígena como instancias para la resolución de conflictos de menor cuantía verificados en áreas indígenas y que involucraran a personas indígenas. Dicha instancia se articulaba al sistema estatal de justicia al establecer la participación de la Corte de Apelaciones en el nombramiento de los jueces de paz indígena y al disponer que sus resoluciones serían apelables ante los jueces de letras (artículo 92, Proyecto de Ley de 1991).

referidos a los pueblos indígenas, en particular el Convenio N° 169 de la OIT, el que si bien no fue ratificado por Chile mucho más tarde en el tiempo (2008) se encontraba vigente a la época de la promulgación de esta ley. También debe tener presente y considerar la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI), la que junto al Convenio, como veremos en detalle en los capítulos II y III, contienen las directrices más relevantes del derecho internacional aplicable a estos pueblos.

Aunque son muchas las materias en las que la brecha entre la Ley 19.253 y el derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas resulta evidente, cabe resaltar aquí algunos de los ámbitos en que ella es más marcada y, por lo mismo, más grave. Uno de estos ámbitos es el de los derechos políticos y de participación de pueblos indígenas, pueblos que, como ya señaláramos, la Ley 19.253 no reconoce como tales sino solo como "etnias". Así, en esta materia, mientras la ley 19.253 no reconoce esferas de autonomía de estos pueblos, tanto el Convenio como la Declaración son claros en establecer ámbitos de autonomía y control de los pueblos indígenas de sus propios asuntos, tanto en materia de desarrollo (artículo 7.1 Convenio; artículos 4 y 5 DNUDPI), como en materia de justicia e instituciones propias (artículos 8 a 10 Convenio; artículo 5 DNUDPI), y en materia cultural (artículo 26 y ss. Convenio; artículos 11 y ss. DNUDPI). La Declaración, como veremos con detención en el capítulo III, va más allá al reconocer que estos pueblos tienen derecho a la libre determinación, en virtud de la cual "determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (artículo 3 DNUDPI).

En el mismo ámbito, mientras la Ley 19.253 no reconoce derechos de participación especial indígena, el Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en la misma medida que otros sectores de la población en todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y órganos administrativos (artículo 6,1.b). La Declaración, en tanto, reconoce el derecho de estos pueblos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5 DNUDPI).

Relacionado con ello, mientras la Ley 19.253 no obliga a los órganos de la administración del Estado más que a escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que les conciernan (artículo 34), el Convenio N° 169 dispone que dicha consulta es obligatoria para los Gobiernos cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, agregando que las mismas deben realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, y "con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas" (Convenio N° 169, artículo 6). La Declaración de la ONU va aún más allá en esta materia estableciendo que, frente a diversas circunstancias que les atañen (medidas legislativas y administrativas, y la prospección o explotación de los recursos del subsuelo existentes en sus tierras, entre otras), estos pueblos tienen el derecho a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan.

Otro ámbito en que la brecha entre la Ley 19.253 y las directrices del derecho internacional aplicables a pueblos indígenas es el referido a los derechos territoriales. En materia de derechos de propiedad sobre la tierra, el Convenio N° 169 es claro en establecer que "deberá reconocerse a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan" (artículo 14.1). Tal derecho de propiedad, que ha sido entendido por los órganos de aplicación del Convenio como uno que se extiende no tan solo a las tierras reconocidas legalmente por los Estados a estos pueblos, sino también a las tierras de propiedad ancestral (Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009), contrasta con la limitada conceptualización que el artículo 12 de la Ley 19.253 contiene de las tierras indígenas, limitándolas en la práctica a aquellas que han sido reconocidas a indígenas en virtud de títulos otorgados por el Estado en el pasado o a las que a futuro se declaren como tales por los tribunales o se otorguen por el Estado. En efecto, si bien dicho artículo reconoce como tales aquellas que históricamente han ocupado las personas o comunidades de las "etnias" indígenas reconocidas por la ley, este establece como requisito en este único caso que estas tierras sean inscritas en el Registro de Tierras de CONADI (artículo 12.2 de 19.253), lo que significa dejar a la discreción del Estado su calificación como tierras indígenas.

Lo mismo cabe señalar en relación con los recursos naturales existentes en las tierras indígenas, sobre los cuales la ley 19.253 no reconoce derecho alguno, salvo en el caso de las aguas de los pueblos andinos. Ello en contraste con el Convenio N° 169 que reconoce derechos de participación –que comprenden la utilización, administración y conservación– de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras (artículo 15.1), así como derechos de consulta frente a la prospección y explotación, participación en los beneficios e indemnización por daños

frente a estas actividades, cuando se trata de recursos del subsuelo o de otros recursos de propiedad del Estado (artículo 15.2). La ley también contrasta con la Declaración, que reconoce no tan solo los derechos de propiedad ancestral basados en su ocupación o utilización tradicional sobre las tierras indígenas, sino también sobre los territorios y los recursos naturales, derecho que comprende la posesión, la utilización, el desarrollo y el control (artículo 26.2 DNUDPI). Igualmente importante, la Declaración establece el derecho de estos pueblos a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido "confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado" (artículo 28 DNUDPI).

Las implicancias del derecho internacional referido a pueblos indígenas –y en particular al Convenio N° 169 de la OIT, dado su carácter de tratado internacional y el hecho de haber sido ratificado por el Estado chileno el 2008, en el derecho interno– serán analizadas con mayor profundidad en el capítulo II en que se trata de este Convenio. Ello en particular a la luz del artículo 5, inc. 2°, de la Constitución Política que establece el deber del Estado de respetar los derechos humanos garantizados por ella y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Cabe anticipar aquí, de todos modos, tal como lo ha reconocido la doctrina y crecientemente la jurisprudencia, que los derechos humanos de tratado, como los establecidos en el Convenio Nº 169 de la OIT, pasan a integrarse al bloque de constitucionalidad, siendo por tanto superiores a las normas de jerarquía legal como la Ley 19.253, debiendo por tanto entenderse modificadas en lo que sean incompatibles con ellos.

Finalmente, un análisis crítico de la Ley 19.253 no puede dejar de tener presente el derecho comparado referido a los pueblos indígenas. Tal como se analizará con mayor profundidad en el capítulo IV, la ley chilena tiene rezagos muy evidentes en relación con el derecho existente en la materia en la mayor parte de América Latina. En efecto, a través de un proceso gradual, y a contar de la década de los 80, la mayoría de los Estados de la región han dado reconocimiento no solo legal, sino también constitucional a los pueblos y sus derechos. A través de las constituciones y de legislación complementaria se ha dado reconocimiento progresivo a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, estableciéndose un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía, de reconocimiento de instituciones propias y costumbre o derecho consuetudinario y sistemas de justicia. Asimismo, tales ordenamientos jurídicos han reconocido a estos pueblos un conjunto de derechos relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como otros de carácter lingüístico y cultural.

Más recientemente, en el caso de las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009), en gran medida influenciadas por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, se ha reconocido la plurinacionalidad que estos pueblos representan y propuesto la interculturalidad como forma de relación con el Estado y otros pueblos que los habitan. Ello además de reconocerse sus derechos colectivos, incluyendo los de libre determinación y autonomía, así como la obligación de brindar una protección especial a las tierras y territorios indígenas.

El contraste existente entre los avances jurídicos verificados en relación con los pueblos indígenas en otros Estados de la región ha sido constatado por entidades internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo. De acuerdo con el índice de calidad de legislación indígena del BID de 2004, Chile figuraba en el lugar número 14 de 20 en la región en calidad de su legislación sobre la materia[183]. La ausencia de un reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en la Constitución Política, así como el déficit que el país mantiene en su tratamiento legislativo, en particular en lo referido a la ausencia de mecanismos para el reconocimiento de la propiedad tradicional indígena, para la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, así como para garantizar su participación, ha sido constatada en los últimos años por diversas entidades internacionales de derechos humanos, como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2009) y la Relatoría Especial de la ONU sobre Derechos Indígenas (Stavenhagen 2003; Anaya 2009), las cuales han instado al Estado chileno a introducir transformaciones jurídicas en la materia.

183 La mayor parte de los países que cuentan con una población indígena similar o superior a la de Chile se ubicaban en posiciones superiores a Chile en este índice. Los países con índices inferiores a Chile eran los de menor población indígena como Uruguay y El Salvador. Indice de Calidad Legislativa Indígena (BID 2004), disponible en <http://www.iadb.org/sds/ind/site_3152_s.htm> [Consultada el 10 julio 2010].

5.2. OTRA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS[vii]

5.2.1. LA LEY 20.249 QUE CREA EL ESPACIO COSTERO MARINO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Tras la promulgación de la Ley General de Pesca y Acuicultura y del reglamento de Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, cuerpos normativos que analizaremos en el acápite siguiente, las comunidades indígenas observaron que esta normativa amenazaba sus derechos sobre espacios marítimos de interés cultural y productivo, que habían sido utilizados desde tiempos inmemoriales. Como resultado de un largo proceso organizativo y de presión indígena liderado por los *mapuche lafkenche* se aprobó la Ley 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, promulgada el año 2008. Dicha legislación confiere la administración de este espacio a una asociación de comunidades indígenas que invocan el uso consuetudinario y, excepcionalmente, a una comunidad indígena si solo ella ha ejercido este tipo de uso (Hervé et al. 2011).

El mecanismo legal por medio del cual se reconoce el territorio marítimo originario es por medio de un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca y la asociación de comunidades o comunidad asignataria (Hervé et al. 2011). El objetivo de dicha destinación es precisamente resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero[184]. Sin embargo, previo a la destinación a las comunidades o asociaciones titulares de los derechos, dicho espacio costero marino de pueblos originarios es entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca, entidad a la que le corresponde finalmente suscribir el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria.

Por uso consuetudinario de este espacio se entienden las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad que reivindica su uso, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura. Este uso consuetudinario comprenderá, entre otros, los usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales[185].

Es importante resaltar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, la delimitación del espacio costero marino de pueblos originarios está determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él. En este sentido, se observa una contradicción entre el reconocimiento de derechos ancestrales de uso y la modalidad de asignación por intermedio de la Subsecretaría de Pesca. El mecanismo de administración responde a una figura jurídica denominada "el espacio costero marino de los pueblos originarios (ECMPO)", categoría de protección a la que queda sometida la destinación, la administración de dichos espacios y, asimismo, el término de la destinación (Hervé et al. 2011). La naturaleza jurídica de este acto de asignación, como ha sido señalado, es un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca y la asociación de comunidades o comunidad asignataria mediante decreto del Ministerio de Defensa.

La ley establece expresamente que la administración del espacio costero deberá asegurar la conservación de los recursos naturales que lo conforman y propender al bienestar de las comunidades de acuerdo con el plan de administración que presente la asociación de comunidades adjudicatarias. Le corresponde a la Comisión Regional del Borde Costero pronunciarse respecto a la aprobación o rechazo de la solicitud (Hervé et al. 2011). Tal y como plantea Hervé, una cuestión relevante es la referencia que hace la ley a la costumbre, señalando que la designación del espacio deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante, siendo importante relevar que el legislador aclara en la misma ley que las interrupciones del uso no afectan la habitualidad (Hervé et al. 2011). De esta forma, el legislador se hace eco de lo resuelto reiteradamente por la jurisprudencia en lo que refiere a los derechos indígenas basado en el uso consuetudinario, donde ha sido establecido que el uso no se interrumpe cuando se pierde temporalmente la posesión por causas ajenas a la voluntad de las comunidades u organizaciones indígenas[186]. Como ha sido señalado, el artículo 6 define lo que se entiende por "uso consuetudinario",

---

vii Sección elaborada por Nancy Yáñez.

184 Ley 20.249, artículo 3.

185 Ley 20.249, artículo 6.

186 Corte Suprema, Toconce c. ESSAN; Corte Suprema Chusmiza-Usmagama c. Empresa Embotelladora Chusmiza-Usmagama S.A.

ponderando la habitualidad de uso y el reconocimiento colectivo de este acto como una manifestación propia de la cultura indígena. Corresponde a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, a solicitud de la Subsecretaría de Pesca, acreditar o no el uso consuetudinario mediante un informe pericial. La ley, sin embargo, da preferencia a las concesiones marítimas, áreas de manejo y/o concesiones de acuicultura otorgadas con anterioridad a la puesta en vigencia de la Ley 20.249 en virtud de la normativa de la Ley General de Pesca y Acuicultura. De esta forma contraviene el reconocimiento de derechos consuetudinarios que implican reconocer la preexistencia del uso ancestral.

En efecto el artículo 7, inciso 2°, lo dispone de este modo: "En caso de constatarse una sobre posición con concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del espacio costero marino de pueblos originarios, se comunicará esta circunstancia al solicitante, mediante una resolución denegatoria. En caso de que la sobre posición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios".

Sin perjuicio de lo expuesto, a partir de la puesta en vigencia de la Ley 20.249, las solicitudes para el reconocimiento del ECMPO gozan de preferencia respecto de cualquier concesión de acuicultura, marítima o área de manejo que se encuentre en tramitación, trámite que se suspende automáticamente tan pronto se ingresa una solicitud de ECMPO y mientras esta no haya sido resuelta por la autoridad marítima. Esta situación ha generado reticencia por parte de las autoridades, las que han retardado el otorgamiento de ECMPO y han presionado a las comunidades para propiciar una reforma que permita impedir que por este mecanismo se limiten concesiones con fines productivos en el borde costero. Un caso emblemático es el de las comunidades indígenas que reivindican derechos sobre el territorio marítimo correspondiente a la bahía de Mehuin y que analizaremos más adelante en este mismo capítulo.

De acuerdo con el artículo 2 de la ley: "Serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de conformidad con el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre Concesiones Marítimas, o la normativa que lo reemplace".

En virtud de esta normativa todo el borde costero del país es susceptible de ser reconocido como ECMPO, siempre y cuando corresponda a un espacio de uso ancestral de pueblos originarios. La ECMPO y el convenio de uso que la regula tienen duración indefinida, pero están sujetos a varias condiciones de caducidad, a saber: incumplimiento del plan de manejo, siempre que se constate una afectación grave de la conservación de los recursos hidrobiológicos del ECMPO; la disolución de la asociación de comunidades o comunidad asignataria del área, o haber incurrido la beneficiaria o las beneficiarias en infracciones reiteradas al artículo 15 de la ley, condición que se cumple cuando ha sido sancionada en más de tres oportunidades. Cabe llamar la atención sobre las infracciones consideradas en la normativa, entre las que se tipifica la circunstancia de impedir el acceso al espacio costero marino de pueblos originarios a cualquier persona o impedir el tránsito o la libre navegación por el espacio costero marino de pueblos originarios. Ello obedece a una estrategia de criminalización que surge a propósito del conflicto CELCO-Comunidades indígenas y pescadores de Mehuín que, como ha sido señalado, analizaremos en detalle en el próximo capítulo.

6. Derechos de pueblos indígenas y recursos naturales[viii]

Durante las últimas décadas el Estado de Chile ha procurado integrar la economía del país a los mercados globales y, para hacerlo, ha implantado un modelo basado en la explotación de los recursos naturales. De esta manera se ha promovido una economía de rápido crecimiento, que concibe la riqueza natural del país como bienes de dominio privado (recursos forestales) o bien, en caso de que sean de dominio público (agua, minerales, recursos marinos y energéticos), como bienes transferibles a privados por medio de concesiones. El modelo económico se estructura en la libre disposición de dichos recursos en el mercado de bienes y servicios.

Esta estrategia, iniciada en los años 80 bajo la dictadura militar, se ha visto fortalecida a contar de 1990 por la acción de los Gobiernos democráticos, que han propiciado y profundizado ajustes estructurales de la legislación para permitir el desarrollo económico del país de acuerdo con los principios que orientan el libre mercado. Para estos efectos, además, se han suscrito acuerdos de libre comercio con distintos países o agrupaciones de países que favorecen la inversión extranjera en diversas áreas productivas por medio de rebajas arancelarias, exenciones tributarias y escasas regulaciones. A la fecha, Chile tiene suscritos 21

acuerdos comerciales vigentes con 58 países[187]. Como consecuencia de esta estrategia económica, se han puesto en marcha grandes proyectos de inversión a lo largo de todo el país para la extracción de recursos naturales. Al igual que en otros países de América Latina, parte importante de estos proyectos –públicos o privados– se ejecutan en tierras de propiedad indígena o en territorios que las comunidades indígenas reivindican como propios, sobre la base de la propiedad ancestral que desde tiempos inmemoriales han ejercido sobre ellos.

Si bien la legislación chilena relativa a los pueblos indígenas –Ley 19.253 de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas– en teoría protege las tierras, los ecosistemas y los recursos hídricos que forman parte de sus territorios ancestrales, en la práctica ha sido vulnerada sistemáticamente por el Estado y sus instituciones, las que han privilegiado otros cuerpos normativos para favorecer los intereses empresariales en desmedro de los derechos indígenas. Así, tal y como hemos señalado anteriormente en este capítulo al analizar la situación de distintos pueblos indígenas, recursos como el agua, los minerales, los recursos energéticos y las riquezas del mar son cedidos por el Estado a empresas de distinta magnitud para su explotación, aun cuando estos se encuentren en tierras indígenas.

Tanto la Ley 19.253 como la Ley 19.300 de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Chile, si bien reconocen el derecho a consulta de las comunidades frente a estas iniciativas, no han podido impedir que estas se lleven adelante aun en contra de la voluntad de los pueblos indígenas. Ello contrasta con la tendencia del derecho internacional a reconocer la estrecha relación existente entre estos pueblos y los recursos naturales que hay en sus tierras y territorios y, por lo mismo, a establecer mecanismos para su protección legal. Como consecuencia de estas intervenciones económicas se han suscitado situaciones de conflicto y violación de los derechos indígenas. Ellas se han traducido en la pérdida de recursos naturales de uso tradicional, alteración del hábitat tradicional de las comunidades indígenas, contaminación ambiental y migración forzada hacia centros urbanos, todo lo cual ha redundado en el abandono de las costumbres y formas de vida indígenas, además del aumento progresivo de la pobreza.

El afán de explotar los recursos naturales en los territorios indígenas va en aumento, y la evidencia empírica muestra que el Estado, lejos de controlar la demanda, ha favorecido el otorgamiento indiscriminado de concesiones para la explotación industrial de los recursos naturales. El Estado, a través del régimen de concesiones privadas sobre dichos recursos, ha propiciado procesos de monopolización privada de recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas, que se han traducido en la concentración de la propiedad sobre las aguas, los yacimientos mineros, fuentes de energía geotérmica e hidráulica, recursos del mar y otros recursos naturales en manos de empresas de gran envergadura, nacionales y transnacionales que evidencian las tendencias monopólicas del modelo. Paralelamente, se han debilitado los controles ambientales y regulaciones a las concesiones y, en general, a la explotación de todos los recursos naturales sean de propiedad pública o privada, siendo el caso más paradigmático la explotación de los bosques y su reemplazo por plantaciones exóticas (pino insigne o *radiata* y eucaliptus) bajo la forma de monocultivo y, asimismo, la privatización y sobreexplotación de los recursos hídricos. Estas políticas de liberalización de controles ambientales no consideran que estos recursos proveen servicios ambientales fundamentales a los ecosistemas y, si lo consideran, es de un modo tan restrictivo que a la postre la protección es ineficaz por lo feble de las regulaciones.

Las leyes en base a las cuales se estructura la industria extractiva de recursos naturales en Chile son fundamentalmente el Código de Aguas y sus modificaciones; el Código de Minería y la Ley 18.097 de 1982 sobre Concesiones; la Ley de Pesca y Acuicultura de 1981 y sus modificaciones; la Ley 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales; el Decreto Ley 701 de Fomento Forestal y sus modificaciones; la Ley 20.283 de Bosque Nativo de 2008, y la Ley 19.657 del año 2000 sobre Concesiones Geotérmicas.

Dada la implicancia que estas normas tienen para la gobernanza[188] indígena sobre sus recursos naturales, nos parece relevante incluir un

viii Sección elaborada por Nancy Yáñez.

187 Disponible en <http://www.direcon.gob.cl/acuerdo/list> [Consultada el 24 de enero de 2012].

188 En el caso de las comunidades indígenas, la gobernanza es expresión del derecho de autonomía, cuyo desarrollo normativo, el derecho de autonomía, nos remite al derecho internacional de los derechos humanos donde ha sido establecido el derecho indígena al territorio y al control sobre los recursos naturales que lo integran. Como consecuencia, la gobernanza concebida

análisis de esta normativa. A continuación revisaremos los principales contenidos de las leyes sectoriales antes citadas y evaluaremos si sus preceptos colisionan con los derechos que el ordenamiento jurídico chileno reconoce a los pueblos indígenas. Asimismo, expondremos sumariamente algunos casos donde se evidencia la forma en que el Estado ha resuelto las antinomias entre esta norma y el estatuto de los pueblos indígenas.

6.1. LEGISLACIÓN DE AGUA Y DERECHOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS HÍDRICOS

6.1.1. RÉGIMEN DE DERECHOS DE AGUA

El modelo de privatización de los recursos hídricos en Chile ha sido establecido en la Constitución Política de la República (CPR) de 1980[189] y en el Código de Aguas en 1981[190]. Este modelo contradice la declaración del Código Civil y del mismo Código de Aguas que asigna al agua la condición jurídica de un bien nacional de uso público[191].

La legislación chilena, como ha sido señalado, ha puesto en el mercado de bienes y servicios los recursos hídricos por medio de concesiones privadas que ofrecen garantías exorbitantes para la protección de los derechos de los concesionarios. Las aguas –habida consideración de la importancia estratégica que tienen en todos los procesos productivos– han sido conferidas a particulares mediante concesiones, protegidas constitucionalmente por medio de generar un *coto de constitucionalidad* a favor del concesionario en base al reconocimiento del derecho de propiedad sobre las concesiones de agua[192] y amparadas constitucionalmente a través del recurso de protección[193].

---

como parte del derecho de autodeterminación indígena se manifiesta en el derecho de estos pueblos y comunidades a establecer sus prioridades en materia de desarrollo y controlar el acceso a los recursos necesarios para asegurar su subsistencia.

189 El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980.

190 DL 1.222 de 1981 –Código de Aguas– y Ley 20.027 de 2005 y Ley 20.099 de 2006, que modifican el Código de Aguas.

191 Artículo 595 del Código Civil.

192 Artículo 19 N° 25, Constitución Política de la República.

193 Artículo 20, Constitución Política de la República.

La concesión de derechos de agua, bajo el modelo chileno, tiene la característica de ser un derecho real de aprovechamiento perpetuo que puede transarse libremente en el mercado de bienes y servicios sin ninguna restricción y que, en general, es gratuito, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso caso en el cual debe pagar una patente por el no uso. Así, el régimen de derecho de agua chileno ha derivado de un modelo de asignación administrativa condicionado y sujeto a reglas de caducidad para resguardar su función pública e interés común[194], a uno donde la asignación y redistribución de los recursos hídricos se efectúa por el mercado, de modo tal que la condición de bien nacional de uso público pierde todo contenido jurídico.

El Código de Aguas de 1981 clasifica las aguas en: aguas marítimas (se regulan por otras normas que analizaremos al abordar la legislación que incide en el uso, aprovechamiento y explotación de los recursos del mar, acápite 6.4) y aguas terrestres, las que admiten una

---

194 El primer Código de Agua fue promulgado en el año 1951. El Código mantuvo la definición establecida en el Código Civil de las aguas como bienes nacionales de uso público y reglamentó los derechos de uso bajo la modalidad de "derechos de aprovechamiento". Sin embargo, hay notables diferencias en el régimen regulatorio instaurado por este código y el actualmente vigente. Conforme al Código de 1951, estos derechos tenían la naturaleza jurídica de concesiones administrativas otorgadas por el Estado, condicionadas al uso específico que había determinado su otorgamiento y al aprovechamiento beneficioso del agua, lo que determinaba la caducidad del derecho por no uso. Respecto de la concesión, el titular ejercía un derecho de propiedad que le permitía comercializar los derechos concesionados, debiendo obtener previamente la aprobación de la asociación de canalista de la que formaba parte dicho concesionario, previo a su enajenación. El Código de 1951, además, armonizaba los intereses en conflictos dando preferencia a ciertas categorías de uso, las que en orden de prioridades correspondían a los siguientes usos: consumo personal y doméstico; riego; generación de electricidad, y otros usos industriales. Las categorías de preferencia permitían dirimir las solicitudes a favor de aquella que esgrimía un uso prioritario, conforme al orden de prelación antes señalado. La Ley de Reforma Agraria 16.640, promulgada el año 1967, modificó el Código de Aguas. La reforma pretendía adecuar la institucionalidad del Código de Aguas a los requerimientos que imponían los cambios en la estructura agraria propiciados por la reforma agraria y que exigían modificar conjuntamente con la propiedad de la tierra, la propiedad de las aguas que la beneficiaban. El objetivo principal de la reforma legal era facilitar los procesos de trasformación del agro y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. En ambos instrumentos salvaguardan preferentemente los derechos de la población a acceder a agua para el consumo humano y los derechos de usuarios tradicionales para el desarrollo de sus actividades productivas, principalmente agrícolas (Matus et al. 2004).

subclasificación en superficiales (corrientes o detenidas, y subterráneas o pluviales (marítimas o terrestres según donde precipiten). Las aguas, como señalamos, son bienes nacionales de uso público. Sin embargo, sobre estos recursos cualquier persona puede constituir un derecho de aprovechamiento, mediante una concesión que les permite usar y gozar de ellas, independiente de los derechos de propiedad sobre el suelo y subsuelo por donde escurren dichas aguas.

Respecto a los contenidos normativos de la legislación de agua en Chile, en términos generales, regulan las siguientes cuestiones (Baltra 2009):

1. El legislador define cuenca u hoya hidrográfica disponiendo que la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.
2. Establece que el caudal que podrán aprovechar los usuarios de las aguas debe expresarse en volumen por unidad de tiempo, esto es litro/segundo (l/s) o metro cúbico/segundo (m3/s).
3. Regula el procedimiento para constituir derechos de aprovechamiento de aguas y regularizar derechos tradicionales previos a su promulgación.
4. Establece mecanismos de reclamación para el evento de que la constitución o ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas colisione con los derechos de terceros.
5. Regula las servidumbres que puede constituir el titular de la concesión para aprovechar las aguas.
6. Regula las organizaciones de usuarios a quienes les corresponde distribuir las aguas entre los usuarios y cautelar el ejercicio equitativo de los derechos.
7. Establece mecanismos de resolución para el caso de conflictos en materia de aguas.
8. Establece las funciones y atribuciones de la Dirección General de Aguas (DGA).

En junio del año 2005, tras 12 años de tramitación, se promulgó la Ley 20.017, que modificó el Código de Aguas de 1981. Esta normativa, si bien impone ciertas regulaciones y restricciones al mercado de aguas y contempla normas de protección al medio ambiente ya analizadas, no varía el modelo en su esencia.

En efecto, entre los fundamentos esgrimidos por el Ejecutivo para propiciar la reforma estuvo precisamente generar las condiciones adecuadas para un mejor aprovechamiento del recurso en el país, insistiendo en el modelo y propiciando la dinamización de los mercados de aguas. Otro objetivo explícito fue otorgar mayor disponibilidad de recursos hídricos para quienes tengan proyectos dependientes de recursos hídricos. Asimismo, favorecer la libre competencia y corregir las fallas de los mercados de agua, eliminando las prácticas monopólicas, la especulación y el acaparamiento del recurso (Yáñez et al. 2011).

Lo más relevante de la reforma es que impone la obligación de justificar el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar y se faculta a la Dirección General de Aguas para denegar aquellas peticiones excesivas. La modificación, sin embargo, mantiene el régimen de asignación gratuita y perpetua de los derechos de agua. Solamente se instaura un cobro de patente por no uso, cuyo objetivo es desincentivar el acaparamiento y la especulación, pero que consecuencialmente insta por la sobreexplotación de las aguas y no cautela las inequidades de acceso al recurso (Yáñez et al. 2011).

En síntesis, la legislación chilena no establece mecanismos para corregir las inequidades estructurales que presenta el modelo de aprovechamiento de las aguas en orden a proteger a los sectores vulnerables de la población y a los ecosistemas. Por el contrario, la tendencia en Chile, como acertadamente plantea Bauer, es a mantener el statu quo por la vía de perpetuar un modelo de derechos de propiedad privada robustos y una autoridad reguladora severamente restringida. Consecuencialmente, los conflictos hídricos son resueltos en instancias judiciales por jueces que carecen de instrucción en materia de políticas hídricas (Bauer 2004).

Así, por lo demás, lo consigna el Banco Mundial en un informe con fecha 31 de marzo de 2011, titulado "Chile: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos". El informe, si bien valora las reformas al Código de Aguas aprobadas en 2005[195], evidencia los problemas persistentes del régimen jurídico y la política hídrica chilena, entre los que resaltan las siguientes necesidades: proteger los derechos de aguas de los grupos vulnerables; mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados; mejorar los mercados de aguas; mantener la seguridad hidráulica de los derechos de aguas; seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas; hacer la gestión

195 En particular aquellas "destinadas a reconciliar los incentivos económicos y a la competencia con la protección del interés público; equilibrar la función del Estado en la gestión de un recurso complejo, crucial para el desarrollo, con el fomento de la iniciativa privada y la transparencia en la gestión; y evitar la concentración de DAA" (Banco Mundial 2011).

del agua subterránea más sostenible; profundizar las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua; mejorar el registro público de los derechos de aguas; fortalecer la DGA; fortalecer las organizaciones de usuarios; mejorar los sistemas de información y comunicación; mejorar la coordinación intra e intersectorial; integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados, y mejorar la resolución de los conflictos. El informe, además, muestra que la zona de mayor crisis hídrica en el país es la que corresponde a las cuencas andinas del norte, donde se asienta el territorio *aymara*, atacameño o *lickanantai*, *quechua*, *coya* y *diaguita*, producto principalmente de la escasez de agua, el impacto de cambio climático, la contaminación y la sobreexplotación de los recursos hídricos (Banco Mundial 2011).

Considerando las recomendaciones formuladas por el Banco Mundial, cabe tener presente que la Ley 20.017 que modificó el Código de Aguas impone a los Conservadores de Bienes Raíces la obligación de informar a la DGA sobre las inscripciones y transacciones de derechos de aguas realizadas por los usuarios, lo que según informara el Gobierno, facilitará al Estado su función de monitorear la asignación y utilización del recurso y, eventualmente, propiciar correcciones institucionales cuando se produzcan distorsiones en el mercado de aguas. Sobre este papel regulador del Estado se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional, reconociendo explícitamente la facultad del Estado para regular las condiciones de los derechos de aguas, prerrogativa que este ha utilizado solo marginalmente.

El presidente de la república cuenta con una prerrogativa excepcional que podría posibilitar una gestión más equitativa y sostenible de las cuencas si hubiera la voluntad política de direccionar la política pública en esa línea. Conforme a la reforma, la autoridad podrá disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento de agua, atendiendo a tres circunstancias especiales[196]: solicitudes de derechos de aprovechamiento de cualquier naturaleza (consuntivo o no consuntivo) que sea necesario reservar para el abastecimiento de agua de la población por no existir otras fuentes o medios para obtener el agua; solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos y que concurran circunstancias excepcionales; solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos y que concurran circunstancias de interés nacional.

196 Artículo 147 bis, inc. 3º, Código de Aguas.

Con respecto a los resguardos ambientales, las autoridades sostienen que con el establecimiento de caudales ecológicos, la ley permitirá avanzar en la protección medioambiental del agua, siendo prácticamente unánime la convicción de que este mecanismo no es suficiente (Banco Mundial 2011). Cabe tener presente, sin embargo, que hay otras normas vigentes que posibilitan esta protección de los sistemas hidrológicos en Chile las que desafortunadamente tampoco han cautelado la sustentabilidad ambiental de la extracción de aguas en el país[197].

6.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUA Y PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile pueden ser constituidos por un acto administrativo que emana de la Dirección General de Aguas y en casos excepcionales del presidente de la república o por un acto de reconocimiento legal. El legislador contempla un procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que tramita ante la Dirección General de Aguas y concluye con una resolución constitutiva de los derechos que se solicitan. El procedimiento está reglado en el Código de Aguas en los artículos 130 y siguientes y cuenta con mecanismos de publicidad a través de avisos en medios escritos, radiodifusión y, en algunos casos, notificación personal, por medio de los cuales los terceros pueden ejercer sus derechos.

197 La Constitución Política de la República, artículo 19, N° 8, y la Ley de Bases del Medio Ambiente 19.300 de 1993; el artículo 73 del Código Sanitario; el Decreto Supremo 609 de 1998 del Ministerio de Obras Públicas, que regula las descargas a los sistemas de alcantarillado; el DS 90/2000, que regula todo tipo de descargas a aguas superficiales, incluidas las provenientes de los efluentes de plantas de tratamiento de aguas servidas; la Ley 18.263 de 1984, artículo 1, letra d), que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado; el Decreto Ley 3.557 de 1981, sobre protección agrícola; la Resolución Exenta N° 1.381/2000, sobre la Norma Técnica Provisoria de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) para la Regulación de Contaminantes Asociados a las Descargas de Residuos Industriales Líquidos a Cursos de Aguas Superficiales Continentales. Complementa estas normas el artículo 17, N° 1, del Código de Minería, el cual para proteger fuentes de agua y obras hidráulicas exige la autorización del gobernador respectivo para ejecutar labores mineras en sitios destinados a la captación de aguas necesarias para un pueblo; cuando están localizadas a menos de cincuenta metros de distancia, medidos horizontalmente, de defensas fluviales, cursos de aguas y lagos de uso público; o bien, cuando están localizadas a menos de doscientos metros, medidos en la misma forma, de obras de embalse.

Los terceros que se sientan afectados por la constitución de un derecho de aprovechamiento de agua pueden oponerse a las solicitudes y el director general de Aguas resolverá como juez (Baltra 2009). La DGA emite un informe técnico y verifica que se cumplan los requisitos legales. El derecho se otorga bajo las siguientes circunstancias: que no afecte a terceros; y que haya disponibilidad del recurso hídrico en la cuenca u hoya hidrográfica y siempre y cuando se respete el caudal mínimo ecológico que establece la ley.

La resolución que otorga el derecho real de aprovechamiento debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo y, posteriormente, se registra en el Catastro Público de Aguas que lleva la DGA. Si durante la tramitación dos o más personas solicitan el derecho al uso y aprovechamiento de las mismas aguas y no hay suficiente recurso hídrico para acceder a ambas solicitudes, se procede al remate de los derechos y se lo adjudica a quien haga la mejor oferta, siendo este el único caso en que la constitución de derecho de agua se genera por acto oneroso tal y como concluye acertadamente María Luisa Baltra (Baltra 2009).

El solicitante, durante el procedimiento de constitución del derecho, puede limitar el caudal solicitado a la cantidad y uso especificado en la tabla de equivalencias que mantiene la DGA. Si no hay disponibilidad de recursos suficientes puede ofrecer cambiar las condiciones del derecho que solicita, modificar el caudal y/o el tipo de derecho (ejemplo consuntivo o no consuntivo). En este caso se exige al interesado expresar por escrito si acepta o no la propuesta efectuada por la DGA en relación con el cambio de las circunstancias.

Excepcionalmente, el presidente de la república puede denegar parcialmente el derecho en la medida que sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua o bien tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional, previo informe de la DGA.

El presidente de la república puede constituir directamente el derecho de aprovechamiento por circunstancias excepcionales y de interés general. Derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos por la ley son aquellos en los cuales la ley declara el dominio fundado en el uso inmemorial o consuetudinario del agua. El legislador les reconoce este derecho a los usuarios tradicionales e indígenas y establece un procedimiento de saneamiento de derechos contemplado en los artículos 1, 2 y 3 transitorio del Código de Aguas; en el artículo 64 de la Ley 19.253 de 1993; en la Ley de Comunidades Agrícolas, y en el DFL 5 y sus posteriores modificaciones, donde se establece una protección especial para aguas excedentes de un cauce y que son utilizadas por comunidades agrícolas (Baltra 2009). Como se recordará, esta normativa fue tratada en la sección 5 de este capítulo al abordar los derechos indígenas al agua, por lo que nos remitimos a ella.

Para la regularización de derechos de usuarios tradicionales, la Ley 20.017 de 2005 dispuso una norma transitoria en virtud de la cual se estableció un plazo para que pequeños agricultores regularizaran derechos de aguas de pozos no inscritos. Se trata de un procedimiento especial de saneamiento de aguas subterráneas captadas tradicionalmente con obras (pozos, norias y socavones) anteriores al 30 de junio de 2004 por un caudal de hasta 2 l/seg para las regiones I a Metropolitana y de hasta 4 l/seg para las regiones VI a XII. El plazo venció el 15 de diciembre de 2005. Esta normativa fue modificada por la Ley 20.411 de 29 de diciembre de 2009, modificada a su turno por la Ley 20.491 de 7 de febrero de 2011, las que han declarado la prohibición de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en virtud del artículo 4 transitorio de la Ley 20.017 de 2005 en amplias zonas del país taxativamente señaladas en la ley y que corresponden a las zonas de mayor demanda de agua para usos agrícolas, industriales, energéticos o mineros. Quedan expresamente exceptuadas de la aplicación de esta normativa las comunidades indígenas, los campesinos y pequeños agricultores, circunstancia que deberá ser certificada por CONADI y por el Servicio Agrícola y Ganadero, respectivamente, y, asimismo, se exceptúan las comunidades agrícolas organizadas en conformidad a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley 5 de 1967 del Ministerio de Agricultura, por considerarse que están formadas por pequeños campesinos o agricultores.

Contrariamente a lo expresado en el párrafo precedente, se reconocen por el solo ministerio de la ley las aguas halladas en las faenas mineras y en las actividades de exploración y/o de explotación propiciadas por el concesionario geotérmico, en cualquier parte del territorio nacional, incluidas las zonas de mayor estrés hídrico. Este régimen de derechos de aguas asociados a los derechos del concesionario minero y/o geotérmico será analizados con la respectiva legislación sectorial.

6.1.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE AGUAS[198]

Para poder comprender cómo funciona el régimen concesional de agua, resulta de interés analizar los derechos que confiere al titular. Ello, por lo demás, nos permitirá dimensionar cómo colisionan estos derechos con los de los propietarios del territorio donde escurren las aguas concesionadas, sean estas superficiales o subterráneas, y de qué modo afectan los derechos indígenas y de otros propietarios superficiales.

A) *Tipos de derechos de aprovechamiento reconocidos por el Código de Aguas:*

- Derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos.
- Derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio permanente y de ejercicio eventual.
- Derechos de aprovechamiento de ejercicio continuo, discontinuo y alternado.

B) *Derechos:*

- Usar el agua en los términos que señala su derecho real de aprovechamiento, en lo que refiere al volumen de agua y el punto de captación.
- Renunciar total o parcialmente al derecho de aprovechamiento de aguas, transferir y transmitir sus derechos.
- Hipotecar y gravar su derecho de aguas.
- Defender el derecho a través de los medios que franquea la ley.
- Constituir servidumbres:

  · Servidumbre de acueducto
  · Servidumbre de escurrimiento
  · Servidumbre de drenaje
  · Servidumbre de abrevadero
  · Servidumbre de camino de sirga
  · Servidumbre para investigar
  · Servidumbres voluntarias
  · Otras servidumbres.

198 (Baltra 2009).

Para cautelar la exigibilidad de su derecho los usuarios pueden:

- Solicitar la intervención de la DGA en la organización de usuarios a la que pertenece si se presentan problemas en la distribución de aguas o en la gestión económica de dicha organización.
- Solicitar a la DGA la construcción, modificación, cambio y unificación de bocatomas, cambio de fuente o abastecimiento, traslado del ejercicio de derechos de aprovechamiento, modificaciones en cauces naturales o artificiales y construcción de las obras hidráulicas.
- Solicitar la declaración de áreas de restricción y de zonas de prohibición.

C) *Obligaciones:*

Dentro de las obligaciones que el legislador impone al titular de un derecho de aprovechamiento destacan las siguientes: pagar patente si no usa el agua y se encuentra dentro de los casos contemplados por la ley; ejercer el derecho de aprovechamiento de aguas sin afectar a terceros; mantener en buen estado marcos partidores; mantener limpios los acueductos por donde escurre el agua que aprovecha; acatar las medidas que la autoridad adopte respecto del aprovechamiento de las aguas, particularmente frente a eventos de sequía y declaración de zonas de escasez[199].

6.1.4. MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE USUARIOS DE AGUAS:

Los principales mecanismos que la legislación vigente considera para la resolución de conflictos entre usuarios de aguas son los siguientes:

- Recurso de protección ante acción u omisión que priva, perturba o amenaza ejercicio del derecho, el que se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva.
- Procedimiento sumario ante los tribunales ordinarios de justicia, cuando no hay un procedimiento especial, cuando se suscitan conflictos respecto de la constitución. Ejercicio y extinción de los derechos de aguas.

199 Código de Aguas, artículos 314 y 315.

- Amparo judicial ante los tribunales ordinarios de justicia por la construcción de obras o hechos recientes que afectan el ejercicio del derecho.
- Acciones posesorias ante tribunales ordinarios de justicia.

6.1.5. LOS CONFLICTOS DERIVADOS DEL RÉGIMEN DE AGUAS CHILENO: IMPACTOS SOCIALES, AMBIENTALES Y EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS

Los problemas que ha generado este régimen legal son múltiples, sin embargo se deben resaltar los siguientes: se ha promovido la constitución de derechos por terceros ajenos a los territorios por donde surcan las aguas para permitir su aprovechamiento industrial y su reasignación por medio del mercado, prescindiendo de los derechos de los usuarios tradicionales (indígenas, campesinos, villorrios rurales y caletas de pescadores). A ello se suma la falta de regulaciones ambientales y la flexibilización de las normas ambientales vigentes, lo que ha derivado en crisis ambientales en dichos territorios. Finalmente, cabe consignar que el mercado del agua en Chile adolece de serias imperfecciones que se han traducido en la monopolización de los derechos de agua por ciertos grupos económicos y la circulación especulativa del recurso, lo que ha derivado en un aprovechamiento ineficiente (Bauer 1997 y 2004; Dourojeanni et al. 1999; Bravo et al. 2003; Matus et al. 2004). De estas circunstancias, además, derivan graves conflictos hídricos, la mayoría de los cuales involucran los derechos de pueblos indígenas que colisionan con los derechos generados a través del mercado de aguas. (Yáñez et al. 2007; Yáñez et al. 2008; Yáñez et al. 2011).

En este escenario, el legislador chileno ha ido introduciendo paulatinamente ciertas salvaguardas, particularmente a los derechos indígenas y la protección de ciertos ecosistemas, para evitar los graves impactos del régimen privatista de agua en el medio social y los ecosistemas. En primer lugar, el legislador ha reaccionado a través de la protección de los ecosistemas altoandinos de vega y bofedales, por medio de la Ley 19.145 de 1992, que modificó el Código de Aguas y limitó la exploración y explotación de aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de las Regiones I y II del país. Posteriormente, como ya fue analizado, la ley 19.253 de 1993 reconoció el derecho de propiedad ancestral indígena al agua. En efecto, para cautelar los derechos colectivos indígenas, ha dispuesto el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral indígena sobre las aguas que usan desde tiempos inmemoriales y cuya base jurídica es el derecho propio indígena. Así ha sido establecido en el artículo 64 de dicho texto legal, antes citado, precepto que dispone la protección especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país (*aymara*, atacameña o *lickanantai*, *quechua*, *coya* y *diaguita*), considerando que en sus territorios hay una mayor escasez hídrica que en otros territorios indígenas de Chile.

Como fuere señalado anteriormente, la Ley 19.253 de 1993 dispone que son bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes. En esta misma línea cabe consignar la incorporación al derecho interno de normas de derecho internacional de los derechos humanos que reconocen derechos específicos a los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales[200]. Las comunidades gozan de este derecho preferente sobre las aguas que irrigan sus territorios ancestrales y ello ha permitido la restitución de derechos de agua constituidos por terceros a las comunidades indígenas demandantes, a quienes les ha sido reconocido el derecho de propiedad ancestral sobre las aguas[201].

Este mecanismo ha permitido la regularización parcial de derechos indígenas al agua y revertir en algunos casos la pérdida de derechos ancestrales inscritos por terceros ajenos a las comunidades (empresas sanitarias, mineras, entidades turísticas, embotelladoras de agua, etc.), especialmente sobre cursos de agua superficial, pero no ha logrado detener la creciente presión de las empresas extractivas sobre aguas subterráneas que surten los acuíferos indígenas e irrigan su hábitat y sobre aguas superficiales no destinadas al riego. En los hechos, la restitución de las aguas recuperadas no se ha materializado y sigue en poder de las empresas. La recuperación se ha dificultado debido al deterioro de la infraestructura de riego indígena y la desestructuración de las bases socioculturales de las comunidades en los casos en que han perdido las aguas, situación que impide

---

200 Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Chile el 15 de septiembre del 2008 y vigente a partir del 15 de septiembre del año 2009.

201 Casos analizados en la sección 5 de este capítulo, correspondiente a las comunidades indígenas de Toconce y Chusmiza-Usmagama. Comunidad Indígena Toconce c. ESSAN S.A, CORTE SUPREMA, rol 986, año 2003; Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama c. Empresa Embotelladora de Agua Mineral Chusmiza S.A. CORTE SUPREMA, rol 2480, año 2009; Corte de Apelaciones de Iquique, rol 817, año 2006.

restablecer la gobernanza indígena del recurso una vez recuperados los derechos por medio de acciones judiciales[202].

En este escenario, diversos sectores sociales han presionado por reformar el modelo de aprovechamiento de las aguas en Chile por la vía de modificar la Constitución Política de la República y el Código de Aguas. Las propuestas ciudadanas abogan porque se reconozca constitucionalmente el carácter de bien nacional de uso público del agua, el agua como derecho humano, los derechos indígenas al agua de uso ancestral y se protejan las fuentes de agua por la vía de la gestión integrada de las cuencas hidrográficas (Programa Chile Sustentable 2010). Lamentablemente estas propuestas no han prosperado y se ha impuesto la postura de quienes controlan el mercado de aguas en Chile. Los defensores del modelo de mercado de aguas alertan que estas reformas constituirían un retroceso de 50 años en la política hídrica en Chile y, en su opinión, la verdadera agenda en materia de aguas debiera contemplar ciertas correcciones al modelo destinadas a dinamizar los mercados de agua, tales como: mejorar la información disponible respecto a las transacciones de derechos; facilitar el funcionamiento de su mercado; mejorar la fiscalización; concesionar la distribución y el transporte del agua; implementar un sistema de concesión de embalses y solucionar los problemas de gestión y de las asociaciones de canalistas, entre otros (Yáñez R. 2008; Cristi 2010). Insisten en que los mercados de derechos o permisos representan el mecanismo más adecuado para obtener precios de escasez y para inducir a los usuarios a un uso eficiente del recurso. Se sostiene que los precios del agua capturan también un costo de oportunidad, inclusive para aquellas personas que no pretenden participar en el mercado. Relevan la capacidad del mercado para recopilar, procesar y utilizar, en forma eficiente, información que se encuentra fragmentada y dispersa entre todos los usuarios reales y potenciales, y con ofertas y demandas tremendamente cambiantes (Cristi 2010).

202 Esta situación se da en el caso de las comunidades indígenas de Toconce y Chusmiza-Usmagama, a que alude la referencia precedente, las que no han logrado hasta la fecha hacer aprovechamiento productivo y restablecer los servicios ambientales que proveen las aguas recuperadas y depende de una fuerte inversión pública para restablecer el sistema de canales después del largo proceso de pérdida y recuperación de las aguas.

6.2. LEGISLACIÓN MINERA Y SU IMPLICANCIA EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS

Las bases jurídicas para el desarrollo de la gran minería en Chile tienen su origen en la aprobación, durante el gobierno militar, de una legislación de fomento del sector que se basó, principalmente, en el otorgamiento de franquicias a la inversión extranjera y en el establecimiento de un régimen de concesiones privadas cuyas bases normativas están en la Constitución de 1980.

El primer instrumento legal utilizado para el desarrollo de la gran minería es el DL 600 de 1974 sobre inversiones extranjeras y sus modificaciones posteriores, el cual, inspirado en los principios de libre competencia y no discriminación, establece un régimen estatutario aplicable a todas las inversiones, contempla franquicias cambiarias, tributarias y aduaneras, e instaura además el principio de trato nacional para los inversores extranjeros, lo que les confiere el derecho a no ser tratados en forma menos favorable que los nacionales. Al año siguiente se dictó el DL 889, que estableció un régimen aduanero, tributario y de incentivos para las regiones extremas del país y concedió nuevas franquicias para promover el desarrollo minero en estas regiones (Yáñez et al. 2008).

Como ha sido señalado, la Constitución Política de 1980 provocó un giro en la institucionalidad minera. En efecto, si bien dicha Constitución reconoce el derecho de propiedad eminente del Estado sobre las minas, instaura al mismo tiempo un régimen de concesiones privadas y las dota de un marco constitucional que les da preeminencia sobre los derechos de dominio del dueño del suelo superficial o de otras sustancias concesibles en área concedida. El artículo 19 N° 24 de la carta dispone que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, y establece que, en virtud de tal derecho eminente, el Estado podrá otorgar concesiones de exploración y explotación a particulares no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. De acuerdo con este nuevo régimen, se estatuye que todas las sustancias mineras son susceptibles de concesión, exceptuando solo unas pocas, que quedan reservadas para el Estado[203],

203 Las sustancias reservadas al Estado y que no pueden ser objeto de concesión –enumeradas taxativamente en la legislación (artículo 19, N° 14, inciso 10°,

y suprimiendo la reserva a favor del dueño del suelo que instauraban las legislaciones precedentes (Yáñez et al. 2008)[204].

Las sustancias que se reserva el Estado, sin embargo, se pueden explotar no solo por el Estado o sus empresas, sino también por particulares, por intermedio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el presidente de la república fije, para cada caso, por decreto supremo[205]. Así, en virtud de estas disposiciones, el Estado autorizó, por medio de contratos de operación, la exploración y explotación de petróleo y otras sustancias que además han sido reguladas por las normas contenidas en el DFL N° 1 y el DFL N° 2 de 1986 del Ministerio de Minería. Mediante esta misma modalidad y por medio de concesiones administrativas, se autorizó a diversas empresas privadas para explorar y explotar litio, particularmente en el salar de Atacama, territorio ancestral del pueblo atacameño. Entre estas empresas destaca SQM, privatizada en 1983-1988, que en la actualidad controla el 36% del mercado mundial de litio (EDITEC 2004a) y es el productor más grande del mundo (Yáñez et al. 2008).

La Constitución delega en la ley la función de determinar el régimen específico de concesiones de exploración o de explotación de sustancias concesibles, las cuales quedaron reguladas por la Ley Orgánica Constitucional 18.097 sobre concesiones mineras y, posteriormente, por el Código de Minería, promulgado por la Ley 18.248 de 1983, donde se fortalece el derecho de los particulares sobre las minas (Yáñez et al. 2008).

CPE; artículo 3, inciso 4°, Ley Orgánica; y artículo 7, Código de Minería)– son las siguientes: hidrocarburos en estado líquido o gaseoso; litio; yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, con excepción de aquellos a los que se tenga acceso por túneles desde tierra; y yacimientos situados en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

204 El Código de Minería de 1874 restringió el número de sustancias mineras susceptibles de denuncia y cedió la mayoría de las minas en beneficio del dueño del suelo, como un modo de favorecer el desarrollo de la agricultura por sobre la minería; en 1888, una modificación del Código amplió las sustancias susceptibles de concesión; en 1930 se promulgó un nuevo Código de Minería, que amplió el número de sustancias susceptibles de concesión y reservó un pequeño número al dueño del suelo y otras al Estado; el Código de 1932 instauró como regla general el libre denuncio, pero mantuvo la reserva de algunas sustancias a favor del dueño del suelo y/o del Estado (Lira 1998).

205 Artículo 19, N° 24, Inciso 10°, Constitución Política; artículo 8, Código de Minería.

6.2.1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES MINERAS EN CHILE

Al igual que como lo hicimos con el régimen de concesiones de derechos de agua en los acápites precedentes, analizaremos en detalle el régimen de concesiones mineras que sigue el mismo patrón privatista que la legislación de agua, pero que exacerba los derechos del concesionario minero para asegurar el beneficio de las sustancias minerales.

La concesión minera otorga un derecho preferente a su titular, cuya naturaleza y efectos jurídicos quedan establecidos en el artículo 2 del Código de Minería:

> La concesión minera es un derecho real e inmueble distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales; y en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contrariéndisposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente código.

El código otorga a toda persona la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales[206]. Se podrá catar y cavar libremente en terrenos abiertos e incultos, quienquiera que sea su dueño[207]. La facultad de catar y cavar otorga el derecho de efectuar investigaciones en el terreno y constituir las servidumbres[208] necesarias para la exploración, que gravan el predio superficial y permiten su ocupación para campamentos, canchas de depósito de minerales, maquinarias, etc., tránsito para acceder a los sitios de exploración, para clavar postes y tender líneas eléctricas, etc. (Lira 1998).

Los derechos preferentes del concesionario están restringidos por razones de interés privado que prohíben el cateo de minas en casas, sus dependencias y terrenos plantados de vides o árboles frutales[209] y,

---

206 Código de Minería, artículo 14, inciso 1°, Código de Minería.

207 Código de Minería, artículo 15.

208 La constitución, el ejercicio y la indemnización por concepto de servidumbres están regidos por los artículos 122 a 125 del Código de Minería. El procedimiento para la constitución judicial de servidumbres mineras está establecido en sus artículos 234 y 235.

209 Código de Minería, artículo 15.

asimismo, por razones de interés público que prohíben la ejecución de labores mineras en ciertos lugares establecidos en el artículo 17 del Código de Minería. Conforme al artículo 17 se requiere permiso del gobernador respectivo para ejecutar labores mineras dentro de una ciudad o población; cementerios, en playas de puertos habilitados y en sitios destinados a la captación de las aguas necesarias para un pueblo; a menor distancia de cincuenta metros, medidos horizontalmente, de edificios, caminos públicos, ferrocarriles; líneas eléctricas de alta tensión, andariveles, conductos, defensas fluviales, cursos de agua y lagos de uso público, y a menor distancia de doscientos metros, medidos horizontalmente, de obras de embalse, estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones. No se necesitará este permiso cuando los edificios, ferrocarriles, líneas eléctricas de alta tensión, andariveles, conductos, estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones pertenezcan al interesado en efectuar las labores mineras o cuando su dueño autorice al interesado para realizarlas. Antes de otorgar el permiso para ejecutar labores mineras dentro de una ciudad o población, el gobernador deberá oír al secretario general ministerial de Vivienda y Urbanismo. Se requiere permiso del intendente respectivo para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales; de la Dirección de Fronteras y Límites para ejecutar labores mineras en zonas declaradas fronterizas para efectos mineros; del Ministerio de Defensa Nacional para ejecutar labores mineras a menos de quinientos metros de lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables; del Ministerio de Defensa Nacional para ejecutar labores mineras en zonas y recintos militares dependientes de ese Ministerio, tales como puertos y aeródromos o en los terrenos adyacentes hasta la distancia de tres mil metros, medidos horizontalmente, siempre que estos terrenos hayan sido declarados, de conformidad con la ley, necesarios para la defensa nacional; y finalmente se requiere permiso del presidente de la república para ejecutar labores mineras en covaderas o en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico.

Cabe tener presente que los permisos establecidos en los números 2, 3 y 6 del artículo 17 solo serán necesarios cuando las declaraciones a que esos mismos números se refieren hayan sido hechas expresamente para fines mineros. Desde esta perspectiva, la operatividad del artículo 17 queda entregada a la autoridad administrativa sectorial, esto es al Ministerio de Minería, que califica las áreas de protección, las cuales, en general, no señalan restricciones a la actividad minera. Por otra parte, el régimen de sanciones que establece el precepto es de escasa significación, pues se estipulan sanciones que van desde una multa de 1 a 50 unidades tributarias mensuales, que en caso de reincidencia debe ser al menos el doble de la anterior, no pudiendo exceder de 100 unidades tributarias mensuales[210]. La sanción, como se observa, es insignificante si se tienen en cuenta las utilidades que reporta la actividad minera y, en consecuencia, no actúa como un desincentivo (Yáñez et al. 2008).

6.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN Y PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

A) Origen judicial. Las concesiones mineras se constituyen siempre por resolución judicial. Así se dispone que "las concesiones mineras se constituirán por resolución de los tribunales ordinarios de justicia, en procedimientos seguidos ante ellos y sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona"[211].

También se extinguen por resolución judicial emitida por los tribunales ordinarios de justicia, instancia competente para declarar la extinción de una concesión y, asimismo, para resolver las cuestiones controvertidas que se susciten como consecuencia de la caducidad del derecho, en cuyo caso el concesionario puede requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho[212].

B) Derecho real inmueble. El derecho real de concesión se ejerce sobre el inmueble constituido por las sustancias minerales concesibles que componen el yacimiento que se encuentra dentro de sus límites, por lo que se considera un derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño[213]. La concesión así concebida es oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de hipotecas y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato.

---

210 El 20 de abril de 2012 la UTM equivalía a 39.570 pesos (1 dólar = 488 pesos).

211 Artículo 19, inc. 7°, N° 24; artículo 19 CPE; artículo 5, Ley 18.097 de 1982.

212 Artículo 19, inc. 8° N° 24, CPE.

213 Ley 18.097 de 1982, artículo 2.

c) Está amparada por el derecho de propiedad y goza de garantía constitucional. El titular de una concesión minera goza del derecho de dominio sobre esta y está amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad[214]. El dueño de la concesión tiene, entre otros, el derecho exclusivo a hacer labores de exploración dentro de los límites de su concesión y, cuando goza de la concesión de explotación, a extraer y apropiarse de las sustancias que son objeto de su concesión. En cuanto está protegido por la garantía constitucional de la propiedad, la privación de alguna de estas facultades, como la de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias concedidas, constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella[215].

d) Duración de la concesión. La concesión de exploración tiene una duración de cuatro años, mientras que la de explotación tiene una duración indefinida sujeta a la condición resolutoria de pagar una patente anual[216]. El pago de la patente es el único mecanismo de amparo dispuesto por el legislador para asegurar la explotación de los yacimientos mineros concesionados. Las críticas a este sistema evidencian que el mecanismo favorece la monopolización y la constitución especulativa de concesiones mineras sin cautelar el interés público.

El procedimiento judicial para el otorgamiento de una concesión minera es de tipo no contencioso y no contempla la intervención decisoria de ninguna autoridad o persona, excepto el juez de letras en lo civil competente[217].

El juez competente es el juez de letras en lo civil que tenga jurisdicción sobre el lugar en que esté ubicado el punto medio señalado en el pedimento si es una concesión de exploración o el punto de interés indicado en la manifestación si es de explotación. Este juez también es competente para conocer los juicios que sobrevengan como consecuencia de la oposición al procedimiento no contencioso de constitución de una concesión.

214 CPE, artículo 19, inc. 9°, N° 24.

215 Ley 18.097 de 1992, artículo 6.

216 Ley 18.097 de 1992, artículo 17.

217 Código de Minería, artículo 34.

En el caso de que haya más de un juez competente le corresponderá el ejercicio de la jurisdicción al juez de turno.

En cuanto a las fases del procedimiento de concesión de exploración, estas incluyen: pedimento, solicitud de sentencia y sentencia. En relación con las fases del procedimiento de concesión de explotación, cabe identificar: manifestación, mensura y sentencia.

Las oposiciones se formulan en la fase de mensura. La publicación de la solicitud de mensura tiene por objeto precisamente poner en conocimiento de terceros el hecho de que en un determinado terreno va a efectuarse una mensura, lo que constituye tal y como plantea el profesor Samuel Lira una verdadera notificación acerca de la realización de esta operación (Lira, 3ª ed., 1998). El legislador ha estimado que la mensura es la fase procesal adecuada para que terceros puedan hacer valer sus derechos en relación con el terreno que va a ser objeto de mensura y para ello ha contemplado las acciones de oposición a la mensura, que se deben interponer dentro del plazo fatal de treinta días contados desde la fecha de publicación de la solicitud de mesura[218]. No hay mecanismos de oposición al pedimento o concesión de exploración.

La legislación regula las causales de oposición, las que se restringen a las siguientes: Primera Causal: que se pretenda mensurar sobre un terreno comprendido en un pedimento o en una concesión de exploración, presentado con anterioridad a la fecha en que se haya efectuado o se tenga por presentada la manifestación de la pertenencia que se pretende mensurar. En este caso se exige que se adjunten los siguientes documentos: copia auténtica del pedimento y/o copia auténtica de la solicitud de sentencia o de la sentencia misma, o de la resolución que acogió la prórroga del plazo de la concesión, según sea el caso (concesión de exploración en trámite, constituida o prorrogada) y, además, un croquis firmado por un ingeniero civil de minas o un perito habilitado para ejecutar mensuras que represente la colisión de los derechos y las pretensiones de ambas partes en el terreno[219] (Lira, 3ª ed., 1998). Segunda Causal: que, el oponente tenga el derecho preferente a mensurar otorgado por una manifestación o concesión de explotación de fecha anterior, derecho que debe ser ejercido en esta oportunidad procesal so pena de perder el derecho de preferencia que le otorga la manifestación anterior[220]. En este caso la oposición debe fundarse en la existencia de una manifestación

218 Ley 18.097 de 1992, artículo 61, inc. 1°.

219 Artículo 61 N° 2, Ley 18.097 de 1992.

220 Artículo 61 N° 2, Ley 18.097 de 1992.

anterior, se debe acompañar copia auténtica de la manifestación y un croquis firmado por un ingeniero civil de minas o un perito habilitado para ejecutar mensuras que represente la colisión de los derechos y las pretensiones de ambas partes en el terreno[221] (Lira 3ª ed., 1998).

Como se observa, estas causales no dan cabida para oponer derechos distintos de aquellos que se fundan en el mejor derecho de un concesionario minero anterior. No contempla el procedimiento mecanismo para oponer al concesionario el mejor derecho de una comunidad indígena sobre el territorio y los recursos naturales afectados por el otorgamiento de una concesión minera de exploración y/o explotación.

6.2.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO MINERO:

Hemos sostenido en los acápites precedentes que la concesión minera ha sido blindada por el legislador a favor del concesionario. Para comprender a cabalidad las implicancias jurídicas que derivan de ello, se hace indispensable analizar qué derechos y obligaciones tiene dicho concesionario. Ello nos permitirá dimensionar cómo estos derechos colisionan con los derechos indígenas y, asimismo, con los de otros concesionarios o titulares de derechos sobre el suelo y recursos existentes en el perímetro de la concesión minera.

Los principales derechos del concesionario minero incluyen los siguientes:

A) Concesión de exploración: el derecho a explorar otorga el derecho exclusivo del concesionario, dentro de los límites de la concesión, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración[222]. Durante la vigencia de la concesión de exploración solo el titular puede manifestar pertenencia dentro de los límites de ella, salvo el mejor derecho de un concesionario de exploración anterior sobre el mismo terreno que ocupa la concesión (Lira, 3ª ed., 1998). La concesión le confiere el derecho a hacerse dueño de las sustancias concesibles que necesite arrancar con motivo de la concesión de exploración[223]. Sin embargo, no puede realizar labores de explotación so pena de caducidad de

221 Artículo 61 Nº 2, Ley 18.097 de 1992.

222 Artículo 113, Código de Minería.

223 Artículo 113, inc. 1º, Código de Minería.

su concesión[224]. También tiene el derecho a ser indemnizado en caso de expropiación de la concesión[225].

B) Concesión de explotación: el concesionario goza del derecho exclusivo a explorar y explotar libremente todas las sustancias concesibles que existan dentro de sus límites. Para estos efectos el titular está autorizado para ejecutar toda clase de labores mineras de exploración y explotación cualesquiera que sean los métodos que emplee y se hace dueño de todas las sustancias minerales concesibles que extraiga[226].

C) Derecho de servidumbre: además, el concesionario de exploración y explotación tiene derecho a imponer servidumbres sobre los predios superficiales y sobre otras concesiones mineras (art. 109, Código de Minería). Estos son gravámenes cuyo objeto es facilitar al concesionario minero los medios necesarios para efectuar una cómoda y conveniente exploración o explotación mineras. También pueden tener por objeto facilitar el beneficio de los minerales, pudiendo imponerse en beneficio de los establecimientos mineros donde se procesan estos recursos (art. 121, Código de Minería) (Lira, 3ª ed., 1998).

Tratándose de la facultad de catar y cavar, el objetivo de la servidumbre es facilitar la búsqueda e investigación de minerales[227]. Las servidumbres mineras pueden constituirse de común acuerdo o por resolución judicial en el caso de que no exista dicho acuerdo. En todo caso, se constituyen previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño del terreno superficial o al titular de una concesión gravada[228] (art. 122, Código de Minería). El gravamen que importa la constitución y ejercicio de la servidumbre debe ser compensado en su integridad y ello debe estar establecido en la escritura pública (servidumbre voluntaria) o en la respectiva

224 Artículo 115, Código de Minería.

225 Artículo 10, Nº 3, Ley 18.097 de 1992.

226 Artículo 11 y 116, Ley 18.097 de 1992, Código de Minería.

227 Artículo 14, inc. 1º, Código de Minería.

228 Artículo 122, Código de Minería.

resolución judicial donde debe ser establecida la forma de pago, que puede ser de una vez o en forma periódica[229].

D) Derecho de aprovechamiento de agua: también tiene derecho de aprovechamiento de las aguas alumbradas en las labores de exploración, en la medida de que tales aguas sean necesarias para los trabajos de la concesión. El titular de la concesión goza de este derecho por el solo ministerio de la ley, el que es inseparable de la concesión y se extingue con esta[230]. El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables[231].

Finalmente, el derecho de exploración y explotación está sujeto a las siguientes obligaciones y limitaciones: indemnizar los perjuicios que se causen con motivo de las exploraciones y/o explotaciones[232]; contar con los permisos escritos del dueño del suelo, poseedor o tenedor, gobernador o alcalde, según corresponda, en caso de que los terrenos objeto de la exploración o explotación estén cerrados o cultivados o del dueño si se trata de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales[233]; obtener los permisos de las autoridades que corresponda en el caso de lugares a que se refiere el artículo 17, y respetar las normas de policía o seguridad minera (Lira, 3ª ed., 1998).

6.2.4. LOS BENEFICIOS OTORGADOS POR LA LEGISLACIÓN CHILENA AL CONCESIONARIO MINERO

Complementa la legislación minera el régimen tributario a que se encuentra afecta y que, según expertos en la materia, se caracteriza por ser el de menor carga impositiva de América Latina, por lo menos hasta la aprobación de la Ley 20.026 de 2005 que fija el *royalty* minero, que está concebido solo para el cobre (Yáñez et al. 2008).

229 Artículo 123, Código de Minería.

230 Artículo 110, Código de Minería.

231 Artículo 111, Código de Minería y artículo 8, inc. final, Ley 18.097 de 1992.

232 Artículo 14 y 16 Nº 3 Ley 18.097 de 1992.

233 Artículos 15, inciso 2º y ss., Código de Minería.

En Chile, las empresas mineras están sujetas al régimen tributario establecido en la Ley 18.293 de 1984, la que suprimió el impuesto a la renta de las empresas, que finalmente tributan a través del global complementario que pagan los socios o accionistas. En efecto, la ley señala que el impuesto de primera categoría que paga la empresa, ascendente a 17%, se les devuelve a los dueños como un crédito a sus impuestos personales, lo que a la postre se traduce en que las empresas no están sometidas al impuesto a la renta (Escudero 2000; Yáñez et al. 2008).

En junio de 2005 se estableció en Chile el *royalty* minero por medio de la Ley 20.026. El royalty se instauró como un impuesto específico a la minería del cobre y se estableció que gravaría a las empresas mineras que vendieran anualmente un monto superior a 12 000 toneladas métricas de cobre fino. Los recursos recaudados con cargo al *royalty* van a un fondo llamado Fondo de Innovación para la Competitividad, que distribuye los recursos, asignando 25% de lo recaudado para ser distribuido entre las regiones del país y 75% a los mejores proyectos de innovación referidos a áreas como ciencia, tecnología y desarrollo de recursos humanos especializados (Yáñez et al. 2008).

En la actualidad, más de 100 empresas extranjeras trabajan en la explotación de minerales y metales en Chile, la mayoría localizadas en territorios indígenas, y su producción representa el 70% de la producción minera total del país (Yáñez et al. 2008). En Chile, según se estima, las inversiones pública y privada para la explotación de cobre y oro han ido sistemáticamente en aumento. Según las proyecciones efectuadas por COHILCO, en 2012 la producción de cobre de mina en Chile habrá crecido 29,1% con respecto a la de 2005.

En el año 2010 las empresas mineras reportaron utilidades que duplicaron las de años anteriores. BHP Billiton reporta una utilidad neta[234] de USD 10 300 millones, sobre los USD 5 700 millones reportados el año anterior. Río Tinto, por su parte, reportó una utilidad neta semestral (diciembre) de USD 8 200 millones sobre los USD 3 700 millones del año anterior. Anglo American reportó una utilidad neta para el año completo que aumentó a USD 4 980 millones, duplicando las utilidades de los años anteriores. Xstrata reportó un incremento de casi un 90% su utilidad neta para el año completo equivalente a USD 5 190 millones[235]. Durante el primer trimestre de 2011, las principales empresas mineras acumularon ganancias por USD 3 967,94

234 Utilidad atribuible para el primer semestre antes de ítems extraordinarios.

235 Thomson Reuters I/B/E/S.

millones, casi un 80% más de las utilidades que obtuvieron el primer trimestre de 2010. Estas cifras reportan una ganancia de 64,7% para el sector minero en el periodo 2010-2011 (Ramos 2011).

Estas cifras contrastan con la recaudación fiscal por concepto de *royalty*, la que ascendió a USD 893 millones en 2006 (Yáñez et al. 2008). Los últimos datos sobre el *royalty* evidencian un incremento en la tributación, cuya causa 'según algunos especialistas' está en el alto precio alcanzado por los minerales y los cambios tributarios propiciados por el Gobierno para favorecer la reconstrucción del país después del terremoto del 27 de febrero del año 2010. En efecto, el primer semestre de 2011 las empresas mineras pagaron por concepto de royalty USD 282,4 millones, según concluye Ramos, un 91,6% más que lo recaudado por el Estado el mismo semestre del año 2010 (Ramos 2011). Aun así la suma es exigua de cara a las utilidades generadas por el sector. También si se contrastan con los fondos recaudados por las Fuerzas Armadas, las que perciben por ley el 10% de las ventas de CODELCO, lo que equivalió a USD 1297 millones en 2006, año en que las ventas de CODELCO fueron de USD 12 974 millones (Yáñez et al. 2008)[236].

Además, debemos dar cuenta de las inequidades que se han suscitado como consecuencia de la distribución del *royalty* minero en el ámbito nacional, pues se discrimina a favor de la Región Metropolitana de Santiago y en desmedro de las otras regiones, en particular de aquellas desde cuyas entrañas se extraen los recursos mineros y que corresponden a territorios ancestrales indígenas. Este es el caso de la II Región de Antofagasta, que en 2006 recibió 2,5% del total recaudado por concepto de *royalty*, con lo que ocupó el antepenúltimo lugar en el ámbito nacional en lo que se refiere a distribución de los fondos derivados del *royalty* que se asignaron a las regiones, mientras que la Región Metropolitana recibió el 29% (Yáñez et al. 2008).

Particular mención merece aquí, a propósito de la legislación de fomento a la inversión extranjera en el sector minero, la suscripción entre Chile y Argentina del Acuerdo de Integración y Complementación Minera, firmado el 29 de diciembre de 1997, cuyo objetivo es permitir que los inversionistas de uno y otro país participen en el desarrollo de la integración minera que los países signatarios declaran de utilidad

236 No tenemos información actualizada a este respecto. La Ley Reservada del Cobre que asigna 10% de las ventas del cobre chileno a las Fuerzas Armadas es una normativa secreta, y lo que sabemos es que a través de ella se financian las compras de armamento y suministros para las Fuerzas Armadas.

pública y de interés general[237]. El tratado favorece la explotación de yacimientos mineros transfronterizos y en esa línea los Estados de Chile y Argentina contraen el compromiso de "facilitar a los inversionistas de ambas partes el desarrollo del respectivo negocio minero"[238] y de permitir, con ese objeto, "el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplados en el respectivo protocolo adicional específico[239] sin discriminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas"[240].

El tratado permite que los proyectos mineros acogidos al mismo (mediante un protocolo específico) accedan al uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura existente en cualquiera de los dos países. Por esta vía, no solo los recursos naturales del subsuelo están disponibles para la inversión, sino todos los recursos naturales y de infraestructura que el proyecto requiera. Actualmente, los proyectos que están siendo regulados por este tratado, son: Pascua Lama, Vicuña, Aguas Andrés, El Pachón y Las Flechas El tratado estipula que los inversionistas serán beneficiados con el principio del trato nacional, en virtud del cual no serán sometidos a un trato menos favorable que el otorgado a los nacionales y a las sociedades de los Estados partes[241].

Sin embargo, la integración transfronteriza no opera en lo que respecta a los controles ambientales, por lo que cada país suscribe la obligación de aplicar sus respectivas legislaciones ambientales, lo que significa que las actividades mineras se someten en Chile al SEIA[242] y,

237 Artículo 1, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

238 Artículo 6, inciso 1°, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

239 Los protocolos adicionales son instrumentos que adoptan las partes por recomendación de la comisión administradora que crea el tratado, en los cuales se determina el área de operación y el procedimiento que correspondiere para el caso específico. Estos instrumentos regulan el negocio minero, complementando para el caso particular las normas del tratado, pudiendo incluso determinar un área que exceda el ámbito de aplicación del tratado para efectos de constituir servidumbres mineras. Artículo 5, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

240 Artículo 6, inciso 2°, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

241 Artículo 4, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

242 Según dispone la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

en Argentina, a la Declaración de Impacto Ambiental[243]. Por lo tanto, el tratado no está premunido de una mirada ecosistémica acerca del área de impacto de los proyectos mineros binacionales, esto es, los ecosistemas altoandinos integrados, hecho que reviste particular gravedad. En definitiva, el tratado y los protocolos que regulan cada megaproyecto minero acogido al mismo, posibilitan la ubicación de tranques de estériles y otras instalaciones dentro del área de operación consignada en el territorio de cualquiera de los dos países.

Al pronunciarse sobre la utilización de los recursos hídricos compartidos, el tratado se remite a las normas de derecho internacional que regulan los cursos de agua internacionales. En particular se remite a los acuerdos establecidos en el Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas, del 26 de junio de 1971; en el Tratado sobre Medio Ambiente entre Chile y Argentina, firmado el 2 de agosto de 1991, y en el Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos compartidos entre la República Argentina y la República de Chile, de la misma fecha[244].

Dichos acuerdos han regulado la administración de aguas transfronterizas (de usos distintos a los que corresponden a usos de aguas fluviales) entre Chile y Argentina por largo tiempo. Sus premisas se recogen en la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del año 1997[245]. De allí se desprenden 4 principios fundamentales:

A) La obligación de los Estados ribereños en el uso de agua transnacional, en cuanto a no causar un perjuicio apreciable entre los Estados concernidos, teniendo en cuenta que: (i) no se pongan en riesgo las actividades tradicionales que se desarrollan en aguas binacionales; y (ii) se resguarde el principio de la "debida diligencia", es decir, que el Estado por donde escurren las aguas, ha actuado con la debida diligencia que impone un buen gobierno.
B) El derecho al uso equitativo razonable de las aguas[246].
C) La obligación de comunicar proyectos que pueden afectar los cursos de agua[247].
D) La obligación de garantizar la protección ambiental y prevenir daños ambientales.

En coherencia con estos principios, el artículo 1 del convenio suscrito por los Estados de Chile y Argentina sobre recursos compartidos en el año 1971, señala que: "Las partes convienen en que las acciones y programas relativas al aprovechamiento de recursos hídricos compartidos, se emprenderán conforme al manejo integral de cuencas hidrográficas. El aprovechamiento de recursos hídricos en el territorio de una de las partes pertenecientes a una cuenca común, no deberá causar perjuicio a los recursos hídricos compartidos en la cuenca común ni al medio ambiente".

En el Tratado de Integración y Complementación Minera, por el contrario, no existe un concepto claro sobre uso de las aguas, estableciendo garantías destinadas exclusivamente al aprovechamiento de aguas para fines mineros. En el protocolo complementario al acuerdo minero, se precisa el acceso de la pequeña, mediana y gran minería a la propiedad minera en el ámbito de aplicación del tratado en el otro país; y específicamente, el uso de los recursos hídricos en los proyectos mineros. Esta medida favorece explícitamente el aprovechamiento de los recursos hídricos ubicados en la zona de operaciones del proyecto, sin considerar los principios de cuenca hidrográfica ni menos la gestión integral de los recursos compartidos, que corresponden a un mismo ecosistema. Adicionalmente, el tratado permite la constitución de una comisión asesora empresarial, legitimando la influencia directa

243 Artículo 12, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

244 Artículo 14, Acuerdo de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina.

245 La Asamblea General aprobó la Convención por 103 votos a favor, 3 en contra y 27 abstenciones. A la fecha, dicho instrumento cuenta con la adhesión de 14 Estados partes, pero aún no ha entrado en vigencia ya que se requieren 35 adhesiones. En todo caso cabe consignar que la Convención recoge la costumbre internacional, particularmente, lo establecido en la Convención de Helsinski del año 1966 (N. de la A.).

246 Aparentemente, el tratado chileno-argentino de complementación e integración minera fue acogido por los respectivos Gobiernos bajo el supuesto de que la explotación binacional de un yacimiento sobre recursos compartidos era una forma de distribución equitativa y razonable de los recursos (N. de la A.).

247 Específicamente, las normas se han generado en torno a los proyectos hidroeléctricos, pero a partir de tratados de estas características, este elemento cobra importancia para la obligación de comunicar proyectos mineros.

de este –y ningún otro– sector sobre las decisiones de interés público (Yáñez et al. 2010).

El ámbito de aplicación del tratado para la constitución de servidumbres mineras compromete 550 000 km² ubicados entre los paralelos 23 y 49 y en un sector del paralelo 51. De norte a sur, esta región cordillerana se caracteriza por su complejidad ambiental y sociocultural, que se manifiestan en dos condiciones: presencia de comunidades indígenas y presencia de ecosistemas de extrema vulnerabilidad donde nacen las aguas que surten de recursos hídricos a todo el territorio comprendido por los valles aledaños (Yáñez et al. 2010).

La aplicación del tratado no ha estado exenta de dificultades. Para resolver las distorsiones que pudiera implicar un proyecto minero con movimiento transfronterizo diario de personas, bienes y servicios, el Estado define cuál es la legislación que se aplica en cada caso. No se eliminan los controles fronterizos, pero se realizan una sola vez al ingresar a las respectivas naciones y al salir de ellas. Esto significa que se resguarda el cumplimiento de todas las disposiciones aduaneras y tributarias, pero evitando la doble tributación y flexibilizando los controles aduaneros frente a la circunstancia de atravesar varias veces la frontera dentro del área de operaciones. En este entendido, no constituye importación ni exportación la salida temporal de bienes dentro del área de operación en tanto se mantengan dentro de ella o salgan hacia el mismo país de origen.

Sin embargo, las normas tributarias establecen que las rentas o ganancias obtenidas con el mineral extraído tributan en el lugar de origen aun cuando no sean procesadas en él. Asimismo, las empresas de servicio rentan en el país donde se realice la actividad; el personal dependiente tributa en el país donde se encuentre contratado, y, en general, el tratado establece que en las diversas materias que inciden en el proyecto se aplique la legislación interna de los países.

Es en este contexto que el problema de la "doble tributación" ha generado fuerte polémica. La aplicación de los principios propios de la legislación comercial internacional –particularmente, el principio de la nación más favorecida– motivó a la empresa Barrick Gold (pionera en el desarrollo de megaproyectos acogidos al tratado), frente un aumento de los aranceles tributarios en Argentina, a buscar mecanismos de tributación solo en Chile. Tal estrategia dio paso a un diferendo binacional, que finalmente se zanjó en el marco de un acuerdo específico, donde se estandarizaron las exigencias tributarias para el proyecto bajo los criterios establecidos por Chile, país con más baja tributación. Conflictos similares, derivados de la aplicación de las leyes nacionales en proyectos binacionales, se producen en materia ambiental, de salud, migratoria y laboral.

Los aspectos ambientales son los más complejos del tratado que establece un estatuto ad hoc para eliminar "barreras" a la ejecución de proyectos mineros en el área de operaciones. En este marco, la evaluación de impactos ambientales se remite solo a la legislación nacional: no establece un mecanismo de evaluación que permita dimensionar su magnitud transfronteriza y, por lo tanto, permita una evaluación ecosistémica –por ejemplo, que permita ponderar su impacto sobre toda la cuenca hidrográfica y/o sobre un ecosistema de montañas compartido.

En el caso del proyecto minero Pascua Lama de Compañía Minera Nevada (filial de Barrick Gold), el cual analizaremos en el próximo acápite, la evaluación chilena estimó que los impactos ambientales estaban claramente mitigados, puesto que los tranques de relave se instalarían en el territorio argentino y, en consecuencia, sus impactos no involucraban al territorio nacional. Carente de una mirada de impacto en el ecosistema andino, la evaluación aplicaba arbitrariamente la línea de frontera para un análisis de impactos que requería una mirada binacional. Por su parte, el impacto sobre los glaciares quedó radicado en el lado chileno, suponiendo que estos glaciares estarían proporcionando recursos hídricos solo hacia el territorio chileno.

Si se tiene en consideración el Tratado sobre el Medio Ambiente del año 1991 entre Chile y Argentina, vemos que en su artículo 7 se establece que los Estados deben realizar, en el caso de los recursos hídricos compartidos, estudios de impacto ambiental que incluyan la aplicación de normas correctivas, si correspondiera. Este proyecto contempla la existencia de una comisión administradora presidida por el subsecretario de Minería y el subsecretario de Relaciones Exteriores de Chile; el secretario de Minería y el secretario de Integración Americana y MERCOSUR de Argentina. Dicha comisión debe ser administrada por una Secretaría Ejecutiva en los respectivos países.

De forma evidente, estas disposiciones sobre la gestión de aguas compartidas son transgredidas explícitamente por el nuevo Tratado de Complementación e Integración Minera, y la comisión citada ha velado únicamente por asegurar el éxito del proyecto minero binacional. Esta tendencia se sostiene por la propia definición de la comisión, que no incorpora a ningún otro actor público ni privado ni menos de la sociedad civil que pueda velar por los impactos ambientales o sociales

de los actuales y futuros proyectos mineros en la frontera binacional chileno-argentina.

6.2.5. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONFLICTOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DE MEGAPROYECTOS MINEROS EN TERRITORIOS INDÍGENAS

Un caso emblemático digno de relevarse en este manual es el ya comentado proyecto minero Pascua Lama, el primero en ser adscrito al Tratado de Integración Minera entre Chile y Argentina analizado en el acápite precedente, cuyas dimensiones y alto impacto amenaza el sistema de vida y costumbre de la comunidad *diaguita* de Los Huascoaltinos.

El proyecto se ubica en la Comuna de Alto del Carmen, Provincia del Huasco, III Región de Atacama en Chile, en la zona fronteriza con Argentina y se ejecuta en la cabecera de los ríos del Estrecho y el Toro. Contempla la explotación de un yacimiento minero localizado bajo los glaciares que sustentan el sistema hidrológico del Valle del Huasco. En su formulación original, contemplaba la remoción de 13 hectáreas de hielos de los glaciares Esperanza, Toro 1 y Toro 2, y su deposición en el glaciar Guanaco.

El objetivo principal del proyecto original es la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre, y la construcción de una planta en Argentina para producir metal doré (oro-plata). Trabajos geológicos y de ingeniería posteriores al año 2001 permitieron identificar mayores reservas minerales, por lo que se incorporaron al diseño del proyecto original para aumentar la capacidad de explotación y tratamiento de mineral. Conforme a dichas modificaciones se contempla un aumento del ritmo de extracción de mineral de 37 000 toneladas por día a 48 800 toneladas por día; aumento de la tasa de procesamiento a partir del cuarto año de 33 000 toneladas por día a 44 000 toneladas por día; modificación del punto de captación de agua en el río del Estrecho; reubicación del sistema de manejo y tratamiento de drenajes del depósito de estéril para asegurar un flujo gravitacional, y ampliación del campamento ubicado en Chile.

El proyecto Pascua Lama fue cuestionado debido a que inicialmente proponía remover tres glaciares, Toro I, Toro II y Esperanza, lo que implicaba su pérdida irremediable y la de sus aguas, que se vierten hacia la ladera occidental de la cordillera y alimentan la cuenca del río Huasco. Además, los habitantes del Valle masivamente se opusieron al proyecto y exigieron el resguardo del normal abastecimiento de sus aguas de riego. La Compañía Minera Nevada (CMN), filial en Chile de Barrick Gold, negoció con la Junta de Vigilancia, entidad que actuó en representación de los sectores agrícolas vinculados a la exportación de frutas y a la agroindustria y recibió a título de compensación por eventuales impactos la suma de 60 millones de dólares. El Estado de Chile tampoco ha estado al margen de este tipo de negociaciones, pues aceptó que la empresa aportara capitales para ejecutar obras que son de responsabilidad del Estado antes de que se hiciera la evaluación de impacto del proyecto. Así, en 1998 Barrick Chile entregó al Gobierno regional de Atacama fondos para pavimentar el camino de Alto del Carmen a San Félix, lo que evidentemente fue restando independencia al proceso de EIA. Incluso antes de que se dictara la resolución final, la empresa comprometió la entrega de 10 millones de dólares para desarrollo social, los que serían canalizados a través de los organismos públicos locales (Yáñez et al. 2008). En paralelo surgió otro conflicto con la comunidad Huascoaltina derivado de la compra por parte de CMN de la denominada Estancia Chañarcillo o Chollay, reivindicada por la comunidad como parte del predio comunitario llamado Estancia de Los Huascoaltinos y el cierre de los caminos de acceso a veranadas de uso ancestral, impidiendo a sus habitantes desplazarse dentro de esta propiedad (Yáñez et al. 2008).

El 15 febrero de 2006 la COREMA de la III Región le dio su aprobación, RCA 024/2006, aunque con observaciones, la más importante de las cuales fue la prohibición de remover los glaciares. En efecto, la COREMA exigió que no se tocaran los glaciares y que las vetas de oro que están debajo de ellos fueran explotadas en forma subterránea, resolución con que se puso fin al proceso de evaluación ambiental y se autorizó el proyecto.

De todas estas negociaciones quedaron marginados los *diaguita* huascoaltinos, propietarios del territorio donde se localiza el proyecto. Ni la empresa ni el Gobierno de Chile respetaron sus derechos, al no considerar el componente antropológico en los EIA y desestimar sus reclamaciones. Para impugnar la RCA 24/2006 la comunidad *diaguita* de Los Huascoaltinos interpuso ante los tribunales de justicia y las autoridades administrativas, las siguientes acciones:

–Recurso de Reclamación ante la Comisión Nacional del Medio Ambiente, (CONAMA), contra la Resolución Nº 24/2006 de 15 de febrero de 2006, Comisión Regional del Medio Ambiente, (COREMA), que calificó favorablemente el proyecto que fue ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, rechazado por Resolución Nº 1397/2006.

- Recurso de Protección, Causa Rol N° 3308/2006, contra la Resolución exenta N° 1397, de 7 de junio del año 2006, notificada a los denunciantes el 14 de junio del presente, pronunciada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, (CONAMA), por el cual se puso término al procedimiento de evaluación ambiental del proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama". Este recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 11 de julio de 2006, aduciendo cuestiones formales como la extemporaneidad en su presentación.
- Recurso de Reposición, en los autos sobre Recurso de Protección, Causa Rol N° 3308/2006, de fecha 11 de julio del año 2006, por la cual se impugnó la resolución que rechazó el recurso de protección.

Las acciones buscaban cautelar los derechos de consulta y participación, el derecho a la tierra, la protección del ecosistema que le da sustentabilidad al territorio huascoaltino y la integridad de sus sistemas de vida y costumbres. Ello fundado en la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley 19.253 de 1993 que establece el deber del Estado y de todos sus órganos de proteger a las "etnias" indígenas por medio de cautelar sus tierras y territorios, propender a la ampliación de estos y salvaguardar su equilibrio ecológico.

Habiéndose agotado las instancias judiciales en Chile, la comunidad *diaguita* huascoaltina decidió recurrir a instancias internacionales y el 8 de enero de 2007 presentó una denuncia ante la CIDH. Esta alegó que el Estado otorgó calificación favorable al Proyecto Minero Pascua Lama y sus modificaciones en territorio ancestral de la comunidad *diaguita* de Los Huascoaltinos, sin tener en cuenta la opinión de la comunidad y sin respetar el derecho de la misma a establecer sus prioridades en materia de desarrollo para la consecución de su propio proyecto civilizatorio, el que aspira a preservar y transmitir a las futuras generaciones.

Lo que se denunció es que la ejecución del proyecto en el territorio ancestral de la comunidad afecta el ejercicio de las actividades económicas tradicionales, asociadas a la agricultura y el pastoreo de animales, alterando, por tanto, sus costumbres y formas de vida, generando daños ambientales al hábitat y privando a los *diaguita* de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales, como es principalmente el agua y los acuíferos altoandinos (glaciares, vegas, bofedales y lagunas) que alimentan el sistema hidrológico que le da sustentabilidad a todo el territorio huascoaltino.

Se sostuvo por los denunciantes que al comprometer el balance hídrico de la cuenca del río Huasco, la ejecución del proyecto coloca en situación de vulnerabilidad alimenticia y económica a la comunidad y sus miembros y, consecuencialmente, amenaza su supervivencia e integridad territorial y cultural al poner en riesgo la totalidad del ecosistema que sustenta tales espacios territoriales, sin consulta y en contra de la voluntad de la comunidad indígena que ha vivido en esos territorios desde tiempos inmemoriales.

En el plano jurídico se ha argumentado que estos hechos constituyen violación de los artículos 21, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en conexión con los artículos 1 (1) y 2 del mismo cuerpo normativo. Así lo ha ponderado en un examen *prima facie* la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos al otorgar la admisibilidad por medio de informe (141/09) aprobado con fecha 30 de diciembre del año 2009, caso 12.741. Cabe destacar que la comisión, habida consideración de la gravedad de los hechos denunciados y sus implicancias respecto de los derechos de la Comunidad indígena denunciante, estimó *iura novit curia* que estos también constituyen presuntas violaciones de los derechos reconocidos en los artículos 13, 23 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El caso está en fase de fondo y pendiente de resolución por parte de la CIDH a la fecha de esta publicación.

6.3. LEY DE CONCESIONES GEOTÉRMICAS Y SU IMPACTO EN TERRITORIOS INDÍGENAS[248]

En enero de 2000 entró en vigor la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica N° 19.657[249]. Esta normativa siguió el mismo modelo privatista establecido en las legislaciones que regulan la extracción de recursos naturales en Chile y analizadas precedentemente. De acuerdo a lo establecido en el mensaje, el objetivo del legislador es poner en el mercado de bienes y servicios estas fuentes de energía bajo la modalidad de concesiones privadas y promover, consecuencialmente, la inversión privada en el sector. Así, por medio de esta normativa, se

248 Este acápite fue elaborado por Matías Meza-Lopehandía, revisado y complementado por Nancy Yáñez.

249 En diciembre de 2009 se publicó la Ley 20.402 que creó el Ministerio de Energía, traspasando a este las atribuciones que la LCEG otorgaba al Ministerio de Minería y eliminó las funciones que cumplía la Comisión Nacional de Energía.

pondría fin a la "incertidumbre legal que existe en cuanto al dominio y uso de dicha energía" por cuanto esto en opinión de los legisladores "constituye un obstáculo a la realización de inversiones, las que necesariamente deben tener un volumen significativo para lo cual se requiere una legislación general que ampare el desarrollo de esta actividad" (Mensaje N° 231-323, 4).

La normativa está orientada a la promoción de la inversión privada justamente en territorios indígenas. De hecho, a través de una presunción legal, la ley reconoce como fuentes probables de energía geotérmica todas las aguas termales localizadas en el altiplano, en territorios indígenas[250]. Es más, en el Programa "Re-conocer – Pacto Social por la Multiculturalidad", impulsado a partir de 2008 por la presidenta Bachelet como el pilar de su política indígena, la explotación geotérmica de las fuentes termales constituye la base de desarrollo y eje de la política pública en el territorio de los pueblos *aymara* y *quechua*. Allí se expresa: "Si bien el *mapuche* es el más importante de los pueblos indígenas del país, en este eje se presentan las propuestas de acción que son específicas para cada una de las otras comunidades que pueblan nuestro territorio [...] b) Pueblos *aymara* y *quechua*. Se priorizarán los programas de energía geotérmica" (MIDEPLAN 2008, 18)

Esto evidencia que el interés del Estado es poner en producción las fuentes de agua termal que se localizan en el territorio ancestral del pueblo *aymara*, atacameño, *coya*, *mapuche* y *quechua* y, sin embargo, esta definición se ha hecho sin la participación de las comunidades indígenas y sin haberlas consultado previamente, de buena fe y con la finalidad de alcanzar su consentimiento. Esta situación ha provocado una permanente colisión entre las expectativas de los inversionistas que aspiran a adjudicarse las concesiones de explotación geotérmica con los derechos de los pueblos indígenas que habitan las regiones donde, mayoritariamente, se ubican las fuentes de energía geotérmica o que tienen el mayor potencial energético y, por tanto, son identificadas a través de una presunción legal como "fuentes probables de energía geotérmica".

250 Estas son: Jurasi, Untupujo, Chiriguaya, Surire, Polloquere, Enquelca, Berenguela, Quiritari, Puchuldiza, Chuzmiza, Pampa Lirima, Colpagua, Mamiña, Pica, Ascotan, El Tatio, Alitar, Aguas Calientes, Tilopozo y Tuyajto. Ley 19.253 de 1993.

6.3.1. RÉGIMEN JURÍDICO QUE REGULA LAS CONCESIONES GEOTÉRMICAS

La Ley 19.657 de 2000 regula la energía geotérmica, su concesión y licitación para la exploración y explotación; establece servidumbres y norma las relaciones entre los concesionarios, el Estado, los dueños del terreno superficial, los titulares de pertenencias mineras, las partes de los contratos de operación petrolera o empresas autorizadas para la exploración y explotación de hidrocarburos y los titulares de derechos de aprovechamientos de agua. La energía geotérmica es definida como aquella que se "obtenga del calor natural de la tierra, que puede ser extraída del vapor, agua, gases, excluidos los hidrocarburos, o a través de fluidos inyectados artificialmente para este fin" y es definida como un bien estatal susceptible de ser explorado y explotado mediante concesiones[251].

La concesión geotérmica está concebida como un derecho real inmueble distinto e independiente del dueño del predio superficial, oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de todo acto o contrato, amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución (art. 5).

La concesión puede recaer sobre cualquier superficie del territorio nacional, incluyendo las aguas interiores, mar territorial y la zona económica exclusiva, salvo "las aguas termales, minerales o no minerales, que se utilicen para fines sanitarios, turísticos o de esparcimiento" (art. 2). Sin perjuicio de lo anterior, la ley establece ciertas fuentes probables de energía geotérmica, definidas como "los afloramientos espontáneos de aguas que contengan calor del interior de la tierra y el área geográfica circundante". La ley indica que son fuentes probables las ubicadas en Jurasi, Untupujo, Chiriguaya, Surire, Polloquere, Enquelca, Berenguela, Quiritari, Puchuldiza, Chuzmiza, Pampa Lirima, Colpagua, Mamiña, Pica, Ascotan, El Tatio, Alitar, Aguas Calientes, Tilopozo y Tuyajto, sin perjuicio de las demás que establezca el Ministerio de Energía mediante decreto[252]. Lo distintivo de las concesiones identificadas como fuente probable es que siempre requerirán de licitación pública, sea a solicitud de uno o más interesados, o sea convocada de oficio por la autoridad. En cualquier caso, para poder participar como oferente en una licitación, se exige un capital mínimo de 5 000 UF para personas naturales y de 10 000 UF para personas jurídicas[253].

251 Arts. 3 y 4, Ley 19.657 de 2000.

252 Artículo 16, Ley 19.657 de 2000.

253 Artículo 17, Ley 19.657 de 2000.

Por otra parte, como todo régimen concesional, distingue entre dos tipos de concesión: la de exploración y la de explotación.

A) LA CONCESIÓN DE EXPLORACIÓN:

Se trata del derecho real inmueble que permite realizar "el conjunto de operaciones que tienen el objetivo de determinar la potencialidad de la energía geotérmica, considerando entre ellas la perforación y medición de pozos de gradiente y pozos exploratorios profundos" y todos los estudios técnicos necesarios[254]. Además, el titular de la concesión de exploración tiene el derecho exclusivo a que el Estado le adjudique la concesión de explotación, hasta dos años después de vencida la misma[255]. La ley acota la extensión de la concesión de exploración a 100 000 hectáreas.

La concesión tendrá, en principio, dos años de duración, los cuales son prorrogables por otros dos años, siempre y cuando se acredite oportunamente el haber realizado al menos un 25% de las inversiones proyectadas[256].

B) LA CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN:

Esta concesión da derecho al aprovechamiento de la energía geotérmica que se encuentre dentro de los límites de la misma, es decir, la energía pertenece en propiedad al concesionario hasta su agotamiento. La ley define la explotación como el "conjunto de actividades de perforación, construcción, puesta en marcha y operación de un sistema de extracción, producción y transformación de fluidos geotérmicos en energía térmica o eléctrica".

En relación con su extensión, la ley fija como máximo las 20 000 hectáreas y su duración es indefinida, hasta el total agotamiento de la energía geotérmica existente en el territorio de la concesión. Sin perjuicio de ello, esta se extingue por caducidad, la cual opera de pleno derecho por falta de pago de dos patentes[257]; por resolución judicial, cuando no se explotare la concesión, pudiendo hacerlo en condiciones razonables de rentabilidad "con el fin de obtener utilidades o ventajas adicionales mediante la explotación de otras fuentes energéticas"[258]. Por renuncia parcial o total hecha mediante escritura pública[259].

6.3.2. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN Y OPOSICIÓN

El modelo concesional seguido por el legislador en materia geotérmica es el mismo utilizado en la minería y las aguas. Se trata de una cesión gratuita de derechos de aprovechamiento sobre bienes considerados públicos, sin más contraprestación que la obligación de explotar, el pago de patentes y la expectativa de recaudar impuestos. De acuerdo con la Ley 19.657 de 2000, el procedimiento para solicitar concesiones geotérmicas se verifica ante el Ministerio de Energía, quien para una mejor resolución de la solicitud puede pedir informes a cualquier entidad pública[260]. El procedimiento puede iniciarse por una solicitud directa (que puede devenir en licitación pública por la concurrencia de terceros interesados) o por licitación pública (obligatoriamente en los casos de las fuentes probables de energía establecidos en el art. 16 en el reglamento y discrecionalmente en los demás).

La solicitud de concesión debe publicarse al menos una vez en el Diario Oficial y dos veces en un diario de circulación nacional y otro regional. Si el área que se solicita es de difícil acceso deben emitirse, además, tres avisos radiales dentro del plazo establecido por la ley[261]. De esta manera se pretende asegurar que los potenciales afectados –entre ellos las comunidades indígenas– tengan conocimiento de la presentación de la solicitud y puedan oponerse a su concesión. Para esto, los titulares de derechos en terrenos superficiales al área solicitada tienen 45 días contados desde la solicitud de concesión de exploración. El mismo plazo tienen terceros para solicitar concesiones sobre el mismo territorio y forzar así una licitación pública[262].

En caso de no presentarse nuevas solicitudes, el ministerio deberá conceder o rechazar la solicitud, salvo que se hubiere opuesto oposición administrativa (la que no obsta a la interposición de recursos judiciales)[263].

---

254 Art. 6, Ley 19.657 de 2000.

255 Artículo 14, Ley 19.657 de 2000.

256 Art 41, Ley 19.657 de 2000.

257 Artículo 36, Ley 19657 de 2000.

258 Artículo 40, Ley 19.657 de 2000.

259 Artículo 41, Ley 19.657 de 2000.

260 Artículo 12, Ley 19.657 de 2000.

261 Artículo 13, Ley 19.657 de 2000.

262 Artículo 14, Ley 19.657 de 2000.

263 Artículo 18, Ley 19.657 de 2000.

Los oponentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 antes citado, deben demostrar la titularidad del derecho que reclaman y exponer las formas en que la concesión les cause perjuicio. Están habilitados para oponerse: a) los dueños de los terrenos superficiales; b) los dueños de concesiones mineras o de derechos de aprovechamiento de aguas; c) los titulares de derechos de exploración o de explotación de hidrocarburos líquidos o gaseosos, o de litio, y d) los titulares de derechos sobre extensiones territoriales cubiertas por la respectiva concesión de energía geotérmica[264].

El ministerio pondrá en conocimiento del solicitante la oposición para que emita sus observaciones dentro del plazo de 60 días desde dicha comunicación. En todo caso, la oposición no será válida si se refiere a una solicitud de explotación que recaiga sobre terrenos donde exista una concesión de exploración. Si no hay oposiciones o habiéndolas estas han sido resueltas, el ministerio deberá decidir sobre las solicitudes o licitaciones. Para ello tiene un plazo de 90 días contados desde que expire el término para que el solicitante haga sus observaciones a las reclamaciones. Si la oposición se presenta ante una licitación pública, la resolución del ministerio debe verificarse dentro del plazo de 60 días contados desde que vence el de 45 días para oponerse. Si no hay oposiciones, el plazo se cuenta desde que se cumplan los 45 días para presentarlas. El decreto que la rechace debe siempre ser fundado[265] y es susceptible de recurso de reclamo dentro de los siguientes 15 días de su conocimiento, sin perjuicios de los demás recursos legales ordinarios que procedan[266]. Este recurso es resuelto por el ministro de Energía previo informe fundado de una comisión integrada por el subsecretario de la cartera, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Minería y el director nacional de Geología y Minería[267], y está disponible también para cualquier acto que los solicitantes consideren que vulnera sus derechos durante la tramitación de la solicitud.

---

264 Cabe consignar que si bien no hay referencia específica a las comunidades indígenas en la legislación, los derechos esgrimidos por ellas para oponerse a las concesiones en el marco de esta normativa han sido precisamente los derechos de propiedad ancestral al agua y sus derechos territoriales conforme a lo dispuesto en el citado artículo 18, ello sin perjuicio de otros derechos específicos como son los reconocidos en el Convenio Nº 169 y en la Ley 19.253 de 1993.

265 Artículo 19, Ley 19.657 de 2000.

266 Artículo 23, Ley 19.657 de 2000.

267 Artículo 23, Ley 19.657 de 2000.

6.3.3. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DE RECURSOS GEOTÉRMICOS

Siguiendo el patrón de análisis que hemos determinado en esta publicación para analizar la legislación que regula la extracción de recursos naturales e incide en territorios indígenas, estimamos pertinente evaluar los derechos y obligaciones que la ley confiere al concesionario geotérmico para determinar el modo en que afectan los derechos indígenas.

DERECHOS

A) LA EXCLUSIVIDAD

El principal derecho que otorga la concesión es, como hemos visto, la exclusividad en la actividad de exploración o explotación respectivamente[268]. En todo caso, esto no impide que el Estado pueda otorgar en el mismo territorio concesiones mineras, derechos de aprovechamiento de aguas, permisos de exploración de aguas subterráneas, concesiones administrativas o celebrar contratos especiales de operación en el caso de sustancias no susceptibles de concesión minera[269].

Por otra parte, vimos que la concesión otorga un derecho real transferible y transmisible, para lo cual la ley establece requisitos especiales[270]. Ahora bien, además la ley otorga otros derechos adicionales, como las servidumbres y derechos sobre las aguas, los que resultan de particular importancia en relación con los pueblos indígenas.

B) LAS SERVIDUMBRES

La normativa establece que la concesión otorga, desde su entrada en vigencia, derechos reales a su titular sobre los predios superficiales donde se encuentre ubicada la extensión territorial cubierta por aquella. Se trata de servidumbres constituidas por el solo ministerio de la ley en favor del concesionario. Estas implican, como lo expresa la propia ley en su artículo 26:

---

268 Artículo 22, Ley 19.657 de 2000.

269 Artículo 28, Ley 19.657 de 2000.

270 Artículos 24 y 25, Ley 19.657 de 2000.

1. La de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por obras y por instalaciones de exploración y de explotación de energía geotérmica; por sistemas de comunicación, y por cañerías, construcciones y demás obras complementarias;
2. Las establecidas en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos, de acuerdo con la legislación respectiva, y
3. La de tránsito y la de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos, establecimientos de producción comercial o industrial de la energía geotérmica y centros de consumo de la misma.

Si las servidumbres afectaren casas y sus dependencias o terrenos plantados de vides o árboles frutales, ellas solo podrán ser constituidas con acuerdo del dueño del predio superficial.

El mismo artículo señala que todo perjuicio que ocasionen las servidumbres así constituidas debe indemnizarse y que permanecerán vigentes mientras dure la concesión. En cualquier caso, solo pueden ser utilizadas para la finalidad para la cual fueron constituidas (exploración o explotación geotérmica) y cesan cuando termine su aprovechamiento.

C) LAS AGUAS

Siguiendo la lógica establecida en otros cuerpos legales homólogos ya analizados como es el caso de la legislación minera, el titular de una concesión de energía geotérmica tiene por el solo ministerio de la ley, y en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión, el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración y explotación. A diferencia del caso de las servidumbres, aquí el derecho persiste mientras se encuentra vigente la concesión, aun "terminada la utilización geotérmica de las aguas", pudiendo así el titular disponer de estos derechos mientras la concesión está vigente, lo cual se aplica de igual manera a otros fluidos geotérmicos[271].

---

271 Artículo 27, Ley 19.657 de 2000.

OBLIGACIONES

El concesionario debe cumplir con las obligaciones que establezca el decreto de concesión. Asimismo, debe pagar una patente anual a beneficio fiscal proporcional a la superficie concedida[272].

El titular de una concesión de exploración debe informar anualmente al Ministerio de Energía los avances del proyecto con el cual se adjudicó la concesión. También el titular de una concesión de explotación debe informar de sus actividades anuales[273].

6.3.4. LA LEY DE CONCESIONES GEOTÉRMICAS Y LAS IMPLICANCIAS PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS INDÍGENAS EN CHILE Y LA GOBERNANZA TERRITORIAL INDÍGENA

Como señalamos al comienzo del acápite anterior, la Ley 19.657 entró en vigor el año 2000 con la finalidad de promover la inversión y el desarrollo de energía geotérmica en el país. Si bien a la época de tramitación de la ley, Chile no había ratificado el Convenio N° 169 que es taxativo en orden a establecer la necesidad de consulta en materias administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos interesados, sí estaba vigente la Ley N° 19.253 de 1993, la que en su artículo 34, como hemos indicado en otros capítulos de esta publicación, establece que "los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley". Siendo que el proyecto ingresó por mensaje presidencial, el ejecutivo debió haber al menos convocado a las organizaciones indígenas para escuchar su opinión, toda vez que esta normativa es posterior a la promulgación de la ley 19.253 de 1993[274].

En 2009 la Ley 19.657 fue modificada por la Ley 20.402 en razón de la creación del Ministerio de Energía. Si bien no se trató de una revisión integral de la Ley 19.657, la tramitación del proyecto podría

---

272 Artículo 32, Ley 19.657 de 2000.

273 Artículo 37, Ley 19.657 de 2000.

274 Sobre la cuestión de la consulta previa, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento de los pueblos susceptibles de ser afectados por medidas administrativas o legislativas, ver el capítulo sobre el Convenio N° 169 de este trabajo.

haber sido aprovechada como ocasión para consultar a los pueblos indígenas, toda vez que fue en septiembre de 2008 cuando el Estado de Chile ratificó el Convenio N° 169. Si bien en esta ocasión, tanto la Ley 19.253 de 1993 como el Convenio N° 169 aparecieron en el debate, fue solo en relación con las modificaciones de la Ley General de Servicios Eléctricos, particularmente en cuanto otorgaba la calidad de concesionarios de los servicios eléctricos a los obligados a ejecutar obras del sistema de transmisión troncal. Finalmente, la norma se aprobó pero "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes N°s 19.300 y 20.283, y demás normas legales pertinentes"[275]. Cabe señalar que tampoco en esta ocasión se hizo la consulta correspondiente[276].

Actualmente se encuentran en tramitación tres proyectos de reforma a la Ley 19.657 de 2000. El primero, ingresado por moción parlamentaria de los diputados Espinosa y Sule en abril de 2009, propone establecer la obligatoriedad de someter a todo evento a Evaluación de Impacto Ambiental los proyectos de explotación de un reservorio geotérmico común (boletín N° 6465-08). Una reforma más amplia en el mismo sentido, que pretende incorporar todo proyecto de exploración o explotación geotérmica al sistema de evaluación de impacto ambiental, fue ingresada por un grupo de diputados en junio de 2011[277]. Esta propone agregar expresamente al artículo 10 de la Ley 19.300 que establece las actividades que deben ingresar al SEIA, la exploración geotérmica. Asimismo, agrega a los requisitos contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.657, el de "acompañar los estudios o declaraciones de impacto ambiental, según sea el caso de conformidad a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente". Si bien se trata de un avance, por cuanto acaba con la incertidumbre actual respecto al momento en que los proyectos de prospección de energía geotérmica deben ingresar al SEIA, resulta absolutamente insuficiente para subsanar los defectos apuntados.

275 Artículo 14, N° 17, Ley 19.657 de 2000.

276 Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, "Historia de la Ley N° 20.402. Crea el Ministerio de Energía, estableciendo modificaciones al DL N° 2.224, de 1978 y a otros cuerpos legales", disponible en línea <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3896/7/HL20402.pdf>

277 Son autores de la moción Jorge Burgos Varela, Eduardo Cerda García, Fuad Chahín Valenzuela, Marcos Espinosa Monardes, Cristina Girardi Lavín, Carolina Goic Boroevic, Marta Isasi Barbieri, René Saffirio Espinoza, Víctor Torres Jeldes y Patricio Vallespín López.

En septiembre de 2010, el Ejecutivo ingresó un nuevo proyecto para modificar la Ley 19.657 (boletín N° 7162-08). Su principal preocupación es "agilizar el proceso concesional" y asegurarse de que los concesionarios efectúen los trabajos que les corresponden. En lo que nos interesa, el proyecto agrega el concepto de "manejo sustentable del recurso geotérmico" como criterio para evitar la sobreexplotación, aunque el mismo no tiene mayores concreciones[278]. Por otra parte, se excluye del proceso concesional a proyectos menores a 10 GWh/año que no estén destinados a generación eléctrica.

Lo más complejo desde la perspectiva de los derechos indígenas es la modificación que el proyecto hace al procedimiento de oposición a las concesiones. El mismo sustituye el artículo 18, que actualmente otorga legitimación activa 'entre otros' a los dueños de los terrenos superficiales o de derechos de aprovechamiento de aguas para "formular al Ministerio de Energía las reclamaciones y las observaciones de aquello que les cause perjuicio". Esto ha permitido que las comunidades indígenas afectadas, invocando sus derechos de propiedad ancestral, se opongan, aunque sin éxito, a los procesos de concesión de licitaciones en sus territorios.

En el proyecto, la oposición solo puede hacerse por terceros afectados "por vicios del procedimiento o de solicitud o de convocatoria a licitación", quienes pueden "oponerse fundadamente al otorgamiento de la concesión o llamado a licitación por no cumplirse con el procedimiento de solicitud o de convocatoria a licitación de la concesión. De no cumplirse con las exigencias anteriores, el Ministerio rechazará de plano la oposición". O sea, la oposición se limita ahora a los terceros interesados en la licitación y no a aquellos que tienen intereses vinculados a otros derechos sobre el territorio. Además se reduce el plazo de oposición de 45 a 20 días[279]. Se trata, como se ha evidenciado, de un franco retroceso en el camino a facilitar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el país.

278 Artículo 1.3, proyecto de Ley.

279 Artículo 1.14, proyecto de Ley.

6.3.5. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONCESIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA EN TERRITORIOS INDÍGENAS

A) EXPLOTACIÓN DE LOS GÉISERES DEL TATIO —SITIO PATRIMONIAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DE TOCONCE Y CASPANA— PARA LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

La Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y CODELCO formaron la compañía Geotérmica del Norte S.A.[280], a la cual posteriormente se incorporó ENEL Latin America (Chile) S.A.[281] para explorar y explotar comercialmente los recursos geotérmicos de las regiones de Arica, Antofagasta y Atacama, localizados en su mayoría en territorios reivindicados por comunidades indígenas. Así, en diciembre de 2005 presentaron una solicitud de explotación geotérmica de los géiseres del Tatio, que unos meses antes el propio Estado de Chile, por conducto del Ministerio de Bienes Nacionales y la CONADI, había otorgado en concesión a las comunidades indígenas de Toconce y Caspana para su explotación turística: en efecto, los géiseres del Tatio son un sitio ancestral de propiedad patrimonial de estas comunidades y, como tales, forman parte de su reivindicación territorial.

No obstante la prioridad indígena, Geotérmica del Norte S.A. obtuvo la concesión[282], lo que la habilitó para hacer perforaciones de aproximadamente 2000 metros de profundidad y construir, poner en marcha y manejar un sistema de extracción de fluidos geotérmicos para transformarlos en energía eléctrica. Se los autorizó a intervenir un predio de 7200 hectáreas, de 9000 metros de largo y 8000 de ancho, que corresponde al área concesionada. El secretario regional ministerial de Minería (SEREMI) de la Región de Antofagasta otorgó públicamente su apoyo al proyecto (Diario *El Mercurio*, 7 de diciembre de 2005). Cabe notar que otras empresas presentaron solicitudes de

280 Sociedad anónima constituida en 2002; CODELCO tenía 50,01% de las acciones y ENAP 49,09%.

281 En marzo de 2006 CODELCO vendió el 45,1% de las acciones de Geotérmica a ENEL Latin America (Chile) S.A. y se reservó el 5%.

282 La concesión fue otorgada por el DS 246/2006 del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 26 de abril de 2007.

exploración, con igual fin, sobre los géiseres del Tatio, que finalmente fueron denegadas[283].

En el mes de agosto de 2007, Geotérmica del Norte ingresó al SEIA un EIA para el proyecto "Perforación Geotérmica Profunda El Tatio, Fase I". El Consejo Consultivo de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la II Región emitió su informe sobre el proyecto, recomendando su calificación desfavorable, básicamente por el alto nivel de "incerteza respecto a la no afectación en el funcionamiento de los Géiseres de El Tatio" (Yáñez et al. 2008).

El 3 de julio de 2008 la COREMA de Antofagasta emitió la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), resolución exenta N° 229/2008, en la que autorizó la ejecución del proyecto de exploración geotérmica, señalando que no ocasionaría impactos en las aguas ni en las fumarolas (párrafos 13.1.1 y 13.10.2). Esto, pese a que las comunidades *quechuas* y el Consejo de Pueblos Atacameños se opusieron activamente durante el proceso, alegando su propiedad ancestral sobre el territorio y el valor cultural del mismo[284] y el hecho de que las aguas que nacen del Tatio son afluentes del río Loa y este (incluyendo sus afluentes) había sido declarado agotado por la Dirección General de Aguas mediante Resolución Exenta N° 197 de 24 de enero del año 2000. Tampoco se tomó en consideración la experiencia comparada en materia de exploración geotérmica y géiseres[285].

283 Entre ellas la Minera Copiapó S.A., cuya solicitud, presentada ante el ministro de Minería el 24 de octubre de 2005, fue denegada con fecha 30 de noviembre de 2005.

284 Claudia López, "Aprueban explotación geotérmica en el Tatio", *La Tercera*, 03 de julio de 2008, en línea <http://www.latercera.cl/contenido/25_27449_9.shtml>.

285 La exploración geotérmica produjo la extinción total de los Géiseres de Wairakei (Nueva Zelandia), Steamboat Springs (Nevada, USA), y Beowawe (Nevada, USA) y parcial de los Géiseres de Puchuldiza. Por otra parte, científicos expertos en energía geotérmica como John Alan Glennon, Departamento de Geografía, Universidad de California, Santa Bárbara, Estados Unidos; el dr. Ron Keam de la University of Auckland, Departamento de Física; Phillip Bennett, The University of Texas; Annette Engel, Louisiana St. University; Colin Harvey (director del Instituo Geothermal and Nuclear Sciences, Nueva Zelandia), advirtieron sobre los riesgos del proyecto en el Tatio.

En enero de 2009 la COREMA inició un proceso de sanción contra la empresa por incumplimiento de las exigencias de la RCA[286]. A principios de septiembre de 2009 se produjo un derrame de fluido geotérmico en el pozo N° 10, el cual produjo una columna de fluido geotermal superior a 60 metros de altura. La fuga tardó cerca de un mes en ser controlada a través del "uso de sistemas de bombeo de altísima presión y gran tamaño, instalados en la proximidad del cabezal y que tomaron el fluido desde piscinas alimentadas por un sistema de tuberías", según informó la empresa en un comunicado[287]. El origen de las aguas utilizadas, cerca de 3 000 lts./seg. (tres mil litros por segundo), permanece desconocido.

La organización ciudadana Mesa de Trabajo por El Tatio evacuó un informe sobre los posibles impactos del accidente geotérmico. Particularmente llamó la atención sobre cuatro posibles impactos: a) la contaminación de las aguas que nutren el río Loa y el río San Pedro (arsénico, borón, sulfito de hidrógeno, dióxido de carbón, mercurio y aumento de la temperatura); b) extinción del géiser y disminución del caudal de los ríos Loa y San Pedro; c) subsidencia de suelos, y d) pérdida de comunidades microbiales y su potencial de bioprospección y escénico[288].

A principios de octubre del mismo año, la COREMA decidió paralizar indefinidamente el proyecto y el Ministerio del Medio Ambiente allegó los antecedentes al Consejo de Estado para investigar el episodio. En noviembre de 2010, el CDE, en base a los informes del Servicio Agrícola y Ganadero, la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la Dirección General de Aguas, el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, descartó daño ambiental atribuible a la empresa geotérmica, por lo que esta no fue demandada. Sin embargo, la COREMA dio por terminada la

286 El Nortero, "COREMA sancionará a empresa geotérmica que explora en El Tatio", *El Nortero*, 23 de enero de 2009, en línea <http://www.elnortero.cl/admin/render/noticia/18404>.

287 El Nortero, "Geotérmica del Norte anunció haber controlado emanación en El Tatio", *El Nortero*, 04 de octubre de 2009, en línea <http://www.elnortero.cl/admin/render/noticia/21042>.

288 CEP, "Informe técnico sobre los efectos del derrame de fluido geotérmico en los geyser de El Tatio y el ecosistema de la zona", Centro de Políticas Públicas, en línea <http://www.politicaspublicas.net/panel/geotermia/395-informe-tatio.html>.

exploración geotérmica en El Tatio y multó a Geotérmica del Norte con $ 204 770 500 (5500 UTM)[289].

B) CONCESIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA EN EL SALAR DE SURIRE, TERRITORIO ANCESTRAL AYMARA

En enero de 2008, el Ministerio de Minería convocó a tres licitaciones de energía geotérmica: Polloquere 1 (de 23 800 ha), Polloquere 2 (de 47 500 ha) y Polloquere 3 (de 11 400 ha). Esta licitación se superpone al territorio indígena de la comunidad *aymara* de Surire. Sus habitantes no solo tienen la posesión ancestral sobre los mismos, sino también ostentan títulos estatales de propiedad inscritos en el Conservador de Bienes Raíces. Lo mismo puede decirse de sus aguas y derechos de aprovechamiento sobre las mismas, los cuales se encuentran regularizados e inscritos a nombre de sus integrantes. Por otra parte, la licitación afecta sitios protegidos bajo el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, como son el Monumento Nacional Salar Surire[290], la Reserva Nacional Las Vicuñas y el Parque Nacional Volcán Isluga; así mismo, se superpone sobre aguas termales de uso recreativo, espiritual y medicinal (Yáñez et al. 2011).

Frente a esta situación, las comunidades afectadas, interpusieron su oposición al proceso de licitación, por cuanto este no estaba tomando en consideración la protección especial que las tierras indígenas tienen en el ordenamiento jurídico chileno, particularmente en relación con las servidumbres y los derechos de agua que la Ley 19.657 de 2000 otorga de pleno derecho a quien se adjudique la licitación. Esta reclamación administrativa fue desechada mediante el Decreto Exento N° 142 de 2008, por cuanto el Ministerio de Minería entendió que la Ley 19.657 de 2000 permitía la limitación del dominio de los predios superficiales al igual que los derechos de aprovechamiento de aguas, sin perjuicio de

289 El Mercurio de Antofagasta, "CDE descartó daño ambiental en 'El Tatio'", *El Mercurio de Antofagasta*, 27 de noviembre de 2010, en línea [<http://www.mercurioantofagasta.cl/prontus4_noticias/site/artic/20101127/pags/20101127000502.html>]

290 El salar se encuentra ubicado al interior del Parque Nacional Lauca, cuya desafectación fue anunciada a mediados de 2010 por el presidente Piñera. Diana Porras, "Indígenas de Arica y Parinacota rechazan anuncio de Piñera sobre explotación minera en Parque Nacional", Radio Universidad de Chile, 11 de junio de 2010, disponible en <http://radio.uchile.cl/noticias/70812/> [Consultada en noviembre 2012].

las indemnizaciones pertinentes. Esto motivó a los afectados a accionar un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, la que derivó el recurso a su símil de Santiago, siendo rechazado en esta instancia por considerarlo extemporáneo, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto[291].

El 1 de junio de 2009, el Ministerio de Minería convocó a nuevas licitaciones, entre ellas la de Licancura 2, superpuesta al pueblo de Surire, caserío de Alto Surire y los bofedales que alimentan el ganado silvestre y doméstico de los habitantes de la zona. Nuevamente los surireños presentaron oposición, la cual fue rechazada mediante Decreto Exento Nº 361. El Ministerio de Minería se fundó en que "los recurrentes no han acreditado que con la convocatoria a licitación pública para el otorgamiento de la concesión de exploración de energía geotérmica denominada Licancura 2, ya identificada, se les cause perjuicios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18, inciso 1º de la ley 19.657".

6.4. LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA, EL RÉGIMEN PESQUERO ARTESANAL

La legislación que regula el sector pesquero ha instaurado un régimen basado en la distribución de las pesquerías mediante cuotas que, al igual que las legislaciones antes analizadas, permite que la industria extractiva acceda a los recursos del mar por medio de un título concesional denominado autorización de pesca. El modelo también se aplica a la pesca artesanal y ha modificado las normas consuetudinarias de acceso y gestión de recursos marinos que desde tiempos inmemoriales han regulado al sector pesquero artesanal.

Las normas a través de las cuales se regulan las pesquerías (industriales y artesanales) en el país son las siguientes:

A) Ley General de Pesca y Acuicultura (Decreto Supremo Nº 430 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892 y sus modificaciones).
B) Ley 19.713 que establece la medida de administración pesquera Límites Máximos de Captura, conocida como "ley corta".
C) Decreto Ley Nº 2.222 Ley de Navegación.

---

291 Rol N° 3135-2009. Esto fue confirmado por la Corte Suprema el 7 de diciembre de 2009(rol N° 7722-2009).

D) Decreto con Fuerza de Ley Nº 5 de 1983, Ley Orgánica del Sector Público Pesquero.
E) Decreto N° 64 de 1992 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento de Sustitución de Naves.
F) Decreto N° 464 de 1995 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento que establece procedimiento para la entrega de información para actividades pesqueras y acuicultura.
G) Resolución N° 857 de 1991 del Servicio Nacional de Pesca. Reglamenta entrega de antecedentes de naves nacionales que operan en aguas extrajurisdiccionales.

Complementan esta legislación los siguientes reglamentos:

- Reglamento "Régimen de acceso y atribuciones para la conservación de recursos hidrobiológicos".
- Reglamento del Registro Nacional de Pescadores Artesanales (RPA).
- Reglamento del Régimen Artesanal de Extracción (RAE).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley General de Pesca y Acuicultura 18.892, las disposiciones de dicha Ley regulan la preservación de los recursos hidrobiológicos y toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura, de investigación y deportiva, que se realice en aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva y en las áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes chilenas o los tratados internacionales.

El legislador a través de esta normativa fijó un régimen general de libre acceso al desarrollo de la actividad pesquera industrial en las aguas jurisdiccionales chilenas, exceptuando la zona reservada a la extracción pesquera artesanal. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley General de Pesca y Acuicultura 18.892, en virtud de la cual cualquier persona interesada en desarrollar la actividad pesquera, que cumpla con los requisitos legales, puede solicitar una autorización a la autoridad pública correspondiente.

La Ley define la autorización de pesca como el acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría de Pesca faculta a una persona natural o jurídica por tiempo indefinido para realizar actividades pesqueras

extractivas con una determinada nave, condicionada al cumplimiento de las obligaciones que en la respectiva resolución se establezcan[292].

6.4.1. PESCA INDUSTRIAL

Para los efectos de esta ley, se entiende por "pesca industrial" la actividad pesquera extractiva realizada por armadores industriales que utilizan naves o embarcaciones pesqueras[293]. El "armador pesquero industrial", a su vez, es la persona inscrita en el registro industrial, que ejecuta por su cuenta y riesgo una actividad pesquera extractiva o de transformación a bordo, utilizando una o más naves o embarcaciones pesqueras, cualquiera sea el tipo, tamaño, diseño o especialidad de estas, las que deberán estar identificadas e inscritas como tales en los registros a cargo de la autoridad marítima[294].

La autorización de pesca para desarrollar pesca industrial se debe solicitar por la persona interesada, para cada nave, a la Subsecretaría de Pesca, la que se pronuncia mediante resolución fundada del subsecretario de dicha cartera[295].

En el caso de ser el solicitante una persona natural, deberá ser chileno o extranjero que disponga de residencia definitiva. Si se trata de una persona jurídica deberá estar constituida legalmente en Chile[296]. La solicitud puede ser denegada mediante resolución fundada, por alguna de las causales establecidas en el artículo 19. Las causales de denegación son:

- Por constituir la o las especies solicitadas, unidades de pesquería declaradas en estado de plena explotación y encontrarse cerrado transitoriamente su acceso.
- Por constituir la o las especies solicitadas unidades de pesquería declaradas en régimen de recuperación o de desarrollo incipiente.
- El evento de que la actividad pesquera solicitada utilice un arte o aparejo de pesca que, por efectos tecnológicos, capture una especie hidrobiológica que constituya una unidad de pesquería declarada en régimen de pesquería en recuperación o en régimen de pesquería en desarrollo incipiente; o en régimen de pesquería en plena explotación, con su acceso transitoriamente cerrado.
- Cuando la nave individualizada en la solicitud tenga una autorización vigente para una persona distinta del solicitante.
- Cuando la actividad solicitada sea contraria a la normativa vigente relativa al sector pesquero nacional.

292 Artículo 2, Nº 2, Ley 18.892.

293 Artículo 2, Nº 31, Ley 18.892.

294 Artículo 2, Nº 8, Ley 18.892.

295 Artículo 15, Ley 18.892.

296 Artículo 17, Ley 18.892.

La autorización de pesca habilita a la nave para realizar actividades pesqueras extractivas sobre las especies y en las áreas que en ella se indiquen por tiempo indefinido. La autorización de pesca no puede enajenarse, arrendarse ni constituir a su respecto otros derechos en beneficio de terceros a ningún título, sin perjuicio de su transmisibilidad[297], esto es, su transmisión como consecuencia del fallecimiento del titular. Sin embargo, esta restricción a la libre enajenación tiene excepciones según veremos más adelante.

Se excluye del acceso de la pesca industrial el área de reserva a la pesca artesanal. Esta, como reiteraremos posteriormente, corresponde a una franja del mar territorial de cinco millas marinas medidas desde las líneas de base normales, a partir del límite norte de la República y hasta el paralelo 41° 28,6 de latitud sur, y alrededor de las islas oceánicas. Se reservan también a la pesca artesanal las aguas interiores del país[298].

También se excluyen del régimen de acceso a la pesquería industrial aquellas pesquerías que se encuentren bajo otros regímenes de administración especial[299], tales como: plena explotación, pesquería en recuperación o de desarrollo incipiente:

A) El régimen de plena explotación es aquel que surge como consecuencia de haber declarado una unidad de pesquería en estado de plena explotación, lo que debe ser establecido mediante decreto supremo[300]. La ley define en su artículo 2, N° 21, como "Estado de plena explotación: [...] aquella situación en que la pesquería llega a un nivel de explotación tal que con la captura

297 Artículo 15, Ley 18.892.

298 Artículo 47, Ley 18.892.

299 Estos regímenes ya fueron analizados en los párrafos anteriores como causales de denegación de las autorizaciones de pesca.

300 Artículo 21, Ley 18.892.

de las unidades extractivas autorizadas, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie hidrobiológica".

Es interesante destacar que en este caso sí es posible transferir a título oneroso la autorización. Una vez declarado el estado de plena explotación, las autorizaciones que facultan a sus titulares para desarrollar actividades pesqueras extractivas, en las unidades de pesquería sometidas al régimen de plena explotación, se podrán transferir con la nave respectiva. Las autorizaciones de pesca serán indivisibles[301]. En este caso los armadores industriales podrán sustituir sus naves pesqueras conforme al procedimiento que se establece en el reglamento correspondiente.

Otra consecuencia derivada de esta declaración de "plena explotación" es que mediante decreto y conforme al procedimiento que se señala en el artículo 24 de la ley, podrá suspenderse por el plazo de un año la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca. Además, en dichas pesquerías se pueden fijar cuotas globales anuales de captura para cada unidad de pesquería[302] y se puede autorizar a la Subsecretaría de Pesca para que adjudique anualmente, mediante pública subasta –es decir, por medio de un remate al mejor postor–, el derecho a capturar en cada año un porcentaje de la cuota global anual[303]. A los adjudicatarios de la subasta se les otorgará un permiso extraordinario de pesca[304], el que será divisible, transferible una vez al año y transmisible, y podrá ser arrendado y dado en comodato[305].

B) Pesquería en recuperación es aquella pesquería que se encuentra sobreexplotada y sujeta a una veda extractiva de a lo menos tres años, con el propósito de su recuperación, y en las que sea posible fijar una cuota global anual de captura.

La declaración del régimen de pesquería en recuperación autorizará a la Subsecretaría de Pesca para adjudicar anualmente en pública subasta el derecho a capturar cada año el equivalente, en toneladas, al 10%

301 Artículo 23, Ley 18.892.

302 Artículo 26, Ley 18.892.

303 Artículo 27, Ley 18.892.

304 Artículo 29, Ley 18.892.

305 Artículo 31, Ley 18.892.

de la cuota global anual de captura[306]. A quienes se adjudiquen estos derechos se les otorgará un permiso extraordinario de pesca.

Desde la fecha en que se declara una pesquería en régimen de recuperación, expirarán por el solo ministerio de la ley todas las autorizaciones de pesca relativas a esas unidades de pesquería y mientras se mantenga la vigencia de este régimen no se otorgarán nuevas autorizaciones[307].

C) Pesquería incipiente es aquella pesquería *demersal* o bentónica sujeta a un régimen general de acceso, en la cual se puede fijar una cuota global anual de captura, en que no se realice esfuerzo de pesca o este se estime en términos de captura anual de la especie objetivo menor al 10% de dicha cuota y respecto de la cual haya un número considerable de interesados por participar en ella[308].

El régimen de pesquería en desarrollo incipiente autorizará a la Subsecretaría de Pesca para adjudicar anualmente, mediante pública subasta, el derecho a capturar el equivalente, en toneladas, al 10% de la cuota global anual de captura. El permiso extraordinario que origina la subasta para pesquerías en desarrollo incipiente tiene las mismas características que el de pesquería en recuperación.

6.4.2. PESCA ARTESANAL

La ley define a la pesca artesanal como la actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales en forma personal, directa y habitual y, en el caso de las áreas de manejo, por personas jurídicas compuestas exclusivamente por pescadores artesanales, inscritos como tales.

Un pescador artesanal es aquel que se desempeña como patrón o tripulante en una embarcación artesanal. Si este es dueño de hasta dos embarcaciones será armador artesanal; si su actividad principal es la extracción de mariscos será mariscador, y si realiza recolección y segado de algas será alguero.

Dichas categorías de pescador artesanal no son excluyentes entre sí, por lo que una persona puede ser calificada y actuar simultánea o sucesivamente en dos o más de ellas, siempre que todas se ejerciten

306 Artículo 39, Ley 18.892.

307 Artículo 39, Ley 18.892.

308 Artículo 2, Nº 32 y 33, Ley 18.892

en la misma región. De esta forma el legislador restringe el área de desplazamiento de los pescadores artesanales, lo que contraviene la práctica tradicional de una actividad que es esencialmente trashumante, sobre todo para quienes se dedican a la extracción de pesquerías migratorias. También altera las dinámicas internas del sector pequero artesanal donde la costumbre no distinguía entre patrón y tripulante, incorporando una categoría de estratificación que ha tensionado las dinámicas de solidaridad basadas en la horizontalidad y la igualdad de derechos.

Como se señaló, la zona de extracción exclusiva de la pesca artesanal corresponde a una franja del mar territorial de cinco millas marinas medidas desde las líneas de base normales, a partir del límite norte de la república y hasta el paralelo 41° 28,6 de latitud sur; alrededor de las islas oceánicas; y a las aguas interiores del país[309]. En dicha zona la pesca artesanal solo tiene permitido el ejercicio de las actividades pesqueras extractivas. Excepcionalmente, según fue señalado, se puede otorgar autorización de pesca a armadores industriales para fines de interés científico.

Se entiende por embarcación artesanal aquella con una eslora máxima de 18 metros y hasta 50 toneladas de registro grueso, operada por un armador artesanal, identificada e inscrita como tal en los registros correspondientes. Al Servicio Nacional de Pesca le corresponde llevar el registro nacional de pescadores artesanales o registro artesanal, que consiste en una nómina de pescadores y embarcaciones habilitadas para realizar actividades de pesca artesanal. Para los efectos de la ley, este se lleva por regiones, provincias, comunas y localidades, y por categorías de pescadores y pesquerías.

El Régimen Artesanal de Extracción (RAE) es una medida de administración pesquera adicional a las que la autoridad puede establecer de acuerdo con los artículos 3, 4 y 47 de la Ley General de Pesca y Acuicultura 18.892. Este régimen se establece por decreto y se aplica a pesquerías que tengan su acceso suspendido[310]. Consiste en la distribución de la fracción artesanal de la cuota global de captura de una determinada región, ya sea por área, tamaño de las embarcaciones, caleta, organización de pescadores artesanales o individualmente y se aplica

309 Artículo 47, Ley 18.892.

310 El reglamento que regula el régimen artesanal de extracción se encuentra regulado en el Decreto Supremo N° 296 del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de diciembre de 2004.

a pesquerías tales como la merluza común, anchoveta, sardina común y jurel, tradicionalmente explotadas por los pescadores artesanales.

El modelo impuesto a través de la Ley General de Pesca y Acuicultura implementa como hemos consignado en los párrafos precedentes un régimen de acceso mediante cuotas de extracción que ha colapsado el desarrollo de la pesquería artesanal. Como ya fue dicho, ha alterado gravemente las reglas de convivencia interna y no ha evitado la sobreexplotación de los principales recursos marinos, poniendo en riesgo la diversidad biológica de los espacios territoriales de uso tradicional y, en general, de todo el mar territorial bajo jurisdicción chilena.

En estas circunstancias, la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH) ha levantado una propuesta destinada a revisar la normativa vigente en el país en aspectos tan relevantes como la institucionalidad en materia de investigación de recursos marinos; la fijación de cuotas de pesca; el reconocimiento del acceso preferente de los pescadores artesanales a la explotación de los recursos pesqueros, y, finalmente, la necesidad de reasignar los recursos marinos estableciendo una justa distribución de los mismos, considerando preferentemente su aporte significativo en materia alimentaria.

La pesca artesanal requiere de una acción afirmativa del Gobierno para sustentar esta actividad tradicional, la cual en Chile se desarrolla en más de 522[311] caletas pesqueras a lo largo de todo el país y constituye la fuente de trabajo para 65 596 pescadores artesanales[312]. Esto exige asumir las responsabilidades legales por la pérdida de derechos tradicionales reemplazados por un régimen de asignación de cuotas individuales de extracción, la disminución del territorio de uso y el aprovechamiento tradicional de la pesca artesanal y la disposición de estos recursos a favor del sector industrial, en condiciones que ha permitido la sobreexplotación de los recursos por deficiencias regulatorias, todo lo cual redunda en la falta de control de la pesca artesanal de los medios necesarios para asegurar el desarrollo productivo del sector en todas sus fases, es decir, tanto en la gestión de la pesquería como en la fase poscosecha que corresponde fundamentalmente a las actividades de limpia, almacenamiento y comercialización de sus productos.

No ahondaremos en el impacto que la legislación en análisis ha tenido en la fase poscosecha porque excede el objetivo de este manual. Solo precisaremos que la pesquería tiene una fase antes y otra después

311 Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA) 2004.

312 SERNAPESCA 2007.

de la recolección, donde consuetudinariamente se han desarrollado oficios (encarnadores, cargadores, vendedores, etc.) que también son impactados por la jibarización de la pesca artesanal y que, además, están invisibilizados en la legislación de pesca.

6.4.3. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE AUTORIZACIONES DE PESCA

Revisaremos a continuación los derechos y obligaciones que goza el titular de una autorización pesquera. En este caso se observa que la ley, como ha sido señalado, reglamenta tanto la autorización para extracción industrial de recursos marinos como la que se realiza a escala artesanal. En la práctica las cuotas asignadas a la industria han permitido la sobreexplotación de los recursos afectando severamente el acceso de los pescadores artesanales y la sustentabilidad de las pesquerías.

Conforme al artículo 43 de la Ley 18.892, los titulares de autorizaciones de pesca y permisos pagan anualmente una patente única pesquera a beneficio fiscal por cada embarcación que efectúe actividades pesqueras extractivas. Las embarcaciones artesanales, en cambio, no están afectas al pago de dicha patente.

Las autorizaciones de pesca son de duración indefinida, lo que caracteriza el régimen de concesiones de recursos naturales en la legislación chilena. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley General de Pesca y Acuicultura en su artículo 143 establece reglas de caducidad, las que operan cuando se han cometido infracciones a las condiciones establecidas en la autorización de pesca respectiva o ha cesado en la actividad pesquera. Las causales de caducidad a la que nos referimos son las siguientes:

A) Incurrir en un exceso superior al 10% de las cuotas individuales de la captura anual a que tienen derecho los titulares de permisos extraordinarios de pesca en una unidad de pesquería, por dos años consecutivos, sin perjuicio de las sanciones a que estuvieren afectos por aplicación de las normas del título IX de la Ley 18.892.
B) No iniciar actividad pesquera extractiva, entendiéndose por tal la no realización de operaciones de pesca con una o más naves por dos años consecutivos, o suspender dichas actividades por más de doce meses sucesivos, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados, en cuyo caso la subsecretaría autorizará por una sola vez una ampliación de plazo, la que será de hasta un año, contado desde la fecha de término de la vigencia de la resolución original correspondiente o desde el cumplimiento del año de la suspensión de actividades, según sea el caso.
C) Podrá caducarse parcialmente una autorización, cuando se incurre en las causales señaladas en el inciso precedente, respecto de una o más naves, áreas de pesca o especies autorizadas.
D) Reincidir en el incumplimiento de la obligación de entregar los informes o comunicaciones que impone la ley[313].
E) No pagar la patente única pesquera.

Además de las reglas de caducidad, hay normas específicas de protección y administración de recursos hidrobiológicos establecidas en el artículo 3 de la ley:

A) Veda biológica por especie en un área determinada, cuya duración se fijará en el decreto que la establezca, facultándose al ministerio para exceptuar de esta prohibición las capturas de especies pelágicas pequeñas destinadas a la elaboración de productos de consumo humano directo y a carnada. Las vedas se aplicarán procurando que haya concordancia con las políticas de protección aplicadas por los países limítrofes respecto de las mismas especies.
B) Prohibiciones de captura temporal o permanente de especies protegidas por convenios internacionales suscritos y ratificados por Chile.
C) Fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada.
D) Declaración de parques marinos, que corresponden a áreas específicas y delimitadas destinadas a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat. Para la declaración de estas zonas se consultará a los ministerios que correspondan y quedarán bajo la tuición del Servicio Nacional de Pesca. En estas áreas no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio.

313 Se trata de los informes a que se refieren los artículos 63 y 64, dentro de los 45 días siguientes al de la fecha del despacho postal de requerimiento escrito dirigido al infractor por el servicio.

E) Establecimiento de porcentajes de desembarque de especies como fauna acompañante.

Otras medidas de protección y administración de los recursos hidrobiológicos corresponden a las que se adoptan mediante resolución fundada de la Subsecretaría de Pesca[314], previo informe del Consejo Zonal que corresponda, tales como:

A) Fijación de tamaños mínimos de extracción por especie en un área determinada y sus márgenes de tolerancia. En ningún caso el tamaño mínimo será inferior al de la talla crítica.
B) Fijación de las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca.

Además la autoridad puede fijar vedas extraordinarias o prohibiciones de captura en áreas específicas cuando se trata de fenómenos oceanográficos, en un área o pesquería determinada, que causen daño a una o más especies[315].

La referida Ley también dispone la prohibición de las actividades pesqueras extractivas con artes, aparejos y otros implementos de pesca que afecten el fondo marino (ej. pesca de arrastre) en el mar territorial dentro de una franja de una milla marina, medida desde las líneas de base desde el límite norte de la república hasta el paralelo 41° 28,6 de latitud sur, y en las aguas interiores. También rige esta prohibición en las bahías[316]. La prohibición, como ya ha sido expresado, no protege toda el área de reserva de la pesca artesanal, de hecho la prohibición abarca solo una milla marina y no las cinco millas que conforman el espacio marítimo asignado a la pesca artesanal, lo que es complejo considerando que es factible otorgar autorizaciones de pesca en dicho espacio para fines científicos y, por este medio, el sector pesquero industrial ha invadido estos territorios marítimos.

La Ley 19.713 de 2001, conocida como la "ley corta", crea una nueva medida de administración pesquera, denominada límite máximo de captura por armador. Dicha medida de administración consiste en distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores

314 Artículo 4, Ley 18.892.

315 Artículo 6, Ley 18.892.

316 Artículo 5, Ley 18.892.

que tengan naves con autorización de pesca vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas en ella. Esta medida se aplica a las unidades de pesquería que taxativamente señala la misma ley en su artículo 2, en el mar territorial y zona económica exclusiva, por fuera del área de reserva de la pesca artesanal.

De acuerdo a lo que señalamos precedentemente, en el caso de Chile está expresamente prohibida la actividad pesquera extractiva por naves de pabellón extranjero. Conforme al artículo 115 de la Ley General de Pesca y Acuicultura 18.892, se prohíben las faenas de pesca extractiva en aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva por naves o embarcaciones de pabellón extranjero, salvo que estén especialmente autorizadas para realizar pesca de investigación[317]. Se podrá autorizar la operación de naves extranjeras para los efectos de la pesca de investigación, supeditada a la celebración de un contrato con armadores nacionales u organismos públicos o privados chilenos[318].

6.4.4. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS VINCULADOS A LA ACTIVIDAD PESQUERA Y AL SECTOR PESQUERO ARTESANAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El artículo 1 de la Ley General de Pesca y Acuicultura reconoce explícitamente la vigencia en el derecho interno de los convenios internacionales suscritos por Chile para regular las materias relativas a pesquerías o especies hidrobiológicas a que ellos se refieren. Esta particularidad de la ley de pesca nos lleva a considerar un análisis de esta normativa en este acápite.

La remisión al derecho internacional es relevante porque existen diversos instrumentos internacionales que regulan la materia y que, a su vez, constituyen la base hacia el establecimiento de un estatuto de derechos específicos de los pescadores artesanales que asegure la supervivencia de sus actividades productivas tradicionales y de sus formas de vida y costumbres ligadas al uso y aprovechamiento de los recursos costeros.

Los instrumentos más relevantes son: la Agenda 21, párrafo 17, adoptada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, 1992;

317 A través de este mecanismo los barcos extranjeros han vulnerado la prohibición y desarrollado pesca extractiva incluso dentro del área de reserva de la pesca artesanal.

318 Artículo 102, inciso final, Ley 18.892.

la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas (poblaciones de peces tranzonales) y las poblaciones de peces altamente migratorios, Nueva York 1995, A/CONF.164/37; la Declaración de Kyoto, FAO, 1995, y el Código de Conducta Pesca Responsable, FAO.

Es importante además tener presente que Chile es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, por lo que los conceptos de aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva que se utilizan en los instrumentos antes citados y en la legislación interna, deben interpretarse conforme a dicha convención.

A) AGENDA 21, PÁRRAFO 17

El párrafo 17.3 de la Agenda 21 constata que la zona costera contiene ecosistemas diversos y productivos que son importantes para los asentamientos humanos, el desarrollo y la subsistencia local. Reconoce expresamente que los recursos costeros son vitales para muchas comunidades locales y para muchas poblaciones indígenas, incluyendo la zona económica exclusiva, la que bajo las premisas de la Agenda 21 en análisis, constituye una importante zona marina en la que los Estados se encargan del desarrollo y la conservación de los recursos naturales en beneficio de sus pueblos.

Cabe resaltar que la Agenda 21 estipula mecanismos de coordinación y consulta destinados a garantizar los intereses de los múltiples usuarios de los recursos costeros y la explotación sustentable de los recursos. Estos mecanismos de consulta contemplan la participación y consulta de las comunidades locales y usuarios tradicionales como son los pescadores artesanales. En efecto, el párrafo 17.6 dispone que cada Estado ribereño debería considerar la posibilidad de establecer, o cuando sea necesario reforzar, los mecanismos de coordinación apropiados (tales como un organismo de planificación de política de alto nivel) para la ordenación integrada y el desarrollo sostenible de las zonas costeras y las zonas marinas y de sus recursos, tanto en el plano local como en el nacional. Tales mecanismos deberían incluir la consulta, según proceda, con el sector académico y el sector privado, las organizaciones no gubernamentales, las comunidades locales, los grupos de usuarios de los recursos y las poblaciones indígenas.

Siguiendo estas directrices, el párrafo 17.81 se pronuncia sobre la obligación de los Estados de cautelar la sostenibilidad del sector pesquero artesanal en los siguientes términos:

Los Estados ribereños deberían apoyar el carácter sostenible de la pesca artesanal en pequeña escala y para ello deberían, según proceda:

A) Integrar en la planificación marina y costera el desarrollo de la pesca artesanal en pequeña escala, teniendo presentes los intereses de los pescadores, los trabajadores de explotaciones pesqueras en pequeña escala, las mujeres, las comunidades locales y las poblaciones indígenas, y fomentando la representación de esos grupos cuando proceda;
B) Reconocer los derechos de los que realizan labores de pesca en pequeña escala y la situación especial de las poblaciones indígenas y las comunidades locales, incluso sus derechos a la utilización y protección de sus hábitat sobre una base sostenible;
C) Establecer sistemas para la adquisición y preservación de conocimientos tradicionales sobre los recursos vivos y el medio ambiente marinos y promover la incorporación de esos conocimientos en los sistemas de ordenación.

Haciéndose cargo de la circunstancia a través de la cual el modelo económico imperante en la mayoría de los países del mundo ha abierto el mercado de los recursos marinos a la explotación industrial, la Agenda 21 supedita la negociación y aplicación de los tratados comerciales que involucren la explotación de recursos marinos a los intereses de las comunidades locales y de usuarios tradicionales, indígenas y no indígenas, en términos tales de asegurar la subsistencia del sector. Dispone el párrafo 17.82: "Los Estados ribereños deberían asegurar que, en la negociación y aplicación de los acuerdos internacionales sobre el desarrollo o la conservación de los recursos marinos vivos se tengan presentes los intereses de las comunidades locales y las poblaciones indígenas, especialmente su derecho a la subsistencia".

B) CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS POBLACIONES DE PECES CUYOS TERRITORIOS SE ENCUENTRAN DENTRO Y FUERA DE LAS ZONAS ECONÓMICAS EXCLUSIVAS (POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES) Y LAS POBLACIONES DE PECES ALTAMENTE MIGRATORIOS, NUEVA YORK 1995, A/CONF.164/37.

Los acuerdos de la Conferencia instan a los Estados a tomar medidas para prevenir o eliminar la pesca excesiva y el exceso de

capacidad de pesca y para asegurar que el nivel del esfuerzo de pesca sea compatible con el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros. Impone a los Estados la obligación de tener en cuenta los intereses de los pescadores que se dedican a la pesca artesanal y de subsistencia.

C) DECLARACIÓN DE KYOTO

La declaración de Kyoto valora el aporte económico y cultural de la pesca artesanal, crucial en la obtención de condiciones de vida digna. La declaración reconoce y aprecia la importante función económica y social de los pescadores de subsistencia, artesanales, comerciales y otros pescadores en todo el mundo, y procura ofrecer un ambiente propicio en el cual puedan hacer una contribución óptima al bienestar económico y social. Recomienda efectuar estudios más profundos para evaluar la importancia social, económica y cultural de la pesca y los productos pesqueros

D) CÓDIGO DE PESCA RESPONSABLE

El Código de Pesca Responsable, adoptado en el seno de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación en el año 1995, tiene por objeto establecer principio de conformidad con las normas del derecho internacional pertinentes para que la pesca y las actividades relacionadas se lleven a cabo de forma responsable, teniendo en cuenta todos los aspectos biológicos, tecnológicos, económicos, sociales, ambientales y comerciales pertinentes.

El código de pesca responsable adscribe al paradigma de seguridad alimentaria y el desarrollo sustentable. El artículo 6, párrafo 2º, dispone que la ordenación de la pesca debiera fomentar el mantenimiento de la calidad, la diversidad y disponibilidad de los recursos pesqueros en cantidad suficiente para las generaciones presentes y futuras, en el contexto de la seguridad alimentaria, el alivio de la pobreza y el desarrollo sostenible. Es interesante resaltar que, en lo que respecta a las medidas de conservación de recursos, opta por una perspectiva ecosistémica, suponiendo que las medidas de ordenación deberían asegurar la conservación no solo de las especies objetivo, sino también de aquellas especies pertenecientes al mismo ecosistema o dependientes de ellas o que están asociadas con ellas.

Reconociendo la importante contribución de la pesca artesanal y en pequeña escala al empleo, los ingresos y la seguridad alimentaria, el código en análisis establece que los Estados deberían proteger apropiadamente el derecho de los trabajadores y pescadores, especialmente de aquellos que se dedican a la pesca de subsistencia, artesanal y en pequeña escala, a un sustento seguro y justo, y proporcionar acceso preferencial, cuando proceda, a los recursos pesqueros que explotan tradicionalmente así como a las zonas tradicionales de pesca en las aguas de su jurisdicción nacional[319].

6.4.5. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN A PESCADORES ARTESANALES Y COMUNIDADES INDÍGENAS AGRAVADOS POR EL RÉGIMEN PESQUERO IMPERANTE: LOS CONFLICTOS EN LA BAHÍA DE MAIQUILLAHUE (CALETAS MEHUÍN Y MISSISSIPPI)[320].

A comienzos del año 1996, un grupo de profesionales tomó contacto con un sindicato de pescadores de la localidad de Mehuín –formado por pescadores *mapuche* y no *mapuche*– informando que venían a realizar mediciones técnicas para estudiar la factibilidad de la construcción de una salida al mar por el río Lingue. Este proyecto había sido solicitado al Gobierno por el sindicato de pescadores de Mehuín y Mississippi. Lamentablemente dichas mediciones no tenían por objeto responder a la demanda de los pescadores, sino que efectuaban estudios para la instalación en la Bahía de Maiquillahue de un ducto de descarga de residuos industriales líquidos (en adelante también riles) de la planta de celulosa Valdivia (CELCO – Arauco).

La viabilidad ambiental de este proyecto fue duramente cuestionada por organizaciones medio ambientales, organizaciones sociales y ciudadanas de Valdivia y comunidades costeras de la Región (en esa época X Región de Los Lagos, hoy Región de Los Ríos). El cuestionamiento ambiental más relevante era precisamente el tratamiento y/o evacuación de los desechos del proceso industrial, riles altamente tóxicos.

Respecto al tratamiento y evacuación de los residuos industriales, CELCO en un primer momento planteó verter los riles sometidos a una

---

319 Artículo 6, párrafo 18, Código de Pesca Responsable.

320 El estudio de caso se basa en la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Observatorio Ciudadano en representación de la comunidades indígenas y organizaciones de pescadores artesanales que integra el Comité de Defensa del Mar con asiento en Caleta Mississippi, petición ingresada el 13 de abril del 2011, en cuya redacción participaron Cristóbal Carmona, Hernando Silva, Nancy Yáñez, José Aylwin y Consuelo Labra.

etapa de tratamiento primario y secundario en el mar, exactamente en la Bahía de Maiquillahue. Pero la comunidad local –sindicatos de pescadores artesanales, asociaciones indígenas de pescadores artesanales y comunidades *lafkenche*– se opuso pues, de concretarse, la propuesta destruiría la opción de vida en torno a la pesca que había constituido la práctica de desarrollo y subsistencia de las comunidades desde tiempos inmemoriales. Reconociendo la importancia de la actividad pesquera para las comunidades de la zona, la COREMA de la Región de los Lagos rechazó la alternativa de descarga de riles en el mar presentada por la empresa y se pronunció a favor de su descarga en el río Cruces[321].

La planta inició su funcionamiento el año 2004 y desde entonces ha sido responsable de graves daños ambientales. En efecto, ha sido denunciada en diversas ocasiones por daño ambiental, procesada a través de sumarios sanitarios por diversas causas y, finalmente, la autoridad ambiental debió ordenar su cierre transitorio por los graves daños ambientales ocasionados por la empresa como consecuencia del vertido de riles en el río Cruces[322]. Además, el Estado exigió que se presentara en el plazo de 2 años una alternativa de descarga de los riles, distinta del río Cruces y sus afluentes, levantándose nuevamente la opción de descarga en la bahía de Maiquillahue.

El 17 de agosto de 2006, CELCO S.A. envió naves de la empresa Ultramar, escoltadas por barcos de la Armada, a realizar los estudios para la ubicación del ducto en la bahía mencionada. Ahí se libró una escalada de violencia sin precedentes en contra de los pescadores artesanales y las comunidades *mapuche lafkenche* que defendían el mar. Los pescadores fueron imputados criminalmente por desobediencia a la autoridad marítima. El Gobierno, por su parte, acordó aplazar la construcción del ducto de la planta Valdivia dos años con la finalidad de que en ese periodo CELCO S.A. abriera un espacio para el diálogo con la comunidad. En agosto de 2007 CELCO S.A., con el apoyo del intendente regional, se contactó con el presidente de la Federación de Sindicatos de Pescadores de Mehuín, Joaquín Vargas, para abrir un proceso de negociación. Esta negociación se materializó en la suscripción de un acuerdo al que denominaron "Convenio de colaboración y asistencia recíproca". Este convenio significó la compra de las voluntades de algunos pescadores por parte de CELCO S.A., quienes, a través del Sindicato de Trabajadores Independientes del Mar de Mehuín, se comprometieron a aprobar el proyecto de descarga de riles industriales al mar a cambio del pago de sumas de dinero a entregar en forma sucesiva según se fueran cumpliendo las diferentes etapas del proyecto.

Se debe notar que la precaria situación socioeconómica en la que se encontraban los pescadores del sector de Mehuín, producto de la implementación de la ley de pesca en una zona que privilegia la pesca industrial por sobre la artesanal, fue lo que empujó a muchos de ellos a firmar el convenio, tal como se evidenció en la sesión en que la COREMA aprobó el EIA del ducto con descarga en el mar, el 24 de enero de 2010.

Tanto la Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA) como la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) cuestionaron el proyecto durante su evaluación ambiental y precisaron que vulneraba las legislaciones que otorgan derechos a pescadores artesanales y reconocen el territorio marítimo de los pueblos originarios, legislación analizada en la sección 5.2.1.

Por la importancia que reviste en relación con la comprensión de la normativa que regula los derechos de la pesca artesanal y que colisionan con el proyecto CELCO-Valdivia, analizaremos solamente los planteamientos de la Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA).

En primer lugar, el organismo público manifiesta sus preocupaciones por los efectos que podría tener el proyecto, tanto en las comunidades indígenas como en las no indígenas, especialmente en lo relativo a la alteración en los sistemas de vida, "por cuanto las actividades de extracción de recursos marinos, especialmente las AMERB[323], AAA[324] y actualmente la solicitud del Espacio Costero Marino para Pueblos Originarios (ECMPO)[325], podrían verse afectadas y por ende la calidad de vida de las personas, por los impactos que pudiera generar la pluma

321 COREMA REGIÓN DE LOS LAGOS, Res. Ex. 279/98 de 30 de octubre de 1998, punto 7.1., literal b.1.

322 Habiéndose constatado científicamente la responsabilidad de CELCO S.A. en el daño ambiental al río Cruces, la autoridad ambiental en primer lugar ordenó el cierre temporal de la planta y, posteriormente, a través de las resoluciones 377/2005 461/2005, 763/2005 y 594/2005 (texto refundido RCA), impuso regulaciones ambientales a CELCO S.A. para proceder con la producción de celulosa en la planta Valdivia, lo que incluye el tratamiento terciario de residuos, la prohibición de descarga de riles al río Cruces o a alguno de su afluentes y la disminución en un 20% de los volúmenes de producción.

323 Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos.

324 Áreas Autorizadas para el Ejercicio de la Acuicultura.

325 Artículo 3 de la Ley 20.249.

de descarga de los efluentes de Planta Valdivia y la construcción del ducto"[326].

Asimismo, señala que en el área donde se instalará el ducto hay una solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), lo que indica que podría haber un uso consuetudinario del mar sobre el cual se emplazará el ducto. La Subsecretaría de Pesca sustentó su competencia para pronunciarse a este respecto argumentando que

> Tiene competencia referida a la Ley N°20.249 que crea el Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios, por lo cual se cumple con informar al Titular que aún se encuentra en trámite la solicitud de ECMPO realizada por la Comunidad Rayen Lafken y hasta que la CONADI acredite la existencia o no del uso consuetudinario de la comunidad sobre ese espacio, la Ley señala que se deberá mantener la suspensión de la tramitación de solicitudes de concesiones de acuicultura, áreas de manejo y marítimas. Lo anterior, sin perjuicio del proceso de evaluación ambiental del proyecto, el cual continuará hasta su fase final[327].

En la sesión de COREMA del 23 de febrero 2010, a pesar de las observaciones formuladas por los órganos antes mencionados, se calificó favorablemente[328] el proyecto, otorgando su resolución de calificación ambiental (RCA)[329], Resolución Exenta N° 027, de fecha 24 de febrero de 2010, la que autoriza al funcionamiento del Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia fue notificada a las partes el día 26 de febrero de 2010.

Con fecha 26 de marzo de 2010, presidentes de las comunidades indígenas Villa Nahuel, Piutril, Rehuelafquen, Kilatrayen, Huinculmapu, Rayen Quillay, Inalafken, Leufu Mapu, Puringue Pobre y de las asociaciones indígenas de pescadores Lliu-Cuyin y Rayen Lafken, de origen *mapuche lafkenche* pertenecientes a la Bahía de Maiquillahue, interpusieron un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Valdivia, el que fue ingresado bajo el rol 148-2010, contra la RCA antes individualizada.

---

326 Párrafo 4.2 c., Informe SERNAPESCA.

327 Oficio Ordinario de fecha 8 de enero de 2010.

328 10 votos a favor, 7 en contra y una abstención.

329 <https://www.e-seia.cl/documentos/documento.php?idDocumento=4064426>. [Consultada en abril de 2011].

Habiéndose denegado dicho recurso de protección por la Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 1 de junio de 2010, las comunidades interpusieron un recurso de apelación, elevándose el expediente a la Corte Suprema para su conocimiento e ingresando con rol 4078-2010. La Corte Suprema rechazó el recurso.

En circunstancias del agotamiento de las instancias judiciales en Chile, las comunidades afectadas decidieron recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El fundamento esgrimido por los recurrentes fue haberse otorgado la autorización ambiental del proyecto de inversión "Sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de Planta Valdivia" sin consultar a las comunidades como prescribía el Convenio N° 169 de la OIT y por no haber considerado el impacto cultural del proyecto siendo que este territorio costero era de uso consuetudinario. La petición fue registrada con el N° 493-11 y está en fase de admisibilidad.

6.5. LEGISLACIÓN FORESTAL Y EXPANSIÓN DE LAS PLANTACIONES FORESTALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS

La legislación forestal chilena se encuentra dispersa en una serie de textos legales, según veremos a continuación, que regulan tanto las actividades productivas vinculadas al bosque como su protección. La propiedad de los bosques corresponde al dueño del predio superficial y tiene el carácter de inmueble por adherencia, conforme a la nomenclatura del Código Civil[330]. Si bien están adheridos al suelo que los nutre y permite su crecimiento, los bosques pueden ser explotados directamente por su dueño o enajenados. La enajenación de los bosques para fines de explotación por un tercero distinto del dueño recibe el nombre de "compraventa del vuelo forestal". La ley chilena no regula este tipo de compraventa, la que se ejecuta en virtud del derecho de libre disposición del dueño sobre los frutos y productos de la cosa de su propiedad, en este caso la tierra que aloja el bosque. Ello significa que el bosque, o más bien dicho los árboles, es concebido como cualquier otro bien para efectos de su libre circulación en el mercado. Sin embargo, su explotación y conservación está sujeta a regulaciones.

---

330 Artículo 568, Código Civil.

La legislación que regula la industria forestal y la protección de los bosques es la siguiente[331]:

- Ley 20.283, sobre Bosque Nativo y Fomento Forestal, Ministerio de Agricultura, 2008.
- Decreto Ley Nº 701 / DL Nº 2.565 (modificado por Ley 20.326, 29/01/2009), Ministerio de Agricultura, 1974/2009.
- Decreto Nº 193 (1998), Reglamento DL Nº 701 (Modificado por D Nº 45/ 2008), Ministerio de Agricultura, 1998.
- Ley 18.348, crea la Corporación Nacional Forestal, Ministerio de Agricultura, 1984 (modificado en 1987).
- Ley 18.362, crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, Ministerio de Agricultura, 1984 (No vigente)
- Ley de Bosques / Decreto 4.363 Ministerio de Tierras y Colonización, 1931.
- Decreto Nº 43, Declara Monumento Natural a la Araucaria Araucana, Ministerio de Agricultura, 1990.
- Decreto Nº 490, Declara Monumento Natural al Alerce Ministerio de Agricultura, 1976 (modificado en 2003).
- Decreto Nº 141, aprueba Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites), Ministerio de Relaciones Exteriores, 1975.
- Decreto Nº 80, Reglamento Consejo Consultivo del Bosque Nativo, Ministerio de Agricultura, 2008.
- Decreto Exento Nº 654, sobre Especies Forestales Declaradas Monumento Natural.

6.5.1. ANÁLISIS GENERAL DE LA LEGISLACIÓN FORESTAL EN CHILE

La primera ley forestal promulgada en Chile fue el DS Nº 4.363 de 1931. Esta ley, conocida como "ley de bosques", define los terrenos de aptitud preferentemente forestal, establece normas para la protección de especies forestales y para evitar la degradación de los suelos, particularmente de aptitud forestal, prohibiendo la corta o destrucción de determinados árboles y arbustos que cumplen funciones de preservación del ecosistema. También regula la explotación de los bosques fiscales, que corresponden a aquellos localizados en terrenos fiscales.

331 Información disponible en <www.terram.cl>. Consultada el 24 de enero de 2012.

Dicha Ley y sus normas complementarias, prohíben la extracción de vegetación a ciertas distancias de cursos y fuentes de agua y en pendientes superiores a 45º, regula el uso del fuego en áreas boscosas y constituye la primera normativa de fomento al sector forestal que posteriormente será regulada en el DL Nº 701.

Dicha normativa, que se promulgó en 1974, tiene por objeto regular el manejo y uso de los bosques nativos y de establecer normas de fomento a las plantaciones forestales, otorgando incentivos para la forestación y recuperación de suelos degradados.

Se contempla una bonificación fiscal a la forestación de predios equivalente al 25% de los costos netos de la plantación, con cargo a su restitución al fisco una vez que se produzca la venta o explotación del bosque a que dio origen la bonificación.

En lo que refiere a la protección de bosques, exige la presentación y aprobación previa de un plan de manejo para toda intervención en los bosques nativos y, en general, en aquellos terrenos que califica de aptitud preferentemente forestal. Impone la reforestación como medida de mitigación de impactos, limita la sustitución del bosque nativo y establece sanciones para el caso de incumplimiento de estas normas de protección.

El desarrollo de la industria forestal en Chile ha sido regulado por esta normativa y sus posteriores modificaciones. En efecto, el DL Nº 701 fue modificado por la Ley 19.561 en 1998 y, posteriormente, por la Ley 20.326 de 29 de enero de 2009, las que extendieron el sistema de bonificación que instaura la legislación forestal a los pequeños y medianos propietarios y a fines específicos de recuperación de suelos degradados, en circunstancias de que previo a la modificación estos incentivos estaban reservados exclusivamente para la industria forestal.

También hay incentivos tributarios, para los terrenos que dispongan de plantaciones bonificadas, bosques nativos y bosques de protección.

Según consta en la página institucional de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) Chile, cuenta con alrededor de 13,6 millones de hectáreas de bosque nativo, y más de 2 millones de hectáreas de plantaciones forestales, principalmente pino insigne o *radiata* y eucalipto, de ahí la importancia de contar con normas apropiadas para regular las plantaciones de especies exógenas y para proteger el bosque nativo y sus recursos cuyos servicios ambientales son insustituibles.

La Asociación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo proporcionó antecedentes que muestran que existe una disminución neta del bosque nativo en Chile, causada en la mayoría de los casos

por sustitución de bosque nativo por plantaciones forestales de especies exóticas[332]. La misma entidad asegura que estudios efectuados por la Universidad Austral y la Universidad de Concepción entregan una muestra confiable de la situación en aquellas regiones de mayor expansión de la industria forestal, a saber:

- Región del Biobío: para el periodo 1998-2008 indica que la superficie de plantaciones forestales aumentó en 269 090 ha (28,1%), llegando en la actualidad a más de 1,2 millones de hectáreas, mientras que la superficie de bosque nativo disminuyó en 7 883 ha (-1%).
- Región de la Araucanía: la disminución en la superficie de bosque nativo es de 46 968 ha, de las cuales un 63% han sido sustituidas por plantaciones forestales de especies exóticas.
- Región de los Ríos: la disminución de la superficie de bosque nativo es de 22 991 ha, donde la sustitución de bosque nativo por plantaciones representa un 90%.
- Región de Los Lagos norte: la disminución de la superficie de bosque nativo corresponde a 8 368 ha, donde un 57% corresponde a habilitación de terrenos agropecuarios y el resto a sustitución por plantaciones[333].

Lamentablemente, las regulaciones establecidas en la legislación chilena son insuficientes para revertir esta constante. La Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente y su reglamento, las que serán analizadas en un acápite separado, someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) los proyectos de desarrollo forestal definidos como de dimensiones industriales por la normativa ambiental. Sin embargo, la mayoría de los proyectos de desarrollo forestal no entran en esta categoría, ya que se estructuran sobre la compra del vuelo forestal de pequeñas plantaciones.

La normativa específica de protección de los bosques, como acertadamente han planteado algunos autores, es aún más dispersa. El Sistema Nacional de Áreas Silvestres, Ley 18.362 de 1984 crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), la que aún no entra en vigencia, pues está supeditada a la ley que otorga condición de servicio público a la CONAF. Por ello, la creación y desafectación de

332 <http://www.elciudadano.cl/2011/09/08/40569/alerta-superficie-y-calidad-del-bosque-nativo-disminuye-en-chile/> [Consulta: 7 noviembre 2012].

333 <http://www.elciudadano.cl/2011/09/08/40569/alerta-superficie-y-calidad-del-bosque-nativo-disminuye-en-chile/> [Consulta: 7 de noviembre 2012].

parques nacionales y reservas forestales en la actualidad se efectúa, conforme al artículo 21 del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977, sobre normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, por decreto del presidente de la república, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, previa consulta o a requerimiento de los servicios o entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales o vegetales y, en general, la defensa del equilibrio ecológico (Gallardo 2000). Por otra parte, la Ley de Bases de Medio Ambiente obliga al Estado a administrar un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNASPE) con el objetivo de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. Esta misma ley regula la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, cuya regulación está establecida de acuerdo a un Reglamento que las rige (Gallardo 2000).

En síntesis, esta legislación se aplica de facto y ha permitido la afectación de una superficie del orden de 13,6 millones de hectáreas a las categorías de parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales.

Complementariamente, otra normativa ha permitido la creación de áreas de protección como es el caso de la Ley 17.288 de 1970 sobre Monumentos Nacionales que permite la constitución de santuarios de la naturaleza (CODEFF 1999; Gallardo 2000). Adicionalmente, como ha sido señalado, se ha promulgado una multiplicidad de decretos supremos, declarando monumentos naturales y protegiendo especies y ecosistemas, entre los que hemos mencionado los que protegen a las especies endémicas como la araucaria araucana y el alerce, árboles sagrados del pueblo *mapuche pewenche y williche*, respectivamente (Gallardo 2000).

Por otra parte, la Ley 15.020, hoy sustituida por la Ley 18.378, permite la creación de "distritos de conservación de suelos, bosques y aguas" y "áreas de protección turística". Los distritos de conservación de suelos, bosques y aguas no han sido creados, pero sí las áreas de protección[334], categorías de manejo que son aplicables a terrenos privados y, como acertadamente plantea Gallardo, su alcance de protección es restrictivo, pues se limita a prohibir la corta de árboles (Gallardo 2000).

334 Existen alrededor de 30 áreas de protección turística constituidas (Gallardo 2000).

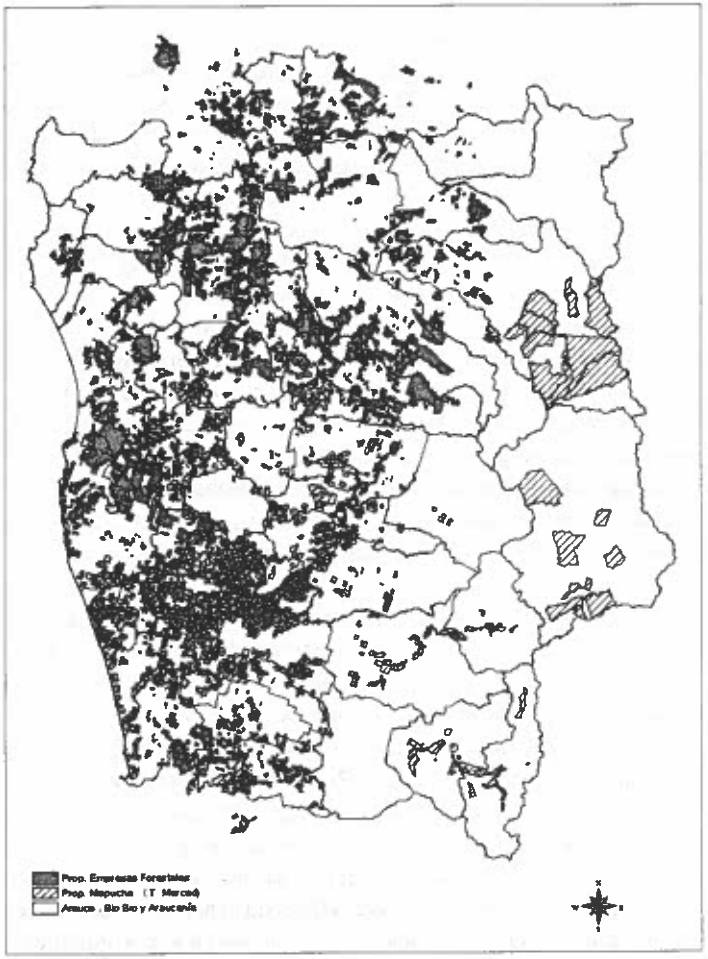
En julio de 2008, y después de más de quince años de tramitación, fue promulgada la Ley 20.283 de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal, cuyo objetivo tal y como ha sido expresado en su artículo 1 es la protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental. La legislación sigue la lógica de aquellas que le precedieron en relación con la protección de fuentes de agua y el establecimiento de planes de manejo como herramienta de gestión ambiental del bosque. Dicha ley hace especial mención de la necesidad de proteger los glaciares impidiendo la explotación de árboles y arbustos nativos en un radio de 500 metros[335].

La ley establece un sistema de bonificaciones para la explotación de bosque nativo privilegiando a pequeños productores indígenas y campesinos y cautelando la sustentabilidad de dicha explotación por medio de la aprobación de un plan de manejo. También contempla bonificaciones para la protección del bosque nativo. Las bonificaciones se pagan con cargo a un fondo concursable y permiten pagar inversión y también el correspondiente plan de manejo. Es importante consignar que las bonificaciones para protección son inferiores a las que se otorgan para fines de explotación[336]. En realidad la ley discrimina en favor de la explotación del bosque nativo por sobre la protección, haciendo una clara apuesta por el aprovechamiento del bosque con criterios de sostenibilidad que se fijan en el correspondiente plan de manejo, cuestión que es grave considerando la crisis ambiental que enfrenta el bosque nativo en la actualidad según lo expuesto en este trabajo.

335 Artículo 500, Ley 20.283.

336 Título IV, artículo 22 y siguientes, Ley 20.283.

Mapa VII. TÍTULOS DE MERCED Y PROPIEDAD FORESTAL EN TERRITORIO MAPUCHE (Arauco, Bío Bío, Araucanía).



FUENTE: RUBÉN SÁNCHEZ, OBSERVATORIO CIUDADANO.

6.5.2. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS VINCULADOS A LA PROTECCIÓN DE RECURSOS FORESTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional también ha establecido normas de protección de los recursos forestales. Hay diversas convenciones internacionales suscritas por Chile y vigentes en el derecho interno que se refieren al

bosque e imponen al Estado obligaciones destinadas a preservar los recursos renovables.

La primera es la Convención sobre Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, celebrada en Washington en 1940, y aprobada como ley en Chile en 1967 (DS Nº 531 de 1967 del Ministerio de RR.EE.), que define las categorías de manejo de áreas silvestres protegidas del Estado, esto es, reservas de regiones vírgenes, parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales. La convención estatuye a los Estados partes la obligación de crear parques nacionales, reservas naturales, monumentos naturales y/o reservas de regiones vírgenes en todos aquellos casos en donde sea factible su creación y otorga una amplia protección a estas áreas.

Otra es la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional, como hábitat de aves acuáticas, suscrita en Irán el 2 de febrero de 1971, que otorga protección a todas las zonas húmedas, esto es, zonas de ciénagas, pantanos, áreas de musgos o agua, sean naturales o artificiales, permanentes o temporales, de aguas estáticas o corrientes, frescas, con helecho o saladas, incluyendo zonas de agua de mar cuya profundidad no exceda de seis metros durante la marea baja. La convención impone a las partes contratantes la obligación de designar zonas húmedas dentro de sus respectivos territorios para ser incluidas en una lista de zonas húmedas de importancia internacional. Al fijar los límites de estas zonas, las partes podrán, además, incorporar territorios adyacentes que, sin cumplir con las características específicas de las zonas húmedas, sean de importancia como hábitat de las aves acuáticas que viven en ellas[337].

También está la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, acordada en París el 16 de noviembre de 1972. Esta convención otorga protección a los lugares o zonas naturales estrictamente delimitados que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia y la conservación.

Finalmente, la Convención sobre la Diversidad Biológica adoptada en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992 y promulgada

337 De los siete sitios Ramsar existentes en Chile, seis están localizados en territorios indígenas. Los sitios Ramsar que corresponden a los salares de Tara, Huasco y Surire, en la I Región, están localizados en territorio *aymara*. El sitio Ramsar correspondiente al sistema hidrológico de Soncor, en la II Región, está localizado en territorio atacameño. El sitio Ramsar Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, en la III Región, está localizado en territorio *coya*. El sitio Ramsar Río Cruces está localizado en la X Región, en territorio *williche*. Todos ellos y el ecosistema que albergan están amenazados por la industria extractiva.

como Ley de la República en Chile (DS N° 1.963 de 1994, del Ministerio de RR.EE.) y cuyos objetivos son la preservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que de ellos se deriven. En estrecha relación con esta convención, cabe señalar a la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por la Sequía Grave o Desertificación, promulgada como ley recientemente (DS Nº 2.965 de 1997, Ministerio de RR.EE).

En enero de 2011 se inició la tramitación de dos proyectos de ley, uno para crear el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y otro para crear el Servicio Nacional Forestal que transforma la Corporación Nacional Forestal (CONAF) en una entidad pública y que permitiría regularizar la situación del SNASPE en Chile. Diversas organizaciones de la sociedad civil e indígenas han criticado el proyecto. Las principales críticas, de acuerdo con lo expresado por la Fundación Terram[338], son las siguientes (Liberona 2011):

- Se utilizan categorías que si bien coinciden con las utilizadas por los convenios internacionales, no responden a los estándares fijados por estos convenios, en particular por la Convención de Washington antes citada.
- No se incorporan a la reglamentación las reservas de la biosfera ni los sitios Ramsar.
- La categoría de monumento natural se define en función de un área y no para una especie, vulnerando la misma normativa nacional que establece que son monumentos naturales diversas especies tales como: alerce, araucaria, belloto del norte, belloto del sur, queule, pitao, ruil, huemul, palma chilena, etc.
- Las categorías de protección para áreas protegidas no recogen los estándares internacionales establecidos por la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza.
- No se consideran categorías de protección a escala regional o local, tampoco áreas indígenas y/o formas modernas de manejo.

El proyecto tiene por objeto instaurar un régimen de concesiones privadas en áreas protegidas para su aprovechamiento comercial en turismo. Aun en ese esquema se manifiestan críticas, pues no salvaguarda

338 La Fundación Terram es una organización no gubernamental (ONG) que lideró el proceso de discusión de la ley desde la sociedad civil.

adecuadamente la efectiva protección de estos espacios (Liberona 2011). Como muestra de ello cabe mencionar el artículo 57 del proyecto que se remite al artículo 19 de la Ley 20.283 sobre Fomento y Recuperación del Bosque Nativo, permitiendo la corta, eliminación, destrucción o descepado de individuos de especies en categorías de amenaza identificados en ese cuerpo normativo. Liberona alerta sobre esta situación, relevando que el proyecto en vez de proteger especies con problemas de conservación genera el objetivo contrario (Liberona 2011).

6.5.3. LOS CONFLICTOS ENTRE LA INDUSTRIA FORESTAL Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN CHILE

La relación entre las comunidades *mapuche* y la industria forestal ha estado marcada por un conflicto derivado, fundamentalmente, de dos cuestiones: el emplazamiento de la industria forestal en tierras reivindicadas por estas comunidades[339] y el impacto sobre su hábitat. En la medida en que este capítulo versa sobre recursos naturales, y a fin de no extendernos en demasía, circunscribiremos el análisis a los impactos ambientales de la industria forestal sobre el territorio *mapuche*. Entre los múltiples impactos ambientales que genera la industria forestal en los territorios indígenas, destacan la contaminación, la desforestación y el desecamiento de fuentes de agua. Así lo constató el año 2011 el Banco Mundial, en un informe relativo a la situación de los recursos hídricos en Chile, donde consigna textualmente lo siguiente:

> Sector forestal. Existen numerosos procesos industriales ligados a este sector de la economía que pueden afectar la calidad de las aguas, tales como la pérdida de la capacidad de mejoramiento natural de las aguas, al reemplazar la vegetación nativa por plantaciones exóticas en la ribera de los ríos; drenaje de los suelos para aumentar la cobertura forestal (Ley de fomento No 18.450); aumento del transporte de sedimentos durante la cosecha; acidificación de los suelos con la consecuente liberación de nutrientes y metales; y aplicación de compuestos fitosanitarios y para combatir incendios forestales (Informe Banco Mundial 2011).

339 Sobre los conflictos de la industria forestal derivados de la disputa respecto de tierras ancestrales reivindicadas por comunidades *mapuche* véase: Martín Correa, Raúl Molina y Nancy Yáñez, "La reforma agraria y las tierras *mapuche*", en Cultura, sociedad e historia contemporánea –revista del doctorado en el Estudio de las Sociedades Latinoamericanas– (Santiago: LOM, 2002); Martín Correa y Eduardo Mella, Las Tierras *mapuche* de Malleco: Las razones del Illkun (enojo) (Santiago: LOM, 2010).

Un caso que evidencia el impacto ambiental de las plantaciones forestales y, consecuencialmente, el modo en que afecta el sistema de vida y las costumbres indígenas es el que involucró a la machi Francisca Linconao, de la comunidad Pedro Linconao, quien interpuso un recurso de protección contra la Sociedad Palermo Limitada por corte ilegal de árboles y arbustos nativos en tierras colindantes a su comunidad y aledañas a tres manantiales de uso ancestral[340].

Forestal Palermo introdujo plantación de especies exóticas que reemplazaron al bosque nativo en tierras colindantes con comunidades indígenas. Como consecuencia de ello se destruyó el bosque ancestral y se contaminaron aguas vitales para el abastecimiento de la comunidad. La afectación de manantiales implicó la destrucción de sitios sagrados o *menokos*. Además, se extinguieron yerbas medicinales que la machi utilizaba en sus prácticas medicinales. El recurso se fundó en los artículos 5 N° 1 de la ley de bosques; 13 y 14 del Convenio N° 169; 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, y artículo 2 letra LL) de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente de 1993.

La empresa forestal Palermo Ltda., por su parte, sostuvo que la tala del bosque no era ilegal porque el predio tenía aptitud forestal. Cuestionaron la aplicación en el caso del artículo 5 de la ley de bosques que impide la tala en las inmediaciones de las fuentes de agua, pues en su opinión en el predio no había manantiales, sino de acumulaciones esporádicas de aguas lluvias. Además, argumentaron que la empresa contaba con permisos y planes de manejo necesarios para efectuar la extracción. Finalmente, expusieron que la plantación con especies exóticas estaba autorizada.

La CONADI, por su parte, se pronunció a favor de la comunidad. En el informe pericial evacuado por el organismo se determinó, desde una perspectiva antropológica, el significado de *menoko*: "Espacio de tipo cultural identificado por la comunidad local y revestido de diversos significados religiosos y ceremoniales. Presencia de 'Newen' (fuerza o energía) y 'Ngen' (espíritu tutelar) que mantiene y fortalece el resto de los pozos cercanos. Directa relación con rol etno-terapéutico de la Machi, pues de estos lugares obtienen sus 'Lawen' o plantas medicinales"[341]. La Dirección Regional de Aguas de la Araucanía se pronunció sobre la afectación de las aguas, informando que se trataría de manantiales y no

340 Francisca Linconao con Forestal Palermo, Causa Rol N° 1773-2008, Corte de Apelaciones de Temuco.

341 Informe sintetizado en el fallo: Francisca Linconao con Forestal Palermo, Causa Rol N° 1773-2008, Corte de Apelaciones de Temuco.

de acumulación de aguas lluvias. La CONAF, a su turno, informó que no existe plan de manejo aprobado para la tala de bosque nativo. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso. Estimó que en el caso se ha afectado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se afectó la integridad física y psíquica de la comunidad, su calidad de vida, su sistema de salud y su cultura. Se ha cometido un acto ilícito, vulnerador de la ley de bosque, que impone la obligación de abstenerse de realizar tala dentro del perímetro que puede afectar las fuentes de agua (manantiales) y se ha omitido el plan de manejo aprobado para realizar actividades forestales.

En el razonamiento de la Corte de Apelaciones se optó por un concepto amplio de medio ambiente: "Conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no sólo envuelve al hombre, abarcando elementos naturales y culturales o artificiales por igual. Concepto de carácter antropomórfico. Sin un medio ambiente adecuado, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos"[342].

En el mismo fallo, la Corte adhirió al concepto de bloque de constitucionalidad que permite incorporar en el derecho interno los principios y reglas que emanan de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sobre este punto se sostiene: "El que un tratado esté o no vigente no impide usarlo interpretativa o argumentativamente. En particular cuando constituyen *ius cogens*: principios imperativos de derecho internacional"[343].

En esta línea de argumentación fue consignado que Chile ha suscrito más de veinte tratados que permiten delimitar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En particular, destaca la aplicación en el caso en análisis del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 que reconoce la estrecha relación entre comunidades indígenas con los recursos biológicos[344]. En esta misma perspectiva, la Corte de Apelaciones pondera que de la legislación nacional también se desprenden los mismos principios que emanan de la legislación internacional: protección del bosque nativo; concepto amplio de medio ambiente, Ley 19.300; deber de proteger la cultura indígena y la relación de esta con el

342 Considerando quinto, Francisca Linconao con Forestal Palermo, Causa Rol Nº 1773-2008, Corte de Apelaciones de Temuco.

343 Considerando sexto, Francisca Linconao con Forestal Palermo, Causa Rol Nº 1773-2008, Corte de Apelaciones de Temuco.

344 Artículo 8 letra j), Convenio sobre Diversidad Biológica.

medio ambiente, Ley 19.253[345], y artículo 4 Nº 1, 5 y 13 del Convenio Nº 169. Finalmente, la Corte incorporó un enfoque de salud intercultural. Ello al reconocer el deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas y al hacer hincapié en que UNESCO promueve el respeto de la medicina tradicional indígena como parte del patrimonio cultural intangible de la humanidad[346].

6.6. DERECHOS AMBIENTALES Y SU IMPLICANCIA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS

La preocupación por la protección del medio ambiente ha desarrollado una amplia conciencia colectiva sobre la necesidad de generar un marco legal destinado a darle efectiva protección, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. No obstante, el desarrollo de esta normativa es aún incipiente. Como hemos sostenido en otras publicaciones, el reconocimiento del derecho al medio ambiente, y como contrapartida al desarrollo, ha puesto en el tapete el gran desafío de compatibilizar ambos conceptos y transitar hacia el logro de un desarrollo ambientalmente sano y sustentable, que promueva el bienestar humano y la participación, renegando de concepciones meramente economicistas (Yáñez 2006).

Tratándose de los pueblos indígenas, el tema es particularmente sensible según ha quedado demostrado en este manual al analizar los conflictos derivados de la aplicación de la legislación extractiva de recursos naturales en territorios indígenas, habida consideración de que el sistema de vida y las costumbres de estos pueblos están indisolublemente ligados a sus tierras, territorios y recursos naturales. Por ello hemos considerado necesario hacer una breve revisión de la legislación ambiental y un análisis crítico de las herramientas que provee para la protección de derechos ambientales de pueblos indígenas.

6.6.1. LEGISLACIÓN AMBIENTAL: DIRECTRICES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL MEDIO HUMANO

La Constitución Política de 1980 garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Impone a la autoridad la obligación

345 Artículo 1 inc. 3°, Ley 19.253 de 1993.

346 Considerando séptimo, Francisca Linconao con Forestal Palermo, Causa Rol Nº 1773 – 2008, Corte Apelaciones de Temuco.

de velar para que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, conforme lo dispone su artículo 19, Nº 8. Dicha norma faculta al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, incluidas las concesiones sobre recursos naturales, con el objeto de proteger el medioambiente y preservar la naturaleza. En esta línea se pronuncia el artículo 19, Nº 24, que permite específicamente imponer limitaciones legales a los derechos de propiedad que confieren las concesiones de recursos naturales antes analizadas, derivadas de la función social y que se expresa en la conservación del patrimonio ambiental.

La Ley de Bases del Medio Ambiente 19.300 de 1993 regula la garantía constitucional y establece un procedimiento para evaluar impactos ambientales. Su artículo 2[347] regula los contenidos normativos, los que incluye los siguientes derechos:

- Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
- Derecho a la protección del medio ambiente.
- Derecho a la preservación de la naturaleza.
- Derecho a la conservación del patrimonio ambiental.

Acorde con esta normativa, la doctrina identifica cuatro principios rectores en la legislación ambiental que, al mismo tiempo, constituyen directrices para los instrumentos de gestión ambiental que contempla la ley.

Principio preventivo: busca prevenir conflictos ambientales y para ello ha sido instaurado el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Principio de la participación: el legislador reconoce el derecho de la ciudadanía a participar en las decisiones ambientales que le conciernen, lo que se ejerce a través del mecanismo de participación ciudadana que contempla la Ley 19.300.

Principio de la responsabilidad: en el contexto de la legislación ambiental, implica que todo aquel que genere un daño ambiental debe restaurar y reparar los daños ocasionados. Este principio está recogido expresamente en el artículo 3 de la Ley 19.300.

Principio compensatorio: se ha traducido en el aforismo "el que contamina paga". A través de esta fórmula la legislación ambiental transfiere a los particulares la obligación de asumir los costos de prevención y reducción de los daños o perjuicios ambientales causados por sus propias actividades. Este principio está recogido en la Ley 19.300 mediante

347 Véase los alcances de estas expresiones en el artículo 2 letras b), p) q) y m).

la obligación que tienen los titulares de un proyecto de mitigar, reparar o compensar los eventuales impactos ambientales que generen sus actividades.

La Ley 19.300 establece un catálogo de proyectos que deben ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y dispone de dos instrumentos de gestión ambiental para efectos de realizar la evaluación ambiental de tales proyectos: el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

La forma de determinar si un proyecto debe ser sometido al SEIA y el tipo de instrumentos de gestión ambiental que se requieren en el caso particular, depende de las siguientes circunstancias:

–Proyectos susceptibles de causar impactos ambientales: la Ley 19.300 identifica los proyectos susceptibles de producir impactos ambientales en el artículo 10 y determina su sometimiento al SEIA.

–Efectos o cargas ambientales: en este caso se debe determinar si el proyecto genera alguno de los efectos negativos o cargas ambientales establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300. También se someten al SEIA aquellos proyectos o actividades que, si bien generan beneficios sociales, ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación, conforme ha sido establecido en el artículo 30 de la Ley 19.300 y sus posteriores modificaciones (Kawka et al. 2011).

Estas circunstancias, son determinantes para establecer el tipo de instrumento de gestión ambiental con el cual el proyecto ingresa al SEIA y, asimismo, el mecanismo de participación ciudadana.

Estos proyectos requieren una Estudio de Impacto Ambiental (EIA) cuando dichos proyectos generan alguno de los impactos establecidos en el artículo 11 del mismo cuerpo legal y estos son significativos. Mientras que si el proyecto es de aquellos identificados en el artículo 10 pero no genera dichas cargas o efectos ambientales, requiere solo una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Cabe notar que el artículo 11 de la Ley 19.300 explicita entre los efectos ambientales que deben ser ponderados a través de EIA, el reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, lo que opera precisamente cuando el proyecto interviene territorios indígenas[348].

348 Artículo 11, letra c, Ley 19.300.

Complementando esta normativa, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), DS N° 90 de 1997, dispone que en el correspondiente estudio de impacto ambiental debieran ser consideradas las características étnicas; así como las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados. También se considerará la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales, como es el caso de las comunidades indígenas protegidas por la Ley 19.253 de 1993.

La CONAMA ha elaborado una guía destinada a hacer operativas las disposiciones anteriores, la cual establece las "características constitutivas" de los grupos humanos cuyas alteraciones deben ser ponderadas por la autoridad ambiental, a saber:

- Comparten un espacio territorial común que determina en gran medida la interacción entre sus miembros.
- Establecen un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales que contribuyan a configurar identidad social, cohesión y pertenencia respecto al espacio territorial común.

La guía concibe como espacio territorial común el territorio comunitario donde tienen lugar las interrelaciones sociales, económicas y culturales, a través de acciones colectivas, flujos de comunicación e intercambios de distinta naturaleza[349]. Dicha guía entrega un marco conceptual para la evaluación de los "sistemas de vida y costumbres de grupos humanos" en el SEIA[350], conforme a los cuales se entiende que hay alteración significativa de los sistemas y costumbres cuando el proyecto o actividad genera alguno de los siguientes impactos:

A) Interviene el espacio territorial comunitario:

349 "Guía de criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos de proyectos o actividades que ingresaron al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (2006), 8. Disponible en: <http://seia.sea.gob.cl/guias/pdf/guia_08.pdf> [Consultada el 23 de abril de 2012].

350 Ibíd., 12.

- Generando alteraciones en los recursos naturales, incluidos el suelo, agua y aire, que incida en un menoscabo del bienestar comunitario, y/o pongan en riesgo el sustento del grupo humano; o
- Introduciendo obstáculos en la conectividad, libre circulación o genere un aumento significativo en los tiempos de desplazamiento de sus miembros.

B) Introduce factores sobre el sistema de vida del grupo humano que impiden o dificultan el desarrollo normal de relaciones.
- Sociales, y/o
- Económicas; y/o
- Culturales

C) Introduce factores sobre el grupo humano que impiden o dificultan la manifestación de:
- Tradiciones; y/o
- Intereses comunitarios; y/o
- Sentimiento de arraigo[351].

En el anexo 1 de la guía se establecen ejemplos de alteraciones sobre los grupos humanos asociados a la dimensión geográfica/demográfica, en los cuales están incorporados expresamente los cambios en la estructura de propiedad o tenencia de la tierra y los cambios en el uso tradicional de la propiedad o de la tierra en uso. En lo específico se refiere a:

> Pérdida de propiedad / tierra / suelo. Se refiere a la pérdida de suelo acotada física y territorialmente lo cual modifica formas de organización social y/o productiva, flujos migratorios o conectividad, etc. Restricción del uso tradicional del espacio / propiedad. Se refiere a la imposibilidad de usar el suelo de manera tradicional (agricultura, pastoreo, tiros, etc.), lo cual modifica formas de organización social, o el desarrollo de la cultura local[352].

La guía concluye señalando que las características étnicas de la población son un ejemplo de indicador de impacto[353].

351 Ibíd., 13.

352 Ibíd., 28.

353 Ibíd.

La jurisprudencia con relación a proyectos de impacto ambiental sobre población indígena se ha pronunciado reconociendo el grado de afectación que ciertos proyectos pueden producir en la alteración de los sistemas de vida de comunidades indígenas y en sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, ordenando que se adopten los resguardos necesarios, aun cuando los efectos negativos se produzcan en grado de amenaza. Así fue establecido en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco el 19 de octubre de 2005, rol Nº 1029-2005, a propósito de la instalación de una empresa de aguas servidas cerca de comunidades *mapuche*. La sentencia, confirmada con declaración por la Corte Suprema, señaló:

> 11.- Que el Art. 10 de la Ley Nº 19.300, letra o) expresa que deberán someterse al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, entre otros, los proyectos de plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario. A su turno, el Art. 11 de la misma ley preceptúa que: Los proyectos o actividades enumeradas en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias, entre los cuales se indican el riesgo para la salud de la población, efectos adversos sobre los recursos naturales renovables, y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, de sitios con valor antropológico (letras a, b, c y f). De lo que fluye que basta con que se presenten las características antes señaladas, como ocurre en el caso de autos, para que se requiera al aludido Estudio; y no es necesario para ello como se desprende de los informes de la recurrida y de la COREMA- la generación de los efectos indeseados para el medio ambiente se encuentren plenamente establecidos, toda vez que la única forma de comprobarlos es precisamente mediante el señalado estudio. Concluir lo contrario significaría dejar a la discrecionalidad del titular del proyecto el régimen a que va a someterse para cumplir con la normativa medioambiental[354].

Desde esta perspectiva, los instrumentos de gestión –como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental– que se apliquen en territorio indígena deben evaluar los impactos socioculturales de los proyectos extractivos de recursos naturales en su dimensión individual y colectiva, debiéndose constatar que el proyecto no afecte o altere de modo alguno las costumbres o formas de vida de la población afectada, en particular cuando esta se encuentra protegida por leyes especiales y practica formas de vida y costumbres desde tiempos inmemoriales en su territorio comunal, para lo cual ha dispuesto de los recursos naturales que este alberga.

354 El destacado es nuestro.

6.6.2. LOS ÓRGANOS AMBIENTALES Y LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

La Ley 19.300 fue recientemente modificada por la Ley 20.417 en enero de 2010. La reforma pretendía abordar algunos de los problemas del modelo vigente que comprometían la eficacia del sistema y que habían sido objeto de duras críticas. Para esto proyectaba dotar a los órganos ambientales de competencias más técnicas, entregar a la ciudadanía herramientas más efectivas en materia de participación y ajustar la normativa a los estándares ambientales que imperan en contextos internacionales, cautelando, sin embargo, que esta normativa –aparentemente más garantista– no actuara como freno a la inversión, lo que a la postre sacrificó la profundidad de la reforma.

La nueva normativa suprime la institucionalidad anterior, esto es la Comisión Nacional del Medioambiente (CONAMA), entidad encargada prioritariamente de la política ambiental y las Comisiones Regionales del Medioambiente (COREMAS), que tenían a su cargo la implementación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) para proyectos que se ejecutaban en una sola región. La reforma crea dos nuevas instancias:

- El Ministerio del Medioambiente, cuya función es definir e implementar la política medioambiental a nivel nacional; y
- Los Servicios de Evaluación Ambiental y sus respectivas Comisiones Evaluadoras, encargadas de la evaluación de los proyectos sometidos al SEIA.

También crea la Superintendencia del Medioambiente que tiene a su cargo fiscalizar el cumplimiento de la normativa ambiental y cuyas atribuciones dependen de la implementación de los tribunales ambientales. La legislación por esta vía aspira a mejorar los niveles de fiscalización y, con el mismo objetivo, aumenta las sanciones destinadas a inhibir conductas que vulneren el marco regulatorio de las autorizaciones ambientales. Las multas bajo la nueva normativa pueden

hipotéticamente alcanzar una suma de 10 000 UTA (Unidad Tributaria Anual)[355], sin perjuicio de la revocación de los permisos ambientales.

Complementando esta normativa se han creado los Tribunales Ambientales. El día 31 de enero de 2012, tras la aprobación en la Cámara de Diputados del informe de la Comisión Mixta, culminó la tramitación en el Congreso del proyecto que crea esta nueva instancia judicial.

La Cámara aprobó, por 81 votos a favor, el informe de Comisión Mixta del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales[356]. La iniciativa fue despachada al Ejecutivo para su promulgación. Atendido a que esta modificación constituye un cambio significativo en la institucionalidad ambiental, ya que no existían con anterioridad a la reforma, nos detendremos en su análisis con un poco más de detalle. Cabe consignar que está en debate el rol que van a cumplir estos tribunales en un escenario de creciente judicialización de conflictos ambientales.

Los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medio ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento. La ley crea tres tribunales, con asiento en Antofagasta, Santiago y Valdivia, los que tendrán jurisdicción en las quince regiones del país. Cada uno de ellos estará integrado por tres ministros, nombrados por el presidente de la república con acuerdo del Senado, de una nómina de cinco personas propuestas por la Corte Suprema. La ley establece las incompatibilidades, exige dedicación exclusiva a los ministros e impone la obligación de realizar declaración de intereses y patrimonio, así como las causales de inhabilidad y prohibiciones por causas que puedan generar conflictos de interés[357].

Los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer las siguientes materias:

1. Las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley Nº 19.300.
2. Las demandas para obtener la reparación del medio ambiente en caso de que hubiere daño ambiental.
3. Las reclamaciones en contra de las resoluciones dictadas por la Superintendencia del Medio Ambiente.
4. La reclamación que se interponga en contra de las resoluciones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo que otorgan o deniegan la calificación ambiental.
5. Las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la resolución del comité de ministros o director ejecutivo que se pronuncia respecto de un recurso administrativo cuando sus observaciones formuladas en el proceso de participación ciudadana no hayan sido consideradas en el SEIA.
6. Las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos establecidos en dichos instrumentos.
7. Las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.

Se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos.

El Tribunal podrá decretar diversas medidas para impedir los efectos negativos de los actos administrativos impugnados, tanto de tipo cautelar, conservativas o innovativas. El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del juicio o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver de plano o con citación, mediante resolución fundada. Esta prerrogativa es interesante en cuanto las medidas

355 Valor UTA mayo 2012 $ 475 788, lo que asciende a 4 757 880 000.

356 Boletín 6747. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7144>. Consultado el 3 de febrero de 2012.

357 El Segundo Tribunal Ambiental (Santiago) deberá entrar en funcionamiento dentro del plazo de seis meses desde la publicación de la ley. La instalación del Primer Tribunal Ambiental (Antofagasta) y del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia) se efectuará en el plazo de doce meses desde la publicación de la norma.

cautelares permiten prevenir daños irreversibles, mientras que las llamadas medidas innovativas constituyen todo un desafío para los tribunales en materias tradicionalmente reservada para los órganos con competencia técnica en materia ambiental.

La reforma también contempla la creación de un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas con competencia para regular la intervención en áreas adscritas a esta categoría. La implementación de este servicio está supeditada a un reglamento en proceso de elaboración. La importancia de esta normativa es evidente ya que, como veremos a continuación, un número importante de conflictos ambientales comprometen áreas que tienen esta condición y no hay reglas claras respecto a su intangibilidad o las restricciones ambientales que aseguren su uso sostenible.

6.6.3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SEIA

Un gran tema en torno al modelo de evaluación ambiental dice relación con la participación ciudadana, por lo que requiere de un análisis específico y pormenorizado. El procedimiento de participación que contempla la legislación ambiental chilena ha sido objeto de severas críticas que derivaron en la modificación de esta normativa con el objeto, entre otros, de mejorar los mecanismos de participación. Desafortunadamente ello no se logró y, según veremos, la participación ciudadana sigue siendo restringida y meramente informativa.

Las modalidades de participación varían en función del instrumento de gestión ambiental de que se trate, esto es de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) (Kawka et al. 2011).

- Estudios de Impacto Ambiental (EIA): las organizaciones ciudadanas y la ciudadanía interesada participan de pleno derecho y disponen de un plazo de sesenta días para imponerse del proyecto y formular sus observaciones.
- Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) con cargas ambientales: la participación ciudadana debe ser solicitada al menos por dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica a través de sus representantes y habiendo acreditado la existencia de un mínimo de diez personas naturales directamente afectadas, quienes tienen un plazo de veinte días para formular sus observaciones.
- Declaraciones de Impactos Ambientales (DIA) sin cargas ambientales, en caso de empresas de menor tamaño emplazadas en áreas no reguladas por instrumentos de planificación territorial: en este caso la participación ciudadana se restringe a una audiencia especial a la cual deben ser convocadas al menos tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, en este caso el plazo dentro del cual puede existir esta participación es de diez días.

En virtud de este derecho de participación, las personas pueden conocer el expediente del proyecto y el contenido del EIA o de la DIA en cualquier etapa de la tramitación. Además, para su adecuada publicidad y difusión, debe existir una copia en un lugar de acceso público en las oficinas de la municipalidad correspondiente y en la oficina de la dirección regional o ejecutiva del SEA, según sea el caso. Durante el proceso de evaluación ambiental, los ciudadanos tienen el derecho de formular observaciones al proyecto o la actividad. Esto quiere decir que, dentro del periodo de participación ciudadana, las personas pueden plantear sus inquietudes y expresar opiniones y sugerencias relativas a aspectos ambientales del proyecto. Las respuestas a las observaciones ciudadanas, formuladas por el titular del proyecto y/o por los órganos públicos competentes deben ser consideradas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), es decir, en la decisión final del proceso de evaluación ambiental. La RCA, posteriormente, será notificada a las personas que han formulado dichas observaciones.

Como puede observarse, la nueva normativa no modifica en lo sustancial la participación ciudadana, la que sigue siendo meramente informativa y restringida a un determinado plazo. En lo que varía es en que se amplía la participación a la DIA en circunstancias que antes de la reforma esta solo correspondía para los casos de proyectos que requerían de un EIA[358]. En todo caso, conforme a la nueva ley, los ciudadanos podrán participar en las DIA exclusivamente cuando

358 Cabe destacar que durante el periodo de vigencia de la antigua Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley 19.300) el 90 % de los proyectos ingresados al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental fue a través de la modalidad de Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y, únicamente, un 10% como Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Esto es de gran importancia debido a que, antes de la nueva Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley 20.417), en las DIA no existía participación ciudadana y, por tanto, las personas solo pudieron participar en el 10% de los proyectos evaluados durante periodo comprendido entre 1994 y el año 2010.

el director del SEA determine que el proyecto tiene cargas ambientales negativas y previa solicitud de los interesados (Kawka et al. 2011).

La nueva Ley hace una mención expresa a la participación indígena y fija como estándar de participación lo siguiente: "Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"[359].

Para la implementación de esta norma se contempla un procedimiento especial de participación indígena, cuya reglamentación está en elaboración y sometida a cuestionamiento por falta de participación indígena en su génesis. La participación indígena de acuerdo con la normativa ambiental en análisis, se restringe exclusivamente en los Estudios de Impacto Ambiental y a los siguientes tres casos:

- Proyectos o actividades que generan reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.
- Proyectos o actividades que se localizan en o próximos a poblaciones, recursos y áreas protegidas. Se entiende en este caso por "poblaciones protegidas" a los pueblos indígenas definidos en la Ley 19.253.
- Proyectos o actividades que generan o presentan alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (como por ejemplo, lugares en que se llevan a cabo manifestaciones culturales de algún pueblo indígena).

Esta propuesta normativa vulnera el Convenio N° 169 de la OIT, en tanto este establece expresamente que los pueblos indígenas deben ser consultados frente a cualquier medida legislativa y administrativa que pueda afectarlos. Las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), sin importar si derivan de una EIA o un DIA, son medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, en cuyo caso deben ser consultadas, siguiendo los criterios de la consulta establecidos en el dicho convenio, así por lo demás lo han establecido los tribunales

---

359 Artículo 4, Ley 20.417 de 2010.

de justicia en diversos fallos que nos permiten afirmar, tal y como lo hemos señalado en otros capítulos de esta publicación, que hay una jurisprudencia cada vez más consistente en orden a señalar que la participación del SEIA no cumple con los estándares del citado convenio[360]. Para mayor información sobre esta temática nos remitimos al capítulo II donde abordamos la implementación del Convenio N° 169 en Chile.

6.6.4. LAS DEBILIDADES REGULATORIAS DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (SEIA) Y SU INEFICACIA PARA PROTEGER DERECHOS INDÍGENAS

Como ya señalamos en el acápite precedente, el marco jurídico de la regulación ambiental en Chile está dado por la garantía constitucional consagrada en el artículo 19, N° 8, de la Constitución Política, que establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y dispone la protección de la naturaleza. Cautelan estas garantías ambientales la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente y las normas complementarias. Del análisis de esta normativa se colige que la protección del medioambiente en Chile, como en todos los ordenamientos jurídicos, es una cuestión típica de *interés público* y que ello estructura el sistema regulatorio de los recursos naturales que ha sido el foco de nuestro análisis en este capítulo.

Previo a la implementación en Chile de la Institucionalidad Ambiental en 1994, la Corte Suprema se pronunció sobre el alcance jurídico de la garantía de protección ambiental en el caso que involucraba la eventual explotación de las aguas del Lago Chungará (Plaza Corvacho vs. Director de Riego), ratificando los principios de *interés público* que subyacen tras este marco regulatorio. En dicho fallo, la Corte Suprema ratificó la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica, que había

---

360 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 349-2011, *Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Araucanía.* Temuco 20 de enero de 2012; C.S., Causa Rol 6062/2010, autos *Faumelisa Manquepillan contra Comisión Medio Ambiente*, 04 de enero de 2011. (Caso Lanco); C.S., Causa Rol 258/2011, autos *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, Santiago 13 de julio de 2011; (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama); C.S., Causa Rol 10.090/2011, autos *Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012. (Caso Parque Eólico Chiloé); C.S., Causa Rol 11.040/2011, autos *Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Paguanta).

ordenado suspender la extracción de aguas del lago Chungará con fines de aprovechamiento hidroeléctrico y de riego, mientras ese lago tuviera la calidad de Parque Nacional (Parque Nacional del Lauca) y mientras no fuera excluido del listado de la UNESCO, que le asigna la condición de Reserva de la Biosfera. En este fallo, la Corte Suprema acoge y da protección constitucional al derecho al medio ambiente, confiriéndole preeminencia frente a las demandas de quienes pretendían hacer aprovechamiento productivo (hidroeléctrico y riego) de los recursos hídricos del Lago Chungará, haciendo una ponderación a favor de la protección del medio ambiente que se expresa en el plano jurídico en su reconocimiento constitucional:

> Considerando 7º) Que, sin embargo, lo anterior no es decisorio para acoger el recurso dados los beneficios que traería consigo el aumento del caudal de riego para numerosos propietarios agrícolas del valle de Azapa y por el aumento del potencial eléctrico de la Central Chapiquiña, siendo lo primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente que se promueve en el recurso de reclamación, que se vería dañado por la acción de determinadas autoridades que han instalado una estación de bombeo en un punto de la ribera del lago Chungará con el propósito de extraerle un apreciable caudal de agua anualmente para trasladarla a las lagunas del Cotacotani y ciénagas del Parinacota, aparte de que con ello se vulnerarían diversas Convenciones Internacionales, nuestra Constitución Política y algunas leyes patrias;.

En el considerando 10° define el medio ambiente y resguarda la intangibilidad del patrimonio ambiental y la naturaleza, disponiendo:

> Considerando 10º) Que el "medio ambiente", el "patrimonio ambiental, la "preservación de la naturaleza" de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida.

En el considerando 12°, el máximo tribunal adhiere a un concepto de *desarrollo sustentable* que destaca como imperativo ético el uso

sustentable de los recursos y la protección *del interés de las futuras generaciones* en la preservación de la naturaleza:

> Considerando 12º) Que las conclusiones a que arriba el Estudio de la Universidad de Tarapacá... recuerda que un postulado de la Ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la Declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en que "todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza", pues hasta ese momento todo desarrollo se hacía a costa de destruirla, y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno.

En el considerando 17°, la Corte Suprema asume la protección de la naturaleza como una cuestión de primer *interés público*:

> Considerando 17º) Que es verdad que en virtud de disposiciones gubernamentales... con la finalidad de mejorar el riego agrícola del valle de Azapa en algunas hectáreas y aumentar el potencial eléctrico en algunos kilowatts hora, con las probables consecuencias adversas que se han señalado para el medio ambiente y el sistema ecológico imperante, pero es lo cierto que actualmente se dispone de nuevos antecedentes y de estudios más completos y se comprende mejor la necesidad de proteger la naturaleza y el medio ambiente así como las bellezas escénicas naturales, reservando ciertas secciones del territorio con fines de estudio y recreación, en una época en que las naciones han acordado "hacer las paces con la naturaleza" y respetar sus santuarios o monumentos naturales y sus bellezas escénicas y en que la nueva Constitución Política ha dispuesto como deber del Estado preservar la naturaleza y el medio ambiente, libre de contaminaciones, otorgando a los particulares el recurso de reclamación respecto de algunos de los derechos y garantías que instituye;.

Para dar amparo constitucional al medio ambiente, el fallo no solo recurre a las garantías establecidas en el artículo 19, N° 8, de la Carta Fundamental, sino que también se remite a la garantía establecida en el artículo 19, N° 24 que, como se ha señalado, faculta al legislador para limitar la protección del derecho de propiedad en razón de la *función social* que impone la protección del patrimonio ambiental.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Arica, cuyo fallo hizo suyo la Corte Suprema, señala en su considerando 4º lo siguiente:

> Que dentro de las garantías enumeradas en el precepto antedicho se dice vulnerado el derecho de propiedad; pero, al respecto, es imprescindible acotar que el artículo 19 Nº 24 del texto constitucional funda dicho principio partiendo de varios puntos de vista, dos de los cuales cobran importancia: a) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, y b) sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, de gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende en cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. De esto fluye que la mantención del patrimonio ambiental está ínsita en los matices que puede adoptar el derecho de propiedad, ya que el mencionado artículo 20 de la Carta Política se remite absolutamente al artículo 19 Nº 24 de ella, sin hacer restricción alguna.

Desde la promulgación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente 19.300, en el año 1994, se ha suscitado una serie de conflictos ambientales que comprometen seriamente el patrimonio ambiental y en la que es posible constatar que la autoridad ambiental se ha apartado de las directrices perfiladas por la Corte Suprema en el caso antes analizado. La autoridad ambiental ha flexibilizado la garantía constitucional y ha otorgado calificación ambiental a proyectos de alto impacto, en contra de la férrea oposición de las comunidades afectadas e incluso contra la opinión de los expertos que debieran orientar técnicamente las decisiones que adopte la autoridad ambiental (Comité de Experto del SEIA, hoy Comisiones Evaluadoras), cuyas directrices son indispensables para una sana política regulatoria en materia ambiental.

La autoridad ambiental chilena, enfrentada a los conflictos provocados por proyectos extractivos de recursos naturales de alto impacto ambiental, ha hecho prevalecer una concepción económica de *interés público*, ha sido vulnerable a los intereses de los grupos económicos y, finalmente, para mitigar los impactos ambientales ha dispuesto medidas inadecuadas, que han dado origen a graves desastres ambientales. A este respecto, los casos más emblemáticos son el Proyecto Celulosa Valdivia en la Región de los Ríos en el territorio *mapuche lafkenche* antes referido[361] y el Proyecto Minero Pelambres en la Región de La Serena (comunidades campesinas), que se analizan sucintamente a continuación.

El desastre ambiental en el caso del Proyecto Celulosa Valdivia se produjo como consecuencia de las graves transgresiones ambientales cometidas por la ejecutora del proyecto (Celco-Arauco), que excedió los límites máximos de descarga de riles industriales al río Cruces, superando así los parámetros de calidad ambiental de este acuífero en diversos aspectos (temperatura, sólidos suspendidos, arsénico, fósforo, cromo, molibdeno y níquel). Esto causó la extinción de flora y fauna endémica y alteró severamente el equilibrio ambiental de la cuenca, protegida como Santuario de la Naturaleza y Sitio Ramsar[362], ya que se trata de un humedal de importancia mundial. El daño ambiental se tradujo en la desaparición total de la planta acuática Luchecillo y el aumento abrupto de muertes anormales de cisnes de cuello negro que anidan en dicho lugar, que llegaron a más de 100 según registros en las bitácoras de los guardafaunas de la Corporación Nacional Forestal (CONAF); además, el consumo de metales pesados causó enfermedades a los cisnes, lo que gatilló procesos migratorios de la especie fuera del humedal.

Si bien estas transgresiones fueron sancionadas por las autoridades ambientales y sanitarias, esto es, por la COREMA de Los Lagos y el Servicio de Salud de Valdivia (2004 y 2005), el procedimiento puso en evidencia serias fallas en materia de fiscalización y la ineficacia del sistema de sanciones para reparar los daños ocasionados y restaurar el medio ambiente. No obstante la gravedad del hecho, recién con fecha 15 de julio del 2009, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó las sanciones impuestas el año 2005 por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) a Celco-Arauco por graves incumplimientos de las normas ambientales vigentes. La empresa, por su parte, se ha negado sistemáticamente a pagar estas multas, impugnándolas legalmente a pesar de que está comprobada su responsabilidad en el daño ambiental. En el año 2006, la autoridad ambiental se comprometió a ejecutar un

361 Acá analizaremos los impactos ambientales de este proyecto en el río cruces. Las amenazas de este proyecto sobre el territorio indígena y los recursos marinos fueron analizadas en el acápite 6.4.

362 Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1972, ratificada y promulgada en Chile el 11 de noviembre de 1981.

plan de gestión para la recuperación del Santuario, pero que la fecha no se ha implementado. Asimismo, están pendientes las reparaciones por los daños causados a las comunidades indígenas, agricultores y pequeñas empresas que se localizaban en torno al río Cruces.

Otro caso de similares características es el del proyecto minero Los Pelambres de la Minera Los Pelambres, de propiedad de Antofagasta Minerals. Este, aunque no compromete derechos indígenas de agua, es importante porque sienta un precedente en la protección de las cuencas hidrográficas y en el interés público que subyace tras esta protección. La Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de Coquimbo decidió por unanimidad sancionar a la Minera Los Pelambres (MLP) con una multa que asciende a $ 82 487 000 por cuatro incidentes ambientales ocurridos entre agosto y septiembre de 2008[363]. Cabe consignar que, si bien la sanción es por cuatro incidentes ambientales, desde agosto de 2008 Minera Los Pelambres protagonizó consecutivamente más de doce incidentes de esta naturaleza en la provincia del Choapa, región de Coquimbo, donde se encuentra localizado el yacimiento (Yáñez et al. 2011).

El sumario ambiental fue realizado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), la cual investigó los hechos durante seis meses, constatando lo siguiente:

1. El primer incidente ocurrió el 16 de agosto de ese año, cuando el río Cuncumén recibió aguas infiltradas desde el tranque de relaves Los Quillayes.
2. El 30 del mismo mes, material proveniente de una piscina de emergencia N°1 alcanzó el estero Camisas.
3. Posteriormente, el 28 de noviembre se produjo un derrame de 12 000 litros de petróleo en el interior de las instalaciones de la minera, en un área de generadores electrógenos. Hubo infiltración de combustible en el área de los generadores de respaldo, sector drenes y piscina de emergencia del tranque Quillayes.
4. El cuarto incidente, ocurrido el 15 de diciembre, consistió en un escurrimiento de aguas de proceso desde el vertedero de seguridad del tranque de relaves El Mauro hasta el estero Pupío.

363 La Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) de Coquimbo decidió sancionar con una multa de 2 251 UTM a la Empresa Minera Los Pelambres, por el incumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) 71/1997 "Expansión Minera Los Pelambres 85.000 tpd" y RCA 38/2004 "Proyecto Integral de Desarrollo".

Los agricultores de Salamanca, Illapel y Los Vilos fueron directamente afectados por los daños ambientales que estos incidentes provocaron. Lo que muestra este y otros casos es la debilidad de las medidas de fiscalización destinadas a prevenir daños ambientales a los recursos hídricos y la ineficacia de las acciones de mitigación, así como también la insuficiencia de las sanciones que, por inocuas, no logran impedir prácticas irresponsables ni asegurar estándares de calidad. En efecto, a pesar de estos antecedentes, la autoridad ambiental no solo ha autorizado a Minera Los Pelambres para que siga con sus operaciones, sino que además le aprobó la construcción del cuestionado tranque El Mauro, en el valle de Pupío, el depósito de relaves mineros más grande de América Latina, al que se han opuesto sistemáticamente los habitantes del pueblo de Caimanes, directamente afectados por este proyecto en la región de Coquimbo.

En este escenario, en que claramente se observa un mala práctica regulatoria, los afectados recurrieron a instancias judiciales esgrimiendo sus derechos fundamentales (derecho de propiedad sobre las aguas y derecho al medio ambiente) y el *interés público*. Sin embargo, si bien en el caso analizado hubo un pronunciamiento en favor de la protección del patrimonio ambiental fundado precisamente en el *interés público*, finalmente, en la fase de exigibilidad del fallo, la cuestión se resolvió con una transacción extrajudicial entre los recurrentes y la Minera Los Pelambres, que se tradujo en un acuerdo compensatorio de los potenciales impactos ambientales, sociales y económicos del proyecto Tranque de Relave El Mauro y que benefició a los reclamantes con una suma de aproximadamente 45 millones de dólares, distribuida conforme a la concentración de derechos de agua que cada uno poseía en la cuenca.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago[364], conociendo de un recurso de reclamación conforme a la normativa del Código de Aguas, revocó la autorización otorgada por la autoridad ambiental a la empresa Minera Los Pelambres para construir el relave minero Tranque El Mauro, argumentando que dicha resolución afectaba los derechos de aguas de los reclamantes. Aunque los fundamentos de la sentencia se refieren principalmente a violaciones del código de aguas, sienta una jurisprudencia relevante para determinar el alcance del interés público considerado en la controversia.

364 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXII (1985), N° 3 (septiembre-diciembre), sección 5; Fallo Caso Tranque El Mauro (Poblaciones de Caimanes contra DGA) RECURSO: 12004/2005 – Resolución: 134031 - Secretaría: Civil).

El fallo pone en evidencia la envergadura de la destrucción ambiental que acarrea el proyecto y su impacto en la comunidad nacional (considerando 33°) y local (considerando 34°), protegiendo un interés nacional que involucra a la comunidad toda y tiene, por tanto, una dimensión colectiva; antepone, asimismo, el interés de los múltiples usuarios de la cuenca (ciudadanos, entidades o empresas) al interés individual de la ejecutora del proyecto impugnado.

> Considerando 33°) Que la desaparición de la cuenca y el consiguiente término del tránsito de aguas por ella, por otro lado, debería producir un efecto secundario, consistente en que se terminará con toda la flora y fauna propia de dicho lugar, lo que asimismo constituye una circunstancia de no poca gravedad, importando también una forma de perjuicio medio ambiental, imposible de aquilatar por anticipado, que afectará no sólo la zona en cuestión sino que a toda la comunidad nacional, a la que sin duda interesa la preservación del medio ambiente. Se advierte, en este punto, la circunstancia de que se ha autorizado un proyecto que es claramente nocivo desde el ángulo que se viene analizando, que es el ambiental, lo que por añadidura se ha hecho privilegiando intereses de orden económico de particulares, y perjudicando los de numerosos ciudadanos y entidades o empresas[365].

Aludiendo a otros proyectos industriales de alto impacto, como el de la Planta de Celulosa Valdivia de Celco, ya mencionado, la Corte de Apelaciones remite al principio preventivo que inspira la garantía de protección del medioambiente y que obliga a adoptar medidas para su resguardo en casos en que los potenciales impactos ambientales son de extrema gravedad. Con una argumentación más bien retórica, la Corte cuestiona el proceso de evaluación de impacto ambiental, sugiriendo que este ha arriesgado la integridad ambiental sobre la base de medidas de mitigación inadecuadas o informes técnicos inconsistentes, concluye:

> Considerando 37°) Que, siempre sobre este punto, resulta pertinente recordar que existen ejemplos recientes de situaciones que son de público conocimiento y notoriedad, relativas al emplazamiento de plantas industriales que han ocasionado gran impacto medio ambiental –que justamente por ser de público conocimiento no es del caso señalar con mayor precisión–, fruto de proyectos que contaban, sin duda, con los respectivos informes favorables de las autoridades que deben intervenir en proyectos de tal clase, lo que demuestra la falibilidad de cualquier informe emitido sobre esta materia[366].

365 El destacado es de los autores.

A pesar de la relevancia de esta jurisprudencia, los hechos muestran la ineficacia del control judicial para asegurar una efectiva regulación de potenciales impactos ambientales y, en este contexto, garantizar la protección del interés público que funda la legislación ambiental. En realidad, deja en evidencia las debilidades que engendra el concepto de *interés público* frente al ejercicio de derechos individuales por parte de los litigantes involucrados en la controversia judicial (derecho real de aprovechamiento de las aguas en el caso examinado). En efecto, resulta paradigmática la forma en que los titulares de derechos reales de aprovechamiento de aguas, recurrentes en los autos, transan sus derechos en un acuerdo extrajudicial compensatorio, sin que existan mecanismos legales para hacer prevalecer el interés público que sirve de fundamento al fallo.

Hasta estos momentos, hay dos proyectos que afectan derechos indígenas sobre recursos naturales esenciales que han sido rechazados por las autoridades ambientales en sede administrativa, argumentando que comprometen el sistema de vida y costumbres de la comunidad. Uno es el denominado "Suministro de Agua Pampa Colorada", presentado por Minera Escondida Ltda., de propiedad de BHP Billiton, para extraer 1 029 l/seg del sector Pampa Colorada, que correspondía a los acuíferos Tuyagto y Aguas Calientes II, ubicados en territorio ancestral de la comunidad atacameña de Socaire[367]. Otro es el "Sistema de Impulsión de Agua Lequena Ujina", por medio del cual la Empresa Sanitaria de Servicios y Agua Potable ESSAN S.A. transfería sus derechos de agua a

366 Cabe consignar que este proyecto se aprobó en contra del informe técnico del Comité de Expertos adjunto a la COREMA y que al momento de pronunciar la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) dependía de la Región de Los Lagos.

367 La COREMA de Antofagasta, en su Resolución 0366 de 2007, hizo suyas las consideraciones del Consejo Consultivo Regional, señaladas en el numeral 13 de la Resolución, que disponen que la explotación de dichos acuíferos altera el hábitat indígena y, consecuencialmente, compromete el sistema de vida y costumbres de las comunidades indígenas.

la Compañía Minera doña Inés de Collahuasi (CMC), transvasando 500 l/s de la saturada cuenca del río Loa al yacimiento Ujina de la CMC[368].

Una práctica recurrente en el marco del SEIA chileno es que las empresas intentan capturar a las comunidades afectadas, sus líderes y/o miembros (total o parcialmente), mediante el pago de dineros a cambio de que les otorguen licencia social a sus respectivos proyectos. Un caso que muestra esta perversa práctica es el acuerdo suscrito el 30 de junio de 2005 entre la Junta de Vigilancia de la Cuenca del río Huasco y sus Afluentes y la Compañía Minera Nevada Ltda. (CMN), ejecutora del proyecto minero Pascua Lama, donde las partes convinieron un protocolo en virtud del cual la CMN encomendaba a dicha junta la elaboración del documento de respuesta a todas las observaciones, comentarios e inquietudes formulados por la COREMA en el ICSARA II y documentos adicionales, incluidos los estudios técnicos necesarios, estando pendiente su revisión por el SEIA.

En el marco de este protocolo, la Minera Nevada asumió algunos compromisos ambientales destinados a evitar la acidificación de los recursos hídricos aguas abajo del proyecto y, asimismo, el perjuicio de los recursos naturales de la cuenca en las etapas de construcción, producción y cierre del proyecto. Asimismo, se compromete a efectuar un balance y análisis de los recursos hídricos superficiales, subterráneos y provenientes de los glaciares. Como medidas de compensación, la Minera Nevada asumió como compromiso indemnizatorio la construcción de un embalse de regulación en el sector alto del río del Carmen. Para estos efectos se comprometió a aportar la suma de 5 000 000 de dólares. A fin de compensar los potenciales impactos y efectos adversos, directos e indirectos, que resulten de la ejecución del proyecto, aportó a la Junta de Vigilancia la suma de 60 000 000 de dólares, pagaderos a veinte años plazo, en cuotas anuales de 3 000 000 de dólares. Se estipuló que los recursos serían destinados al desarrollo de obras de riego e infraestructura hidráulica y, en general, a programas y proyectos que permitieran el cumplimiento de los fines que la ley y los estatutos encomiendan a la junta.

La DGA, por resolución que consta en Oficio Ordinario Nº 327, de fecha 13 de abril de 2006, resolviendo la acción administrativa interpuesta por la Comunidad *diaguita* de Los Huascoaltinos destinada a

368 El Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta por resolución Exenta Nº 82/2012, de 2 de febrero de 2012, determinó poner término al procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Proyecto y hacer devolución de los antecedentes al Titular.

impugnar dicho acuerdo, resolvió que la Junta de Vigilancia, al suscribir el Protocolo de Acuerdo en los términos referidos, efectivamente había excedido sus atribuciones y actuado fuera del ámbito de competencia impuesto por el legislador. Luego de analizar las atribuciones del directorio de la Junta de Vigilancia, señaló que este no estaba facultado para celebrar un acuerdo como el que presenta el protocolo. Este, por sus características, debió ser aprobado por la mayoría absoluta de la asamblea general de la Junta de Vigilancia y, en el caso, no hay antecedentes que permitan concluir que esa asamblea se realizó, por lo que la autorización no existe. Sin embargo, no se restableció el imperio del derecho, ya que la DGA dispuso que no le correspondía pronunciarse sobre la nulidad del instrumento, pues se trataba de un asunto entre privados y la invalidación administrativa de un acto jurídico procede solamente en contra de actos administrativos (Yáñez et al. 2011).

Otro caso emblemático de pago de incentivos para capturar y fragmentar a las comunidades afectadas fue el de la Planta Celulosa Valdivia de Celco-Arauco. En este caso, ya analizado en detalle en los acápites precedentes, mediante la suscripción de acuerdos privados, Celco-Arauco negoció con los pescadores artesanales su anuencia a la instalación de un ducto para verter a la bahía Maiquillahue los desechos industriales de su planta de celulosa. El acuerdo, como señaláramos, es por un monto que supera los 40 millones de pesos por pescador, pero que se pagan a condición de otorgar consentimiento en las distintas etapas del SEIA hasta la ejecución definitiva del proyecto. Como puede constatarse, privados negocian cuestiones de interés público (implicaciones ambientales y sociales del proyecto), y derechos colectivos (derechos territoriales de pescadores artesanales y comunidades *mapuche lafkenche* sobre el borde costero y sus recursos).

Los casos reseñados no son aislados y evidencian una tipología de conflictos derivados de las debilidades estructurales de la legislación ambiental chilena, pero también de su aplicación licenciosa por parte de las autoridades ambientales. Esta práctica muestra una clara tendencia a flexibilizar los controles ambientales para proteger las inversiones nacionales y extranjeras. El resultado es una política ambiental inconsistente, que se aleja de los objetivos impuestos a las autoridades ambientales por la legislación vigente –en particular por la garantía constitucional reconocida en el artículo 19, Nº 8, de la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el caso del Convenio Nº 169– y que vulnera derechos ambientales e indígenas.

7. Política pública y pueblos indígenas[ix]

Desde la aprobación de la Ley 19.253, el Estado ha impulsado diversas políticas en relación con los pueblos indígenas. Por un lado, a través de CONADI y del Programa Orígenes, instancias dependientes del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), así como a través de las entidades de coordinación de política indígena creadas por distintos Gobiernos, dependientes de esta misma cartera o del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Estado ha impulsado una política sectorial, orientada a abordar la problemática de las tierras indígenas y del desarrollo material y cultural de los indígenas y de sus comunidades. Paralelamente, desde otras instancias públicas, como los ministerios de Hacienda y Economía, se han impulsado otras políticas –muchas veces contradictorias con las primeras– orientadas a promover las inversiones extractivas o productivas en el país que han afectado seriamente a los territorios indígenas y a las comunidades que habitan en ellos.

Además, desde otras carteras políticas, como el Ministerio del Interior, se han impulsado políticas públicas destinadas a aplacar la protesta social indígena, la que a su vez es resultante de la incapacidad de la política sectorial para dar respuesta a las demandas más sentidas de las comunidades, relacionadas con la restitución de sus tierras y el control sobre sus recursos naturales, así como frente a la imposición de proyectos de inversión inconsultos y sin participación en los beneficios que estos generan en sus tierras y territorios. A estas políticas nos referiremos a continuación.

7.1. LA POLÍTICA SECTORIAL INDÍGENA: TIERRAS Y "DESARROLLO"

La acción de CONADI hacia los pueblos indígenas, desde su creación hasta la fecha, ha estado principalmente orientada a abordar la problemática de las tierras indígenas. Se trata de una política fundamentalmente

ix Sección elaborada por José Aylwin. El autor ha utilizado información contenida en su artículo "Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública", que forma parte del libro *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*, ed. Fernando Muñoz (Santiago: LOM Ediciones 2013). También se ha incorporado información preparada por Pedro Marimán, como coordinador del Programa de Derechos Indígenas del Observatorio Ciudadano, incluida en el capítulo relativo a Chile del informe de IWGIA, *El mundo indígena 2012* (Copenhague: IWGIA, 2012).

reactiva a la que, no obstante la demografía mayoritariamente urbana actual de los pueblos indígenas, constituye la demanda central de sus organizaciones representativas. Así, durante este periodo, la CONADI destinó más del 50% de sus recursos a su Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI), llegando entre el 2000 y el 2003 a destinar a dicho fondo más del 70% de su presupuesto. El presupuesto total asignado a la política de tierras entre 1994 y 2009, según CONADI, ascendió a USD 292 millones (CONADI en Anaya 2009)[369]. El total de tierras supuestamente "ampliadas" a indígenas a través del FTAI a esa fecha habría alcanzado a 667 475 hectáreas (Gobierno de Chile 2012) (cuadro 5).

Si se analizan dichas cifras, sin embargo, constatamos que la ampliación real de la superficie de tierras indígenas a través de la política de CONADI alcanzó solo a 27 240 hectáreas, que corresponden a las tierras adquiridas fundamentalmente para los *mapuche* a través de compras hechas por CONADI a sus actuales propietarios legales a través de subsidios del artículo 20a de la ley. Las 95 814 hectáreas adquiridas a través del mecanismo previsto en el artículo 20b de la ley corresponden a la restitución de tierras previamente reconocidas a indígenas por el Estado, también en favor de los *mapuche*. De las 542 117 hectáreas restantes, 306 735 corresponden a lo que la Ley 19.253 considera traspaso de tierras fiscales, mayoritariamente destinadas a los pueblos andinos en el norte del país, las que de acuerdo a la interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho del Convenio Nº 169, como veremos en el capítulo II, constituyen tierras de ocupación ancestral de propiedad de los pueblos indígenas. A su vez 235 382 hectáreas corresponden a tierras cuya propiedad había sido reconocida anteriormente por el Estado a indígenas pero que fue saneada o regularizada por el FTAI en favor sus actuales ocupantes, la mayoría de ellos *mapuche* (Gobierno de Chile 2012).

Son múltiples los problemas de que ha adolecido la política pública de tierras impulsada por CONADI. Tratándose de una política que ha operado por la vía del mercado, su efectividad ha dependido en gran medida de los recursos que el Estado ha destinado a su implementación. Tales recursos han sido claramente insuficientes para abordar la problemática de la restitución a los pueblos indígenas de sus tierras de propiedad legal y, más aún, para posibilitar la restitución de las tierras de propiedad ancestral que estos hoy reivindican. En efecto, si bien no

369 El 2010 y 2011 se habrían destinado USD 54.814 millones para la compra de tierras para indígenas (Gobierno de Chile 2012).

existe consenso sobre la cantidad total de tierras actualmente demandadas por los pueblos indígenas en el país, un estudio sobre las demandas *mapuche* encargado por el Estado determina que para tres de las cuatro regiones en que habita ancestralmente este pueblo (regiones del Biobío, Araucanía y Los Ríos), las demandas basadas en las modalidades de la Ley 19.253 (art. 20 a y b) alcanzaban a 165 000 hectáreas (Universidad de Concepción Centro Eula-Chile 2010). Esta estimación solo considera las tierras que les fueran reconocidas a este pueblo a través de la radicación, pero no las de propiedad ancestral reconocidas a través de parlamentos en el periodo colonial. Por lo mismo, las demandas de tierras de los *mapuche* superan con creces dicha cifra, y por cierto, las que el Estado ha restituido a este pueblo a la fecha a través del FTAI.

Se trata de una grave omisión, puesto que contraviene el artículo 2 del Convenio Nº 169, que dispone que los Gobiernos deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos[370]. Por otro lado, el valor que el Estado pagó por las tierras adquiridas por esta vía aumentó de manera significativa durante el periodo antes identificado (1994-2009), estimándose que en las zonas de conflicto que involucran al pueblo *mapuche*, dicho aumento alcanzó a 826% (Libertad y Desarrollo 2010). El Estado prefirió pagar altos valores especulativos a los propietarios legales de tierras en conflicto, muchas veces usurpadas a las propias comunidades, en vez de aplicar el mecanismo de la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional considerado en la Constitución Política. Cabe señalar que la expropiación considerada en la Constitución no solo ha sido una alternativa reclamada por los pueblos indígenas para hacer frente a una situación de injusticia histórica, por cierto de interés público, sino de una que fuera propuesta por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) para abordar esta problemática.

A los problemas de la política de tierras indígenas aquí analizada cabe agregar, en especial en los casos del pueblo *mapuche* y del pueblo *rapa nui*, el de la titulación individual de tierras adquiridas promovido por CONADI, cuestión que lesiona las formas de propiedad colectiva propias de los pueblos indígenas. A ello se suma el traslado de muchas comunidades *mapuche* desde sus tierras de origen a otras nuevas

370 Los aproximadamente USD 19 millones anuales destinados por el Estado al Fondo de Tierras correspondieron a aproximadamente el 0,31% del presupuesto anual de 2007 (Anaya 2009). Ello contrasta, por ejemplo, con el presupuesto asignado por el Estado al Ministerio de Defensa ese mismo año, el que ascendió al 8,49% del presupuesto nacional.

ubicadas en otros lugares, muchas veces distantes, traslado que si bien es voluntario, genera fragmentación en su interior, afectando la organización y cultura de sus integrantes. Al 2007, las relocalización de comunidades *mapuche* generada por esta política alcanzaba a casi un tercio de las tierras adquiridas por el FTAI (González et al. 2007).

Una política un tanto diferente fue la impulsada por el Estado en materia de tierras indígenas en el caso del pueblo atacameño o *lickanantai* y *quechua* en el norte del país. En base a la Ley 19.253 (arts. 63 y 3 transitorio) que, como señaláramos anteriormente, estableció lineamientos para el reconocimiento y constitución de la propiedad de las tierras en comunidades andinas, CONADI y el Ministerio de Bienes Nacionales realizaron entre 1997 y 1998 un catastro de los predios de ocupación ancestral de comunidades de estos pueblos, incluyendo aquellos de propiedad fiscal, varios de los cuales hoy han sido convertidos en áreas protegidas. Dicho catastro, que incluye la cuenca del río Loa y la cuenca del salar de Atacama, y que fuera realizado con la participación activa de las comunidades, arrojó una superficie de 2,4 millones de hectáreas de ocupación indígena –incluyendo tierras agrícolas, de pastoreo o de uso cultural o ritual– cuya propiedad debía ser reconocida y traspasada a las comunidades.

Las expectativas que este catastro generó en las comunidades se vieron frustradas por la introducción de criterios que fueron restringiendo la demanda territorial indígena. Así, del total de tierras catastradas solo se consideraron 905 000 hectáreas como "tierras ocupadas" al asimilar este concepto al de tierras de uso productivo. Con posterioridad, estas tierras fueron fragmentadas a través de la identificación de 505 "sitios", de los que CONADI procedió a priorizar 214 para que fueran objeto de transferencia a las comunidades. En 1999 se estableció que los "sitios" a ser solicitados en transferencia por las comunidades indígenas solo serían uno por comunidad, 14 en total, con una superficie de 256 398,73 hectáreas, lo que representa un 28% de las "tierras ocupadas" (905 000 ha) y un 10% de la demanda territorial (Molina y Rowlands 2010).

Como consecuencia de estos criterios restrictivos de la demanda indígena, al 2010 se habían transferido por el Estado a los atacameños y *quechua* un total de 337 297 hectáreas, esto es solo un 14% de los territorios ocupados. De estas tierras, solo el 40% son transferencias de dominio, en tanto que el otro 40% corresponden a saneamiento de títulos antiguos indígenas y un 20% a tierras entregadas en concesión (ibíd.). Ello en abierta contradicción con lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del Convenio Nº 169 de la OIT, los que de acuerdo a la propia

interpretación de la OIT, consideran la ocupación ancestral indígena como fuente de derecho de propiedad de estos pueblos.

En el caso de Isla de Pascua, la política impulsada por el Estado frente a las demandas de tierras de los *rapa nui* también tuvo características especiales. Desde la aprobación de la Ley 19.253 en 1993 y la creación de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), la única transferencia de tierras a este pueblo fue realizada a finales de la década de los 90 (entre 1998 y 2000). Ello bajo el programa de "Manejo, administración y disposición de la propiedad fiscal en la Isla de Pascua", que tenía por objeto desafectar 1500 hectáreas (254 hectáreas del Parque Nacional, 755 hectáreas del fundo Vaitea y 500 hectáreas del fisco) para su asignación a las familias de este pueblo que carecen de tierra.Tal programa, sin embargo, solo se llevó a cabo en una primera etapa, a través de asignaciones en propiedad individual, lo que determina que a la fecha solo el 13% de las tierras de la Isla se encuentra en control de los *rapa nui*, en tanto que más del 70% es de propiedad fiscal (Chartier et al. 2012).

Todo ello ha generado fuerte malestar en los clanes *rapa nui*, que como medida de presión para exigir el reconocimiento de sus derechos de propiedad ancestral realizaron el 2010 ocupaciones de edificios públicos y privados emplazados en sus tierras. Tales ocupaciones fueron fuertemente reprimidas por la policía, lo que llevó a las familias afectadas a interponer una acción cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para proteger sus derechos a la vida, integridad física y seguridad amenazados, acción que fue acogida por esta instancia el 2011. No obstante ello, y el establecimiento de mesas de trabajo para dar una respuesta a las demandas de tierra de los *rapa nui*, las reclamaciones de las familias o clanes por la apropiación fiscal o particular sobre sus tierras se mantiene sin solución a la fecha.

Cabe recordar, como se ha señalado antes en este capítulo, que las tierras adquiridas o traspasadas a indígenas a través del FTAI de CONADI mediante las modalidades de la Ley 19.253 no han asegurado la protección y control indígena sobre el territorio, así como tampoco sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentran en ellas. Esto debido a que dicha legislación no reconoció a los pueblos indígenas derechos sobre el territorio ni tampoco consideró procedimientos para hacer posible el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios. Esto salvo en el caso de los derechos de aguas de los pueblos andinos, cuyo reconocimiento en base a la Ley 19.253, y más recientemente al Convenio N° 169, ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema como fuere señalado anteriormente.

Ello se ha visto agravado, como también vimos en este capítulo, por las deficiencias de la legislación ambiental, Ley de Bases del Medio Ambiente (N° 19.300 de 1994 modificada por la Ley N° 20.417 de 2010), para asegurar la participación de los pueblos indígenas, así como de la ciudadanía en general para tomar decisiones frente a proyectos de inversión que afectan sus ecosistemas. A estos problemas se une la ausencia de programas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, trasferidas o regularizadas en favor de indígenas, en particular durante la década de los 90. En efecto, durante los primeros años de implementación del FTAI la adquisición y entrega de predios a comunidades indígenas no fue acompañada de programas que hicieran posible la sostenibilidad económica de las familias beneficiarias. A contar del 2001 se impulsa el Programa Orígenes con recursos del BID y el Estado de Chile, una de cuyas líneas de trabajo fue el apoyo al desarrollo productivo de los pueblos indígenas. De acuerdo a antecedentes oficiales entre el 2001 y el 2006 dicho programa funcionó en 44 comunas con alta densidad de población indígena a lo largo del país, beneficiando a un total de 22 609 familias rurales. La segunda etapa, iniciada el 2007 y concluida el 2011 tuvo como meta beneficiar a 34 000 familias (Programa Orígenes BID CONADI, s/f)[371]. Del total de recursos con que el programa contó en este segundo periodo (aproximadamente 80 000 millones de pesos chilenos), solo una parte se destinó a proyectos productivos, en tanto que el resto se orientó al apoyo de programas de fomento de culturas indígenas y desarrollo organizacional, entre otros. La mayor parte de los proyectos productivos se destinó a la adquisición de insumos, sin que exista evaluación de su impacto real en beneficio de las familias beneficiarias (Ministerio de Planificación/Corporación Nacional de Desarrollo Indígena 2010).

La efectividad del Programa Orígenes para promover la autogestión y autonomía indígena en materia económica, así como la superación de la pobreza, ha sido cuestionada. Entre las críticas que se formularon se encuentran la escasa participación indígena en el proceso de su elaboración; la politización partidaria de la institución, el privilegio de las comunidades legales por sobre las organizaciones tradicionales indígenas o las organizaciones territoriales como beneficiarias, y la demora en la ejecución de los planes de trabajo acordados con las comunidades participantes (Yáñez y Aylwin eds. 2007).

371 Información disponible en <http://www.origenes.cl/quienes-somos.html>. [Consultada el 10 junio de 2012].

Finalmente, en esta misma materia, las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) establecidas en la ley no han logrado convertirse en espacios de participación indígena en la gestión territorial. En efecto, no obstante haberse establecido hasta el 2010 un total de diez (dos en el territorio *aymara*, dos en el territorio *lickanantai*, una en *rapa nui*, y el resto en el territorio *mapuche*) (Ribotta 2010), en la práctica, estas ADI se han limitado a focalizar la acción de los órganos estatales sin establecer mecanismos, más allá de los meramente consultivos, para garantizar un involucramiento de las organizaciones y comunidades indígenas en su gestión[372].

7.2. LAS OTRAS OPCIONES DE LA POLÍTICA PÚBLICA Y SUS IMPLICANCIAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En concordancia con los objetivos de una política económica de apertura a los mercados externos –sustentada en las últimas dos décadas en acuerdos comerciales con las economías más poderosas del planeta– el énfasis de la política pública hacia los pueblos indígenas ha estado puesto en la promoción de las inversiones extractivas, productivas y de infraestructura hacia los territorios indígenas, en que se encuentran las riquezas naturales del país. Así, contradiciendo las disposiciones de la Ley 19.253 que obligan al Estado a dar protección a las tierras indígenas, los órganos públicos han promovido y respaldado grandes proyectos de inversión en territorios ancestrales para los pueblos originarios, generando innumerables conflictos en sus comunidades. Tales opciones han tenido graves implicancias para los pueblos andinos en el norte del país –*aymara*, atacameño o *lickanantai*, *quechua*, *coya* y *diaguita*– donde el Estado chileno ha incentivado la inversión, tanto pública como privada, en exploración y explotación minera, causando un fuerte impacto tanto en sus territorios como, consecuentemente, en sus economías tradicionales. Dichas actividades, como fuera analizado en este capítulo, han resultado en la apropiación de parte importante de las aguas ancestrales de estos pueblos, lo que ha incidido en el secamiento de caudales, lagunas, humedales y salares, destruyendo la economía agrícola y pastoril de las mismas comunidades, gran parte de cuya población se ha visto forzada a migrar a las ciudades.

372 Ello ha determinado el rechazo de las organizaciones indígenas al establecimiento de nuevas ADI, como aquella que ha sido propuesta por la administración del presidente Piñera para el territorio de Ercilla.

En el caso del pueblo *mapuche* en el sur, la política económica fomentada desde el Estado se ha manifestado en la expansión de los monocultivos forestales en su territorio. Pero, como ya dijimos, ella no solo ha resultado en la usurpación de sus tierras de propiedad legal y ancestral, en la alteración de los hábitats y en el empobrecimiento y la migración de sus comunidades, sino también en la criminalización de su protesta social. Asimismo, la política económica del Estado se ha manifestado en la instalación de la salmonicultura en ríos y canales de los *mapuche williche*. Asociado a la expansión productiva, el Estado ha promovido una serie de proyectos de infraestructura caminera, así como de generación de energía que esta requiere. Un ejemplo de esta última fue el de la central Ralco, en el Alto Biobío, impuesta contra la voluntad de las comunidades *pewenche* que allí habitan y que resultó en el reasentamiento de quinientas personas, la mayor parte de ellas *pewenche*. A ello se suma la amenaza que hoy afecta a muchas comunidades *mapuche* por proyectos hidroeléctricos, como los que han sido propuestos por empresas como ENDESA y Colbún en las regiones del Biobío y de Los Ríos, en tierras ancestrales o de propiedad legal de comunidades *mapuche*, y por el plan de Celulosa Arauco de construir un ducto al mar para botar sus desechos contaminantes, afectando a las comunidades *lafkenche* de la Región de Los Ríos.

7.3. CONSECUENCIAS DEL TRATAMIENTO HISTÓRICO Y ACTUAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR EL ESTADO

Las políticas de asimilación e integración de los pueblos indígenas durante largo tiempo impulsadas por el Estado chileno, así como las limitaciones, y sobre todo las contradicciones de la legislación y de las políticas públicas que les han sido aplicadas en las últimas dos décadas determinan la persistencia a la fecha de diversas formas de discriminación y exclusión que afectan a estos pueblos en el país. Entre ellas destacamos por su gravedad las siguientes.

7.3.1. LA DISCRIMINACIÓN SOCIOECONÓMICA

De acuerdo a todas las estadísticas, la población que integra estos pueblos se ubica entre los sectores económica y socialmente más postergados del país. Así, la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) de 2009 (Ministerio de Desarrollo

Social 2009)[373], junto con reconocer a una población de 1 188 340 personas que se autoidentifican como pertenecientes a uno de los nueve pueblos indígenas reconocidos por ley, representando el 7% del total del país, constató que la población indígena en situación de pobreza e indigencia alcanza el 20%, en contraste con la pobreza e indigencia de la población chilena, la que suma un 14,8% (ibíd.).

Otras manifestaciones de las brechas socioeconómicas existentes entre la población indígena y no indígena en el país de que dan cuenta las estadísticas son aquellas referidas al analfabetismo, que entre los mayores de 15 años alcanza un 6,1% en la población indígena en contraste con el 3,3% que alcanza dentro de la población no indígena. De la misma manera, el porcentaje de los que no han recibido ningún tipo de educación llega al 5,6% entre los indígenas, comparado con el 3,4% de los que no son indígenas. Aquellos que han logrado completar su educación básica alcanzan un 34,8% entre la población indígena, mientras el 24,7% de la población no indígena se encuentra en esta situación. Igualmente, mientras solo el 11,9% de la población indígena accede a la educación superior, este porcentaje sube al 23% en el caso de la población no indígena (ibíd.).

En materia laboral, la misma encuesta (CASEN 2009) constata que mientras el 77% de la población indígena trabajaba con contrato, en la población no indígena este porcentaje alcanzaba a un 80,6%. La población ocupada que cotizaba en el sistema previsional alcanzaba un 66,8% en la población no indígena, en contraste con el 54,5% de la población indígena. En 2009 un trabajador no indígena percibía un ingreso promedio de $ 460000 en comparación con un trabajador indígena, que solo percibía un ingreso promedio de $ 309000. Finalmente, los trabajadores indígenas con educación superior completa, percibían un 40% menos de ingresos que un trabajador no indígena (ibíd.).

De acuerdo con la misma encuesta, la Región de la Araucanía que, con casi un tercio de población *mapuche*, es la región con mayor demografía indígena en el país, es, también, la de mayor pobreza, alcanzando esta al 27% del total de la población. Tres comunas de esta región, Ercilla, Puerto Saavedra y Lonquimay, todas ellas con una demografía indígena cercana o superior al 50% de la población total,

373 Se ha utilizado aquí la encuesta CASEN correspondiente a 2009, dado que las encuestas posteriores que miden pobreza en el país (Casen 2011 y Censo de Población y Vivienda 2012) han sido impugnadas en su veracidad.

lideran los *rankings* de pobreza en el país (CASEN 2009)[374]. Estas estadísticas oficiales hacen evidente la incapacidad del Estado para desarrollar esfuerzos serios que permitan eliminar las diferencias socioeconómicas existentes entre la población indígena y el resto de los integrantes de la comunidad nacional, como se comprometió al ratificar el Convenio N° 169 de la OIT.

7.3.2. LA EXCLUSIÓN POLÍTICA

Otra de las exclusiones que afectan a los pueblos indígenas es aquella relacionada con la esfera política. Ella se manifiesta en la ausencia de representantes indígenas en el Congreso Nacional, así como en la subrepresentación que esta población tiene en los gobiernos regionales y comunales, incluyendo aquellos en que existe una importante demografía indígena. A ello se agrega la subrepresentación indígena existente en otras instancias del poder público en Chile, como son los cargos de autoridad en el Ejecutivo, el Poder Judicial y las Fuerzas Armadas.

La exclusión de los pueblos indígenas del Congreso Nacional es resultante del actual sistema político electoral binominal, el que favorece a las grandes coaliciones y margina a las fuerzas políticas minoritarias o de base regional. El sistema electoral binominal, como ha sido denunciado por diversos sectores políticos y sociales, configura un Congreso con sobrerrepresentación de la segunda mayoría política nacional, excluye a las minorías, entre ellas, diversidad étnica, social y regional del país. Desde su imposición en Chile, luego del término de la dictadura militar, los *mapuche*, por ejemplo, no han vuelto a tener la representación en el Congreso Nacional, como la que lograron tener a lo largo del siglo XX.

La Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos[375] vigente excluye la posibilidad de conformar partidos regionales al exigir para su conformación haberse "constituido legalmente en a lo menos ocho de

374 Para mayores antecedentes sobre la relación entre pobreza y etnicidad *mapuche*, se sugiere ver un estudio de Naciones Unidas (CEPAL) y Alianza Territorial Mapuche (2012) sobre la comuna de Ercilla. Dicha comuna, que cuenta con un 46,5% de población *mapuche* y un 48,8% de la población bajo de la línea de la pobreza es una de las más impactadas por la expansión forestal de monocultivos, la que ocupa una parte significativa de su superficie.

375 Ley 18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, 11 de marzo de 1987 [Última modificación: Ley 19.884 del 5 de agosto de 2003].

las Regiones en las que se divide políticamente el país o en un mínimo de tres de ellas, siempre que estas últimas fueren geográficamente continuas" (art. 3). A ello agrega la necesidad de la afiliación de un "número de ciudadanos inscritos en los Registros Electorales equivalente, a lo menos, al 0,5% del electorado que hubiese sufragado en la última elección de Diputados en cada una de las Regiones donde esté constituyéndose" (art. 6), requisito que limita seriamente la posibilidad de que los pueblos indígenas participen del sistema político con instrumentos de representación propia, o bien por medio de partidos que expresen la voluntad de la población regional independientemente de su origen étnico.

La existencia de estas barreras institucionales ha limitado la posibilidad de que un grupo de ciudadanos *mapuche* inscriban a *Wallmapuwen* como el primer partido político de ese pueblo. Entre otros obstáculos que el Servicio Electoral planteó para su legalización, se encuentran la necesidad de que este reúna cinco mil firmas legalizadas y pagadas ante notario en tres regiones contiguas del sur del país, según lo estipula la ley vigente. A ello agregó la necesidad de que sus estatutos eliminen vocablos propios del *mapuzugun* (idioma *mapuche*) y conceptos alusivos a derechos indígenas, los que a juicio de la autoridad electoral resultan inconstitucionales, tales como "pueblo" (en tanto criterio de autoidentificación colectiva), autonomía (en relación con el derecho a la autodeterminación), o *Wallmapu* (como denominación del territorio ancestral) (Observatorio Ciudadano et al. 2010).

7.3.3. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL INDÍGENA

La protesta de los *mapuche* frente a la lenta respuesta estatal a sus demandas por tierras, así como ante la imposición de proyectos de inversión, en particular la expansión de los monocultivos forestales, ha sido duramente enfrentada por el Estado. Una de las manifestaciones más preocupantes de esta política de criminalización, como la denominara el relator especial de la ONU sobre derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2004), ha sido la persecución penal de los defensores de derechos humanos del pueblo *mapuche*[376].

376 Se trata de una categoría utilizada por Naciones Unidas y por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para referirse a quienes trabajan en la defensa de sus derechos humanos.

Es así como entre el 2000 y el 2010, cerca doscientas cincuenta personas pertenecientes al pueblo *mapuche* que han participado en procesos reivindicativos de derechos han sido encarceladas en recintos penitenciarios del Estado (Observatorio Ciudadano et al. 2011). De especial preocupación resulta la imputación a las personas pertenecientes al pueblo *mapuche* de la Ley sobre conductas terroristas (Ley 18.314 de 1984), legislación promulgada bajo el régimen militar de Pinochet para reprimir a sus opositores. Desde el año 2001 se ha aplicado esta legislación, a requerimiento del Ministerio Público, del Ministerio del Interior y de particulares, a personas *mapuche*, o personas relacionadas con ellas, por hechos de protesta social vinculados a sus demandas por el derecho a la tierra o por derechos de carácter político. Entre ese año y el 2010 se imputó participación en delitos de carácter terrorista a setenta y siete integrantes de este pueblo o simpatizantes de la causa *mapuche*. Solo nueve fueron condenados, en contraste con los quince que recibieron condenas por delitos comunes (ibíd.).

Los delitos que condena esta ley y que han sido imputados a personas *mapuche* incluyen la amenaza e incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado y lesiones con carácter terrorista. Se trata de delitos considerados en la ley penal ordinaria, a los que se les atribuyó la calificante contemplada en el número 1 del artículo 1º del la ley antiterrorista. Cabe señalar al respecto que la protesta social *mapuche* se ha ejercido mayoritariamente por medios pacíficos, los que incluyen el derecho de petición y de reunión, y otras modalidades compatibles con el ordenamiento jurídico vigente. Y aunque en ocasiones dicha protesta haya incluido hechos de fuerza –como las tomas de camino, acciones en contra de plantaciones forestales y ocupación de predios en conflicto que resultaron en el quebrantamiento del orden vigente, fundamentalmente la legislación relativa a la propiedad– tales hechos han afectado mayoritariamente a bienes y muy excepcionalmente a personas no indígenas.

Aunque la ley antiterrorista ha sido modificada en varias oportunidades, primero en 1991 para adaptarla a las normas de derechos humanos, y luego el 2000 para adaptarla a la reforma procesal penal introducida en el país, ella siguió siendo bastante más rigurosa que la ley común. Ello no solo en razón de las altas penas que considera para los distintos delitos que contempla, sino también porque considera una serie de medidas que agravan las situaciones del imputado y aumentan las facultades del fiscal, entre ellas, la ampliación del plazo de detención a diez días –siendo la regla general veinticuatro horas–, sin necesidad de formalización del

delito investigado; la reclusión en lugares especiales; la intercepción o registro de comunicaciones del imputado; la restricción al régimen de visitas carcelarias, y la prohibición de revelación de identidad de testigos y de que los testimonios se presten por cualquier medio idóneo que impida la identificación física formal del testigo (Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas 2004).

Esta ley fue nuevamente modificada en 2010 en el contexto de una prolongada huelga de hambre de personas *mapuche* privadas de libertad en razón de procesos sustanciados por esta ley. Las modificaciones introducidas, sin embargo, si bien tuvieron aspectos positivos, mantuvieron la amplitud en la definición de conductas terroristas, penalizando conductas abiertas e indeterminadas de carácter subjetivo. Ello claramente atenta en contra el principio de tipicidad, dando cabida a eventuales abusos del órgano que las invoca en la persecución de hechos que no necesariamente encuadran con actos de terrorismo (Instituto Nacional de Derechos Humanos 2010). La reforma tampoco puso término a la protección de la identidad de los testigos en causas que se sustancian por la imputación de delitos terroristas, lo que vulnera el derecho al debido proceso al debilitar el derecho a su contrainterrogación.

El trato discriminatorio a los indígenas, en este caso a los *mapuche*, se evidencia en el hecho de que a lo largo de casi una década (2001 a 2009) esta ley ha sido aplicada en forma exclusiva para perseguir los delitos cometidos por integrantes del pueblo *mapuche* –o simpatizantes– en el contexto de hechos de protesta social relacionados con la defensa de sus derechos. En efecto, hechos de protesta social similares, como la quema de buses imputada a trabajadores de la minería en huelga en el norte del país el 2007, fueron perseguidos desde el Estado como delitos ordinarios y no como delitos terroristas. Ello llevó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a acoger, en 2011, las denuncias que diversos *mapuche* condenados por esta ley sometieron a su conocimiento y a elevar dichos casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su conocimiento y resolución. Al hacerlo, la Comisión tuvo como uno de sus fundamentos principales la violación del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana[377].

377 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2011, caso 12.576 *Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Los peticionarios incluyen a Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe (*lonkos*, dirigentes y activistas del pueblo *mapuche* condenado a prisión por ley antiterrorista)

En contraste con esta situación, los delitos cometidos por agentes policiales del Estado en contra de personas *mapuche* en el marco de los conflictos por tierras verificados en la última década han permanecido en la impunidad. Es así como los abusos cometidos por policías en contra de *mapuche* involucrados en reivindicaciones por tierras –los que han resultado en tres homicidios (Alex Lemún, joven de 17 años en 2002; Matías Catrileo, en 2008, y Jaime Mendoza Collío en 2009)–, así como en innumerables casos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes sancionados por la Convención Contra la Tortura ratificada por Chile, no han sido sancionados a la fecha[378].

Ello se debe, en gran medida, al hecho de que hasta la fecha la justicia militar mantiene su competencia para juzgar los delitos que cometen los agentes policiales del Estado en contra de civiles, situación que fuera condenada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 2005 en el caso *Palamara vs. Estado de Chile*, pero que no ha sido reformada a la fecha[379].

7.4. LA PREOCUPACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Como consecuencia de esta realidad de desigualdad y exclusión, los pueblos indígenas siguen siendo objeto de graves violaciones a sus derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Se trata de derechos que el Estado chileno se ha obligado

378 Los autores de estos delitos se encuentran en libertad y en servicio activo en las filas de la institución. Un ejemplo de esta impunidad es la que afecta al homicidio del joven *mapuche* Matías Catrileo, cometido por un cabo de carabineros el 2008. La justicia militar lo sancionó el 2011 con una pena de tres años y un día de presidio remitido, no obstante identificarlo como autor del delito de violencia innecesaria con resultado de muerte contemplado en el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar

379 Cabe señalar que en el contexto de la huelga de hambre que el 2010 desarrollaron los *mapuche* procesados por ley antiterrorista, el Congreso aprobó una ley que determinó que los juicios seguidos ante tribunales militares en que se perseguía la responsabilidad penal de civiles serían tramitados por los tribunales ordinarios, pasando a ser juzgados por la legislación criminal. Se mantuvo pendiente para el futuro la discusión sobre el término de la competencia de esta justicia especial para juzgar a militares acusados de cometer delitos en contra de civiles.

a respetar en virtud de numerosos tratados internacionales que ha suscrito y ratificado. La desprotección, cuando no abierta violación de estos derechos por parte del Estado, constituye uno de principales déficits que el país tiene en materia de derechos humanos. Así lo han señalado, entre otras instancias de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (2007), el Consejo de Derechos Humanos (2009), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009) y el relator especial de la ONU sobre Derechos Indígenas, James Anaya (2009).

De especial interés es el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) (2009) en el que se constató, para el caso de los pueblos indígenas, la inobservancia por parte del Estado chileno de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial. A juicio de este Comité, ello se manifiesta en la ausencia de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y en la falta de incorporación en la ley penal del delito de discriminación racial, recomendando la adopción de las reformas jurídicas y medidas administrativas necesarias para proteger sus derechos humanos. El mismo Comité manifestó su preocupación frente a la aplicación a miembros del pueblo *mapuche* de la ley antiterrorista por actos ocurridos en el marco de demandas relacionadas con derechos sobre sus tierras ancestrales y la ausencia de consulta en la toma de decisiones con respecto a cuestiones que afectan sus derechos. También observó la baja participación indígena en la vida política del país y su escasa representación en el Parlamento, así como el abuso y la violencia ejercidos por parte de la policía en contra del pueblo *mapuche*. Por último, el CEDR puso especial atención en la situación de sus tierras, territorios y recursos naturales, manifestando su preocupación por los efectos de los proyectos de explotación de recursos del subsuelo, y sobre el hecho de que los pueblos indígenas no fuesen consultados antes de su puesta en marcha, exhortando al Estado a obtener el consentimiento informado antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 2009)[380].

---

380 Así el CEDR sostuvo en esta materia: "El Comité nota con preocupación que los pueblos indígenas son afectados por la explotación de los recursos del subsuelo de sus territorios tradicionales y que en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que se proceda a la puesta en marcha de proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios no se respeta plenamente.
El Comité exhorta al Estado parte a consultar de manera efectiva a los pueblos indígenas en todos los proyectos relacionados con sus tierras ancestrales y, a que obtenga su consentimiento informado antes de la ejecución de los

También relevantes fueron las observaciones realizadas sobre la realidad de los pueblos indígenas por el relator especial (RE) sobre derechos indígenas, James Anaya, en su informe de su visita de trabajo a Chile verificada entre el 5 y el 9 de abril de 2009.[381] En su informe el RE Anaya, si bien valora algunos avances existentes en el país en la materia, en particular la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, observa que persisten grandes desafíos para el Estado chileno para cumplir con sus deberes de protección y promoción efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello en especial en materia de consulta, derechos a tierras y territorios, explotación de recursos naturales, y políticas acerca de conflictos vinculadas a reivindicaciones de tierras *mapuche* (relator especial Anaya 2009).

En particular manifiesta su preocupación por la inexistencia de un mecanismo en la ley para el reconocimiento de los derechos a la tierra o a los recursos naturales en base a la ocupación ancestral indígena conforme a previas recomendaciones y al derecho internacional sobre la materia[382]; el que las compras de tierras resultan en la fragmentación de los territorios *mapuche*; y el que no se hayan cumplido las recomendaciones del relator especial anterior y las normas del Convenio Nº 169 en relación con los proyectos de explotación de los recursos naturales en tierras y territorios indígenas[383].

---

proyectos de extracción de recursos naturales de conformidad con los estándares internacionales. El Comité señala a la atención del Estado parte su Observación General Nº 23 (1997) sobre los derechos de los pueblos indígenas" (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 2009, párr. 22).

381 En su visita el relator especial hizo un seguimiento de las recomendaciones hechas el 2004 por el relator especial anterior, Rodolfo Stavenhagen, quien realizara una misión a Chile el 2003 para observar la situación de los derechos indígenas.

382 Así el relator especial Anaya enfatizó: "La necesidad de que el Estado desarrolle un máximo de esfuerzos en la adecuación de sus políticas públicas y de la legislación sectorial, de tierras, aguas, geotermia, y medio ambiente, entre otras, para su compatibilidad con el Convenio Nº 169 de la OIT, y las obligaciones internacionales del Estado respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial recomienda reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio Nº 169" (Anaya 2009, párr. 54).

383 Igualmente sostuvo: "En el caso de proyectos ya operativos de inversión industrial y de extracción de recursos naturales, se deben aplicar procesos

Una materia de especial preocupación del RE Anaya es la relacionada con las irregularidades procesales y la discriminación a individuos *mapuche* en el contexto de controversias sobre reivindicaciones de tierras y recursos naturales. En particular llama la atención sobre el incumplimiento de las garantías procesales en allanamientos de comunidades, en el hecho de que la acción de la policía ha resultado en numerosos heridos y en casos de muerte de integrantes del pueblo *mapuche*, así como en la política penal aplicada para procesar y condenar a individuos *mapuche* por hechos de protesta social[384].

Lamentablemente, trascurridos varios años desde la formulación de estas recomendaciones en relación con los pueblos indígenas y sus derechos, por parte de estas entidades del Sistema de la ONU, el Estado chileno sigue sin adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para darles cumplimiento efectivo.

7.5. LAS IMPLICANCIAS DE LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 169

La integración del Convenio Nº 169 de la OIT ratificado por Chile el 2008 al ordenamiento jurídico interno al más alto nivel jerárquico, de conformidad con el artículo 5º inciso 2º de la CPR de 1980, viene a establecer un nuevo escenario jurídico fundamental para revertir las diversas formas de inequidad, discriminación y exclusión que persisten hasta nuestros días afectando a los pueblos indígenas. Dicho Convenio, como veremos en extenso en el próximo capítulo, mandata explícitamente al Estado a desarrollar una acción coordinada y sistemática para asegurar a los integrantes de estos pueblos el goce de derechos "en pie

de consulta con respecto a sus impactos en los derechos, tierras y territorios de comunidades indígenas y tomar todas las medidas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades indígenas afectadas" (Anaya 2009, párr. 55).

384 Así, el relator especial manifestó su preocupación frente a: "Las alegaciones sobre abusos y violencia ejercida por parte de la policía contra miembros del pueblo mapuche, en el contexto de allanamiento y otras operaciones policiales. El Relator Especial expresa su pesar por la muerte del joven mapuche José Facundo Mendoza Collio ocurrida el 12 de agosto de 2009, como consecuencia de disparos de policías. El Relator Especial hace un llamado a que las autoridades competentes investiguen las quejas de abusos y violencia contra las personas indígenas cometidas por miembros de la policía, a que sean enjuiciadas y sancionadas las personas responsables de dichos actos, y que se repare a las víctimas o a los familiares de las víctimas. El mismo Relator Especial [...] exhortó a las autoridades competentes a que tomen las medidas necesarias para prevenir dichos actos" (Anaya 2009, párr. 62).

de igualdad" con el resto de la población, así como para "eliminar las diferencias socioeconómicas" que puedan existir (artículo 2º).

La implementación de este Convenio por el Estado chileno desde su entrada en vigencia plena el 2009, sin embargo, ha sido muy insuficiente. Ello no es casual, en la medida en que la política pública que se sigue aplicando a estos pueblos bajo la administración del presidente Piñera, más allá de la retórica del reconocimiento a la riqueza de la diversidad cultural que representan, así como de la deuda que el país tiene con ellos[385], ha mantenido la dualidad que fuera característica de los gobiernos de la Concertación, poniendo el énfasis en la incorporación de los pueblos indígenas a un desarrollo definido desde fuera, sin un respeto por su derecho a definir sus propias prioridades del desarrollo, como lo establece el Convenio Nº 169 en su artículo 7.1.

Es así como la política de tierras indígenas impulsada desde la ratificación del Convenio a la fecha ha seguido centrada en la compra vía mercado de las tierras de propiedad legal indígena de las que han sido privadas, y no ha considerado la restitución de las tierras de propiedad ancestral conforme a las orientaciones de la propia OIT en la materia.

Ello ha llevado al Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en sus observaciones al Estado de Chile en 2013 a señalar: "Teniendo en cuenta la persistencia de una situación que no cumple con el Convenio, la Comisión reitera su pedido al Gobierno para que informe en su próxima memoria de manera detallada sobre la adecuación con el Convenio del mecanismo de regularización de tierras y su procedimiento de solución de conflictos. La Comisión espera poder examinar informaciones que permitan comprobar que se tuvieron en cuenta las preocupaciones expresadas por las organizaciones sindicales y los pueblos indígenas en las observaciones comunicadas en 2010 y se reconoció a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que consagran los artículos 13 y 14 del Convenio" (Conferencia Internacional del Trabajo 2013, 908)

En materia del derecho de los pueblos indígenas a la consulta del Estado frente a medidas administrativas –muchas de ellas proyectos de inversión en tierras indígenas– y medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, esta sigue a la fecha sin contar con una regulación acorde con los estándares establecidos en el Convenio

385 Reconocimiento del presidente Piñera en el contexto del Bicentenario de Chile, septiembre de 2010.

Nº 169[386]. Ello no obstante la jurisprudencia emergente de la Corte Suprema a través de la cual se ha mandatado en el último tiempo a los órganos del Estado a impulsar procesos de consulta a los pueblos indígenas compatibles con los estándares del Convenio Nº 169, frente a la adopción de dichas medidas administrativas, como se verá en el capítulo II de esta publicación.

En efecto, el Gobierno de Sebastián Piñera dio inicio el 2011 a un polémico proceso de consulta que incorporaba diversas temáticas relativas a pueblos indígenas aplicadas en un mismo momento, lo que motivó el rechazo de numerosas organizaciones indígenas, quienes exigieron la paralización de dicho proceso de consulta sobre institucionalidad indígena. Frente a esta férrea oposición, en septiembre de 2011 el Gobierno decidió suspender el referido proceso y concentrarse en la definición del mecanismo de consulta, tarea que fue encomendada a una comisión conformada al interior del Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), comprometiéndose a no realizar ninguna consulta mientras no se resolvieran dichos procedimientos.

Incumpliendo dicho compromiso, el 28 de mayo de 2012 el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad aprobó una versión del proyecto del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que formaba parte de la consulta de institucionalidad suspendida en 2011, el que se encuentra –desde enero de 2013– ingresado en la Contraloría General de la República a la espera de su "toma de razón" y posterior entrada en vigencia. Dicho reglamento contiene normas sobre consulta a los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las que a lo sumo podrían ser consideradas modalidades de socialización de los proyectos, a través de las cuales se difunde información relativa a ellos. Frente a esta situación fáctica, diversas organizaciones de pueblos indígenas han presentado alegaciones cuestionando esta versión de reglamento, afirmando que no han sido consultados debidamente y que el mismo contiene normas que no se ajustan a los estándares internacionales en la materia.

386 Se aplica a la fecha el Decreto Supremo N° 124 de 2009, aprobado durante la administración de Bachelet, cuya consistencia con el Convenio Nº 169 ha sido cuestionada por la propia OIT.

En forma paralela a este proceso de reglamento del SEIA, el 8 de agosto de 2012 el Gobierno presentó al Consejo de CONADI una Propuesta de Nueva Normativa de Consulta para que fuese distribuida a los pueblos indígenas, a fin de iniciar un proceso de consulta en torno a ella. Dicha propuesta dista mucho del estándar internacional del derecho a la consulta y propone mecanismos que vulneran gravemente los derechos de los pueblos indígenas, como someter a consulta proyectos de inversión y procedimientos de socialización regulados en el nuevo e inconsulto Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 5). Además, posee una visión reduccionista de las medidas administrativas sometidas a consulta, pues se aplica únicamente a ciertos organismos del Estado, dentro de los cuales se excluye a las municipalidades, y manifiesta que la consulta es facultativa para los organismos descentralizados del Estado (artículo 4).

Otra situación preocupante es la demora del Poder Legislativo en la modificación de la legislación sectorial para adaptarla a las disposiciones del Convenio. En efecto, el Congreso Nacional sigue sin avances significativos en la tramitación de los proyectos de ley para el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Solo en enero de 2013, el Congreso Nacional conformó una comisión bicameral encargada de identificar un procedimiento de consulta legislativo de los pueblos indígenas para dar cumplimiento al artículo 6° del Convenio Nº 169 de la OIT. Dicha comisión se encuentra en funcionamiento a la fecha. Sin embargo, aún con se cuenta con una propuesta. Tampoco se ha establecido una moratoria respecto de los proyectos actualmente en tramitación que afectan directamente a pueblos indígenas. Ello resulta preocupante, toda vez que el Poder Legislativo sigue aprobando de manera inconsulta proyectos de ley que tienen directas implicancias sobre los pueblos indígenas y sus territorios.

Ejemplo de ello han sido la ratificación del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91) y la aprobación de la Ley de Pesca y Acuicultura, la que determina cuotas de pesca sobre los recursos hidrobiológicos, desconociendo los derechos territoriales de los pueblos indígenas que habitan en la costa del país y que han venido utilizado dichos recursos desde tiempos inmemoriales, como lo reconoce la Ley 20.249 que crea los Espacios Costeros Marítimos de los Pueblos Originarios, cuya aplicación el Ejecutivo ha descuidado. En la misma línea, preocupa

la sentencia del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la falta de consulta de dicho cuerpo legal, pronunciada el 23 de enero de 2013, donde dicha corte determinó que los tratados internacionales de derechos humanos tendrían rango simplemente legal y, por tanto, su vulneración por el Congreso en el caso de la Ley de Pesca no implicaría un vicio de inconstitucionalidad.

Esta realidad también ha generado la preocupación de la OIT, cuyo Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones observó al Estado de Chile en 2013:

> La Comisión invita al Gobierno a incluir en su próxima memoria indicaciones sobre los resultados de los esfuerzos realizados para adoptar una normativa consensuada que reemplace el decreto supremo núm. 124. La Comisión espera que la nueva normativa asegure la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y el pleno efecto de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio (Conferencia Internacional del Trabajo 2013, 907).

Más aún, en el caso de la consulta a los pueblos indígenas en el contexto de los estudios de impacto ambiental, que tienen implicancia generalmente en proyectos de prospección o explotación de recursos naturales en tierras indígenas, el mismo Comité de Expertos de la OIT observó al Estado de Chile:

> La Comisión espera que en la próxima memoria se incluya un texto reglamentario que asegure la eficacia de los requerimientos de la consulta, la participación y la cooperación con los pueblos indígenas que se establecen en los artículos 6 y 7 del Convenio. En caso de que un estudio de impacto ambiental conlleve la prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas y/o el reasentamiento de comunidades indígenas, la Comisión invita al Gobierno a indicar cómo se asegura el cumplimiento de todos los requerimientos de los artículos 15 y 16 del Convenio (Conferencia Internacional del Trabajo 2013, 908).

Finalmente, cabe hacer una referencia especial a los proyectos para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, en debate en el Congreso desde 1991, los que a la fecha no han encontrado acogida. El texto refundido a 2009 proponía una

reforma al artículo 4º de la CPR que, entre otras cosas declaraba: "La Nación chilena es una, indivisible y multicultural". La propuesta de indivisibilidad de la "Nación chilena", fue interpretada por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, más que como un reconocimiento, como una negación de la diversidad. Dicha reforma, además, contrasta marcadamente con los reconocimientos que en años recientes se han hecho no solo de los pueblos indígenas y de sus derechos en las cartas fundamentales de la región, sino que también en la concepción misma de los Estados en ellas contenida, los que han pasado a reconocerse, en el caso de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), como Estados plurinacionales e interculturales.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que representan los pueblos indígenas en Chile, así como el término de las diferentes formas de discriminación, inequidad y exclusión que les afectan, no ha sido posible bajo la institucionalidad actual impuesta por la dictadura. Ello a nuestro juicio no es una casualidad, sino una consecuencia de las restricciones que a través de distintos mecanismos –binominalismo, quórums supramayoritarios, entre otros– dicha institucionalidad estableció para su reforma y, en definitiva, para la profundización de la democracia. Todo parece indicar que tales reconocimientos serán materia del debate que hoy emerge en el país referido al agotamiento de la institucionalidad constitucional actual, y a la necesidad de construir un nuevo pacto social que se refleje en una nueva carta fundamental elaborada a través de un proceso constituyente amplio y democrático.

Esperamos que en este nuevo pacto social, que muchos hoy anhelamos, se pueda reconocer, como lo han hecho otros Estados latinoamericanos, el carácter plurinacional e intercultural del Estado de Chile, así como los derechos de los pueblos indígenas que lo integran, única forma de superar las inequidades y discriminaciones históricas de las que han sido objeto y las que actualmente les siguen afectando.

Cuadros

CUADRO 1

Proceso de radicación *mapuche* (1884-1929)

	Número Reservas	%	Superficie	%	Personas	%	Ha/pers.	% del territorio total
ARAUCO	77	2,6	9.700,59	1,9	2.477	3,0	3,92	1,79
BIOBÍO	6	0,2	16.667,00	3,3	804	1,0	20,73	1,11
MALLECO	280	9,6	80.900,75	15,8	9.455	11,4	8,56	6,03
CAUTÍN	2.038	69,8	326.795,31	64,0	61.798	74,8	5,29	17,72
VALDIVIA	477	16,4	70.852,32	13,9	7.091	8,6	9,99	3,85
OSORNO	40	1,4	5.470,70	1,1	1.004	1,2	5,45	0,59
TOTAL	2.918	100,0	510.386,67	100,0	82.629	100,0	6,18	6,39

FUENTE: GONZÁLEZ, HÉCTOR, "PROPIEDAD COMUNITARIA O INDIVIDUAL. LAS LEYES INDÍGENAS Y EL PUEBLO *MAPUCHE*", EN *NUTRAM*, AÑO II, N.° 3 (1986): 7.

CUADRO 2

Resumen de títulos individuales entregados por el Estado entre 1979 y 1988 en el proceso divisorio de comunidades *mapuche* de los DL N°s 2568 y 2750 de 1979

Año	VIII Región	IX Región	X Región	Total
1979	3	713	448	1.214
1980	1.165	7.310	1.575	10.050
1981	-	8.808	1.215	10.023
1982	28	8.810	1.200	10.038
1983	108	8.902	1.006	10.016
1984	122	8.993	889	10.004
1985	25	9.470	508	10.003
1986	83	5.616	561	6.255
1987	192	2.821	97	3.110
1988	332	1.941	458	2.731
Total	**2.058**	**63.426**	**7.957**	**73.446**

FUENTE: DASIN, EN COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO (2003), P. 418.

CUADRO 3

Resumen de superficie asignada en títulos individuales en el proceso de división y liquidación de comunidades por región (1979-1988)

VIII	IX	X	Total
43.156	374.196,33	101.904,94	519.257,46

FUENTE: DASIN, EN COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO (2003), 418.

CUADRO 4

Demandas territoriales de las comunidades atacameñas (Hectáreas)

COMUNIDAD	SUPERFICIE TERRITORIAL (hectáreas)
Conchi Viejo	25.364,80
Toconce	70.780,75
Caspana	40.537,10
Cupo	59.503,24
Ayquina	38.567,25
Lasana	410,10
Chiu Chiu	6.154,00
Río Grande	36.432,85
Machuca	70.854,95
Quitor	27.644,15
San Pedro de Atacama	3.072,00
Coyo	654,00
Solor	7.139,002
Toconao	112.686,10
Talabre	37.626,00
Camar	69.942,35
Socaire	163.200,50
Peine	81.279,75
TOTAL	851.849,390[a]

FUENTE: ELABORADO SOBRE LA BASE DE ANTECEDENTES DE PROYECTOS CONADI-CONSULTORA DATURA 1998. NO SE INCLUYE OLLAGÜE, COMUNIDAD *QUECHUA* QUE OCUPA 53 434 HECTÁREAS.

[a] ESTA CIFRA, LA SUMA DE LOS TERRENOS DEMANDADOS POR CADA COMUNIDAD, INCLUYE 108 632 HECTÁREAS DE OCUPACIÓN COMPARTIDA ENTRE UNA O MÁS COMUNIDADES (CONSULTORA DATURA, CONADI, 1988).

CUADRO 5

CHILE

Tierras adquiridas, traspasadas y/o saneadas, años 1994 - 2010						
	Art. 20 b)	Art. 20 a)	Concesión de uso gratuito	Traspaso Predios Fiscales	Saneamiento Propiedad indígena	Total
Total período 1994 - 2010 (hectáreas)	95.814	27.240	2.286	306.735	235.382	667.475
Familias (Nº)	8.413	3.285	-	-		11.698
Comunidades (Nº)	271	171	-	-		442
Subsidios individuales	-	1.466	1.012	4.013	1.108	7.599

FUENTE, CONADI, EN GOBIERNO DE CHILE, 2012.

Bibliografía

ALDUNATE, CARLOS. 1997. "En el país de los Lagos, Bosques y Volcanes. Los Antepasados/Antiku pu Che". En Berenguer, José ed. *Chile Antes de Chile. Prehistoria*. Santiago: Museo Chileno de Arte Precolombino, 59-67.

ALLENDE, SALVADOR. 1971 "Mensaje de Ley Indígena". En CÁMARA DE DIPUTADOS, Sesión Nº 39, 1971, Santiago.

ANAYA, JAMES. 2009. *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de abril de 2009*. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre, disponible en <http://www.un.org/es/> [Consultada el 1 de febrero de 2012].

AUKIÑ WALLMAPU NGULAM. 1998. "Conferencia sobre Parlamentos y Tratados *mapuche*". En *Aukin*. Temuco, febrero.

AUKIÑ WALLMAPU NGULAM CONSEJO DE TODAS LAS TIERRAS. 1997. *El pueblo mapuche, su territorio y sus derechos*. Temuco: Taller Impresos Kolping.

AVILA M., ALAMIRO DE. 1973. "Régimen Jurídico de la Guerra de Arauco". En: *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Instituto Internacional de Estudios Jurídicos.

AYLWIN, JOSÉ. 1995a. *Comunidades Indígenas de los Canales Australes*. Santiago: CONADI.

_____. 1995b. *Estudio sobre Tierras Indígenas de la Araucanía: Antecedentes Histórico Legislativos (1850- 1920)*. Temuco: Universidad de la Frontera.

_____. 1999. *Indigenous People´s Rights in Chile and Canada: A Comparative Study*. Faculty of Law, University of British Columbia. Tesis para optar al grado de Master of Laws, disponible en <https://circle.ubc.ca/handle/2429/9390> [Consultada el 20 de enero de 2011].

_____.*Materializaciones y conflictos: Aplicación de la Ley Indígena en el Territorio mapuche (1994-1997)*. 2000. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera.

Aylwin, José y Eduardo Castillo. 1990. Legislación *sobre Indígenas en Chile a Través de la Historia*. Santiago: Comisión Chilena Derechos Humanos.

Aylwin, José y Enrique Besnier (comps). 1990. *Demandas de Los Pueblos Indígenas de Chile en la Transición Democrática*. Santiago: Comisión Chilena de Derechos Humanos.

Aylwin, Patricio. 1991. *Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que se inicia el Proyecto de Ley Relativo a la Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas enviado al Congreso Nacional el 8 de octubre de 1991. La Nación.*

Baltra, María Luisa. 2009. *Situación Jurídica del Agua en Chile, escenario actual*. Disponible en: <http://documentos.ineh.cl/Seminarios/Aguacom/Maria%20Luisa%20Baltra.pdf>, [Consultada el 30 de enero 2012].

Banco Mundial. 2011. *Chile: diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos.* Documento Nº 63392. Disponible en: http://www-wds.worldbank.org/external/default/main?pagePK=64193027&piPK=64187937&theSitePK=2721342&menuPK=64187510&searchMenuPK=2823925&theSitePK=2721342&entityID=000020953_20110721091658&searchMenuPK=2823925&theSitePK=2721342 [Consultada el 30 de enero del 2012].

Barlow, Maude. 2008. *El Convenio Azul. La Crisis global del agua y la batalla futura por el derecho al agua*. Nueva York: The New Press.

Barros Arana, Diego. 1996. *Historia Jeneral de Chile*, vol v. Santiago: Rafael Jover, 1884. En Foerster, Rolf, *Jesuitas y mapuche 1593-1767*. Santiago: Universitaria.

Bauer, Carl. 1997. "Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile", *en: World Development*, vol. 25, Nº 5: 639-56.

_____. 2004. *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform. Resources for the Future*. Washington DC.

Bravo, Patricia; María Paz Aedo y Sara Larraín. 2003. *Agua: ¿Dónde está y de quién es?- Para entender lo que ocurre con las aguas en Chile*. Programa Chile Sustentable, Santiago: LOM Ediciones.

Bengoa, José. 1990. *Breve Historia de la Legislación Indígena en Chile*. Santiago: CEPI.

_____. 1992. *Conquista y Barbarie*. Santiago: Sur.

_____. 1985. *Historia del Pueblo mapuche (siglo xix y xx)*. Santiago: Sur.

_____. 1997. *Los mapuche. Comunidades y Localidades en Chile* Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas/Sur.

Berdichewsky, Bernardo. 1975. *The Araucanian Indian in Chile*. Copenhagen: IWGIA.

Berenguer, José (ed.). 1997. *Chile Antes de Chile. Prehistoria*. Santiago: Museo Chileno de Arte Precolombino.

Berger, Thomas. 1999. *Una terrible y perdurable sombra. Valores europeos y derechos de los indígenas en América (1492-1992)*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

Berglund, Staffan. 1977. *The National Integration of mapuche Ethnical Minority in Chile*. Stockholm: Almqvist and Wiksell International.

Berkhofer, Jr., Robert. 1978. *The White Man's Indian: Images of the American Indian from Columbus to the Present*. Nueva York: Knopf.

Cantoni, Wilson. 1969. *Legislación Indígena e Integración del mapuche*. Santiago: Programa de la Sociología del Cambio Económico, Universidad de Wisconsin.

Casa de la Mujer *mapuche* et al. (eds.). 2000. *Pueblo mapuche: Desarrollo y autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*. Concepción: Ediciones Escaparate.

Casassas, José María. 1974. *La región atacameña en el siglo xvii*. Universidad del Norte. Antofagasta: Editorial Universitaria.

Castro, Milka y Miguel Bahamonde. 1998. "IA CKARI LATCKITUR NISAYA SEMA LICKANA: El Nuevo Amanecer de Un Pueblo". Primer Congreso Nacional atacameño. Chiu Chiu: 18–20 julio.

Chartier, Clem et al. (observadores). 2012. *Los derechos del pueblo rapa nui en Isla de Pascua. Informe de Misión Internacional de Observadores a rapa nui 2011*. Santiago: IWGIA.

CODEFF. 1999. *Las áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile, una herramienta para la conservación*. Iniciativa para la Conservación de tierras privadas en América Latina y el Caribe (ICTP). Disponible en: <http://www.asiconservachile.org/fileadmin/templates/data_users/Publicaciones/APs_Voluntarias/Guia_de_Instrumentos_Jur%C3%ADdicos.pdf>. [Consultada el 23 de abril de 2012].

Codepu–Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo. s/f. *Recuerdos de la Guerra. Valdivia-Neltume-Chihuio-Liquiñe*. Serie Verdad y Justicia vol.2. Santiago: Codepu-Emisión.

Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche. 2003. *Informe de la* Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche. En: COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003*, disponible en <http://www.gobierno.cl/verdadhistorica/indice.html> [Consultada el 10 de julio de 2011].

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. 2003. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003*. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1> [Consultada 10 de julio de 2013].

Comisión Especial de Pueblos Indígenas. 1991. *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de Chile*, Santiago: Editorial Interamericana.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. 1991. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, vol. 1. Santiago: Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). 2006. *Guía de criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos de proyectos o actividades que ingresaron al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Disponible en: <http://seia.sea.gob.cl/guias/pdf/guia_08.pdf> [Consultada el 23 de abril de 2012].

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. 2002. *Historia de los Pueblos Indígenas de Chile y su relación con el Estado. Segundo Borrador Preliminar* (sujeto a corrección). Santiago: Grupo de Trabajo de Revisión Histórica. Versión 31 de octubre del 2002. CVHNT/GTRH-2002-047, 2002.

_____. 2002. *Informe Final del Subgrupo de trabajo Pueblo atacameño*. Documento preparado por el Subgrupo de trabajo Pueblo atacameño. Santiago: Grupo de Trabajo Pueblos Indígenas del Norte. CVHNT-GTPIN-2002-061.

_____. 2003. *Informe Final del Subgrupo de Trabajo Pueblo aymara*. Documento preparado por el Subgrupo de Trabajo Pueblo aymara. Santiago: Grupo de Trabajo Pueblos Indígenas del Norte.

_____. 2003. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003*. Disponible en <http://www.gobierno.cl/verdadhistorica/indice.html> [Consultada el 10 de julio de 2011].

Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile. "Propuesta y demanda de los pueblos indígenas de Chile para el período democrático 1990-1994". Documento inédito, 1989.

Comité Contra la Tortura. 2009. CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo. *Examen del Informe presentado por el Estado de Chile al Comité Contra la Tortura en virtud del artículo 19 de la Convención*. Disponible en <http://www.un.org/es/> [Consultada el 15 de enero de 2012].

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 2009. *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU al Estado de Chile*, CEDR/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto. Disponible en <http://www.un.org/es/> [Consultada el 10 de enero de 2012].

Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

_____. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2013 (1). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A), Informe General y observaciones referidas a ciertos países*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013. Disponible en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2013-102-1A).pdf> [Consultada el 30 de mayo de 2013].

Congreso Nacional. 1993. *Ley 19.253 de 1993, Establece Normas sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas*.

Consejo de Derechos Humanos. 2009. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, CHILE, A/HRC/12/10, 4 de junio. Disponible en <http://www.un.org/es/> [Consultada el 20 de enero de 2012].

Cornejo, Luis E. 1997. "El País de los Grandes Valles. Prehistoria del Chile Central". En BERENGUER, José ed. *Chile Antes de Chile. Prehistoria*. Santiago: Museo Chileno de Arte Precolombino, 46.

Corporacion Nacional de Desarrollo Indígena. 2002. Informe preparado por la Unidad de Tierras y Aguas, de la Oficina de Asuntos Indígenas San Pedro de Atacama. Trabajos de Tierras, Sitios Arqueológicos y Aguas en la Segunda Región.

Correa, Martín; Raúl Molina y Nancy Yáñez. 2002. "La reforma agraria y las tierras *mapuche*" en *Cultura, sociedad e historia contemporánea* (Revista del Doctorado en el Estudio de las Sociedades Latinoamericanas). Santiago: Lom Ediciones.

Correa, Martín y Eduardo Mella. 2010. *Las Tierras mapuche de Malleco: Las razones del Illkun (enojo)*. Santiago: Lom Ediciones.

Cristi, Oscar y Carlos Poblete. 2010a. *No uso de derechos de agua: ¿una decisión ineficiente o eficiente? y patentes por no uso en Chile*. Serie Working Paper, Santiago: Escuela de Gobierno, Universidad del Desarrollo.

_____. *Qué nos dicen los conservadores de bienes raíces del mercado de aguas en Chile*. Por publicarse en Serie Working Paper, Santiago: Escuela de Gobierno, Universidad del Desarrollo, 2010b.

Curruhuinca, Curapil y Luis Roux. 1984. *Las Matanzas del Neuquén. Crónicas mapuche*. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.

Dickason, Olive P. 1989. "Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts". En Green, L. C. y Olive P. Dickason, *The Law of Nations and the New World*. Edmonton: University of Alberta Press, 141-295.

Dillehay, Tom D. 1989. *A Late Pleistocene Settlement in Chile, vol. 1 Paleoenvironment and Site Context*. Washington D. C.: Smithsonian Institution Press.

Dirección de Asuntos Indígenas (DASIN). 1989. *El pueblo mapuche, presente y futuro de una raza*. Santiago. Instituto Geográfico Militar. En COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003*. Disponible en <http://www.gobierno.cl/verdadhistorica/indice.html> [Consultada el 10 de julio de 2011].

Dourojeanni, Axel y Andrei Jouravlev. 1999. *El Código de Aguas en Chile: entre la ideología y la realidad*. Santiago: Serie Recursos Naturales e Infraestructura, Nº 3, CEPAL.

EDITEC. 2004a. "*Yodo y nitratos: SQM inicia proyectos para aumentar producción*". Disponible en: <http://www.editec.cl/mchilena/nov2004/ Articulo/ sqm.htm> [consulta: 30 noviembre 2011].

_____. 2004b. "*Periodo 2004-2008: US$ 2.022 millones suman proyectos de Codelco Norte*". Disponible en <http://www.editec.cl/ mchilena/oct2004/ Articulo/periodo.htm> [Consultada 30 de noviembre 2011].

El Ciudadano. 2011. *Alerta: Superficie y calidad del bosque nativo disminuye en Chile*. Disponible en: <http://www.elciudadano.cl/2011/09/08/40569/ alerta-superficie-y-calidad-del-bosque-nativo-disminuye-en-chile/> [Consultada el 23 abril de 2012].

Encina, Francisco. 1983. *Historia de Chile*, vol. iv. Santiago: Ercilla.

Escudero, Bernardino. 2000. "*Algunas consideraciones sobre tributación minera. Chile*". Disponible en <http://www.gestiopolis.com/recursos/ documentos/ fulldocs/eco/tribminch.htm> [Consultada el 30 noviembre 2011).

Eyzaguirre, Jaime. 1992. *Historia del Derecho*. 12va ed. Santiago: Universitaria.

Foerster, Rolf, 1996. *Jesuitas y mapuche 1593-1767*. Santiago: Universitaria.

Foerster, Rolf y Sonia Montecinos. 1988. *Organizaciones, Líderes y Contiendas mapuche (1900-1970)*. Santiago: CEM.

Fundacion Minera Escondida. 2000. *Historia del Pueblo atacameño*. Santiago: Prisma, Producción Gráfica.

Gallardo, Enrique. 2000. Legislación *Forestal y Áreas Silvestres Protegidas*. Santiago: Editorial ConoSur.

Gobierno de Chile. *Informes Periódicos 19°, 20° y 21° de Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Chile, septiembre de 2012.

Góngora, Mario. 1951. *El Estado en el Derecho indiano, Época de Fundación 1492-1570*. Santiago: Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales Universidad de Chile.

_____. 1986. *Ensayo Histórico sobre la Noción del Estado en Chile en los siglos xix y xx. 4ta ed*. Santiago: Universitaria.

González, Héctor. 1986. "Propiedad Comunitaria o Individual. Las Leyes Indígenas y el Pueblo *mapuche*". *Nütram*, año ii, N° 3. Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín.

_____. 2002. "*Los aymara de la Región de Tarapacá y el período republicano temprano (1821-1879)*". Documento preparado por encargo del subgrupo de Trabajo Pueblo aymara. Santiago: Grupo de Trabajo Pueblos Indígenas del Norte. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.

González, Karinna *et al*. 2007. *Política de Tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: El caso de las Comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín y Comunidad Manuel Contreras*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en <www. observatorio.cl> [Consultada el 30 de enero 2012].

González de Nájera, Alonso. 1994. *Desengaño y Reparo de la Guerra del Reino de Chile*. En Lewis, Stephen E; "Myth and the History of Chile's Araucanians" 58 *Radical History Review* 112.

Guevara, Sergio. 1948. "Historia de la Civilización Indígena y Sistemas Legales por los Cuales se Rigieron Hasta la Independencia". En Sergio Guevara y Rafael Eyzaguirre, *Historia de la Civilización y* Legislación *Indígena de Chile*. Santiago: Universidad de Chile.

Gundermann, Hans y Héctor González. 1989. *La Cultura aymara*. Santiago: Museo Chileno de Arte Precolombino.

Gundermann, Hans. 2002. "*Sociedad aymara y procesos de modernización durante la segunda mitad del siglo xix*". Documento preparado por encargo del subgrupo. Santiago: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.

_____. 2002. *Los Atacameños del siglo xix, una Antropología Histórica Regional*. Documento preparado por encargo del Subgrupo de trabajo Pueblo atacameño. Santiago: Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. CVHNT-GTPIN-2002-051.

Hanke, Lewis. 1949. *The Struggle for Justice in the Conquest of America*. Philadelphia: University of Pennsilvania Press.

Hernández, Isabel. 2003. *Autonomía o Ciudadanía Incompleta. El Pueblo mapuche en Chile y Argentina*. Santiago: CEPAL-Pehuén.

Hervé, Dominique y Sergio Pérez. 2012. *Mecanismos de Implementación del Convenio N° 169 de la OIT. Adecuación de la* legislación *interna del Estado de Chile a los estándares impuestos sobre la administración de los recursos naturales*. En: Contesse, Jorge (ed.). *El Convenio N° 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Disponible en: <http:// www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/06/udp_ convenio_digital.pdf> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Hidalgo, Jorge et al. (eds.). 1989. *Culturas de Chile. Prehistoria desde sus Orígenes hasta los Albores de la Conquista*. Santiago: Andrés Bello.

_____. 1978. "Incidencias de los patrones de poblamiento en el cálculo de la población del Partido de Atacama desde 1752 a 1804. Las revistas inéditas de 1787-1792 y 1804". *Estudios Atacameños* N° 6: 53-111. San Pedro de Atacama: Universidad del Norte.

Hotus, Alberto. 2002. *El Pueblo rapa nui*. Santiago: CVHNT – SE – 2002 – 071.

Huanacuni, Fernando. "Abya Yala, tierra noble que acoge a todos". *Cambio*, 31 de mayo de 2013.

Human Rights Watch-Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. 2004. *Indebido Proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile.* Disponible en <www.observatorio.cl> [Consultada el 3 de mayo de 2012].

Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2010. *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Disponible en <www.indh.cl> [Consultada el 21 de enero de 2012].

Instituto Nacional de Estadísticas. 1992. *Censo de Población y Vivienda.*

Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera. 2003. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas.* Santiago: Lom Ediciones.

IWGIA. 2012. *El mundo Indígena.* Copenhague: IWGIA,

Jara, Álvaro (comp.). 1956. Legislación *Indígena de Chile.* México DF: Instituto Indigenista Interamericano.

Kawka, Isabel; Jorge Rowlands, Consuelo Labra, Nancy Yáñez y José Araya. 2011. *Manual de autoaprendizaje en Derechos Indígenas y Ambientales en Chile.* Santiago: Observatorio Ciudadano.

Korth, Eugene H. 1968. *Spanish Policy in Colonial Chile. The Struggle for Social Justice, 1535-1700.* Stanford, California: Stanford University Press.

Llagestera, Agustín. 2004. *Los Antiguos Habitantes del Salar de Atacama, Prehistoria Atacameña.* Antofagasta: Universidad Católica del Norte, Editorial Pehuén.

Leiva, Arturo. 1984. *El Primer Avance a la Araucania, Angol 1862.* Temuco: Universidad de la Frontera.

León, Leonardo. 1992. "El pacto colonial hispano-araucano y el Parlamento de 1692". En *Nütram*, año viii, N° 30. Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín, 27-53.

_____. 1993. "El Parlamento de Tapihue, 1774". En *Nutram*, año xix, N° 32 (1992-93). Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín.

_____. 1991. *Maloqueros y Conchavadores en Araucanía y las Pampas 1700-1800.* Temuco: Universidad de La Frontera,

Lewis, Stephen E. 1994. "Myth and the History of Chile's Araucanians" 58. *Radical History Review* 112.

Liberona, Flavia, 2011. *Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.* Disponible en <http://www.terram.cl/images/storiesencuentro-guardaparques_punta-traica-5-8-dic-2011.pdf> [Consultada 30 enero de 2012].

Libertad y Desarrollo. 2010. *Temas Públicos* N° 977, 6 de agosto. Disponible en <www.lyd.org> [Consultada el 15 de diciembre de 2011].

Lira Ovalle, Samuel. 1998. *Curso de derecho de minería.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile (3ª edición).

Lobera, Mariño de. 1865. *Crónica del Reino de Chile*, tomo vi. Santiago: Imprenta del Ferrocarril. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/temas/documento_detalle.asp?id=MC0008848> [Consultada el 21 de marzo de 2011].

Loesch, Martin C. 1993. "The First Americans and the 'Free' Exercise of Religion", 2 vol. 18 *American Indian Law Review* 313.

Marileo, Armando. S/f. "Filosofía *mapuche*". Disponible en <http://es.scribd.com/doc/57404371/El-Mundo-*mapuche*-Marileo> [Consultada el 9 de julio de 2012].

Mariman, Pablo. 1997. "Tierra y Legislación Indígena: Una Mirada desde el Programa del Movimiento *mapuche* (1910-1970)". Anuario *Liwen* n°2. Temuco: Centro de Estudio y Documentación Mapuche Liwen, junio.

Martínez Cobo, José. 1986. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, vol. v, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones.* Nueva York, Naciones Unidas (ECN.4/Sub.2/1986/7/Add.4).

Martínez, Miguel A. 1999. *Estudio sobre los Tratados, Convenios y Otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas (Informe Final).* Nueva York: Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/Sub.2/1999/20-22 de junio.

Matus, Nancy et al. *Recursos hídricos en Chile: desafíos para la sustentabilidad.* Programa Chile Sustentable, Santiago: Lom Ediciones,

MIDEPLAN. Encuesta Nacional de Caracterización Social (CASEN) 1987. En COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003.* Disponible en <http://www.gobierno.cl/verdadhistorica/indice.html> [Consultada el 26 abril de 2012].

_____. Re-conocer: pacto social por la multiculturalidad, Santiago: Oficina Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, Abr 2008. Disponible en: <http://www.mideplan.cl/cgi-bin/btca/WXIS?IsisScript=./xis/plus.xis&mfn=008626&base=Biblo> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Ministerio de Desarrollo Social. 2009. *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional Casen.* Disponible en http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/ [Consultada el 11 de enero de 2012]

Ministerio de Planificación-Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. 2010. *Informe Final de Evaluación, Programa de Desarrollo Indígena MIDEPLAN-BID-Orígenes Segunda Fase.* Disponible en <http://www.dipres.gob.cl/574/articles-64148_doc_pdf.pdf> [Consultada el 5 agosto de 2012].

Molina, Raúl y Jorge Rowlands. 2010. *Comunidades indígenas en la cuenca del Loa y el Salar de Atacama: territorio y demanda de tierras al Estado de Chile*. Documento inédito. Temuco, Chile: Observatorio Ciudadano.

Museo Antropológico P. Sebastian Englert. *Poblamiento y Fases del Desarrollo*. S/f. Disponible en <http://www.museorapanui.cl/LaIsla/Poblamiento.htm> [Consultada el 6 de mayo de 2012].

Naciones Unidas (Comisión Económica Para América Latina) y alianza territorial mapuche). 2012. *Desigualdades territoriales y exclusión social mapuche en Chile. Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos*. Santiago: Naciones Unidas.

Núñez, Lautaro. 1991. *Cultura y Conflicto en los Oasis de Atacama*. Santiago: Editorial Universitaria.

_____. *Breve Historia de los Pueblos Atacameños*. 2002. Subgrupo de trabajo Pueblo atacameño. Santiago: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. CVHNT-GTPIN-2002-059.

Ñanculef, Juan. 1990a. "La Autonomía y la Organización Social del Pueblo *mapuche*". En *Nütram*, año VI, N° 2. Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín, 3-10.

_____. 1990b. "La Filosofía e Ideología *mapuche*". En *Nütram*, año VI, n°4. Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín, 9-16.

Observatorio Ciudadano et. al. 2010. *Informe intermedio de organizaciones no gubernamentales sobre seguimiento de las observaciones finales del Examen Periódico Universal al Estado de Chile* (AHRC/12/10) 4 de junio de 2009. Disponible en <www.monitoreandoderechos.cl> [Consultada el 16 de marzo de 2012].

Observatorio Ciudadano et. al. 2011. *Estado de los derechos humanos en Chile el 2011*. Disponible en <www.monitoreandoderechos.cl> [Consultada el 17 de marzo de 2012].

Organización Internacional del Trabajo. 1989. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.

Ormeño, Hugo y Jorge Osses. 1972. "Nueva Legislación sobre Indígenas en Chile". En: *Cuadernos de la Realidad Nacional* n° 14. Santiago: Universidad Católica de Chile.

Parantini, Luis C. 1996. *Introducción a la Historia mapuche*. Santiago: Dirección de Archivos y Museos.

Pinto, Jorge. 2000. *De la inclusión a la exclusión. La formación del estado, la nación y el pueblo mapuche*. Santiago: Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Santiago,

_____.1990."La Ocupación de la Araucanía en el siglo XIX, ¿Solución a una Crisis del Modelo Exportador Chileno?". En *Nütram*, año VII, N° 3. Santiago: Centro Ecuménico Diego de Medellín.

Quidel, Javier. 2003. "Reflexiones sobre el ordenamiento y autorregulación o sistema jurídico *mapuche*". En Lillo, Rodrigo (comp.), *Resolución de Conflictos en el Derecho mapuche. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo Jurídico*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 243-260.

Ramos, Marcela. 2011. *Royalty: Los millones de dólares que Chile regala a las empresas mineras*. Santiago: Centro de Investigación Periodística CIPER. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/07/20/royalty-los-millones-de-dolares-que-chile-regala/>. [Consultada el 20 de noviembre de 2012]

Ribotta, Bruno. 2010. *Diagnóstico sociodemográfico de los pueblos indígenas de Chile*, Santiago: CEPAL. Disponible en <http://www.eclac.org/celade/noticias/paginas/0/40390/Chile_julio2010.pdf> [Consultada el 5 de mayo de 2012].

Rochna, Susana. 1996. *La propiedad de la tierra en Isla de Pascua*. Santiago: CONADI.

Rosales, Diego de. 1996. *Historia General del Reino de Chile* (*Flandes Indiano* vol. II, Valparaíso, Chile, *El Mercurio*, 1877-1878). En: Foerster, Rolf. *Jesuitas y mapuche 1593-1767*. Santiago: Universitaria.

Salazar, Gabriel. 1985. *Labradores, peones y proletarios*, Santiago: Ediciones Sur.

Saavedra, Cornelio, 1985. *Documentos Relativos a la Ocupación de Arauco*, Santiago: La Libertad, 1870, 10 y ss. En Bengoa, José. *Historia del Pueblo mapuche (siglo XIX y XX)*. Santiago: Sur.

Seelenfreud, Andrea y Alejandra Grifferos, Paloma Hucke y José Miguel Ramírez. 2002. *Aportes para una historia de rapa nui*. Santiago: CVHNT – GTRH – 2002 – 033.

Stavenhagen, Rodolfo. 2004. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Chile*, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/2004/80/Add. 3.

Torres A., Iberia. 1991. *Indianidad and Class Consciousness in Two mapuche Organizations: Ad-Mapu and Nehuen Mapu (1978-1990)*. Thesis submitted in partial fulfilment of requirements for the degree of Master of Sociology at George Mason University, Fairfax, Virginia.

Tuki hey, Mario. 2002. *Informe Grupo de Trabajo Pueblo rapa nui - Comisión Provincial de Verdad Histórica y Nuevo Trato de Isla de Pascua*. Santiago: CVHNT – GTRN – 2002 – 056.

Tudela, Patricio. 2002. *El Estado y Sociedad Chilena ante los aymara de Tarapacá (I Región de Chile): Factores y consecuencias de su integración entre 1930 – 1973*, Documento preparado por encargo del subgrupo Pueblo *aymara*, del Grupo de Trabajo Pueblos Indígenas del Norte. Santiago: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN- CENTRO EULA-CHILE. 2010. *Proyecto Actualización Catastro Demanda y Oferta de tierras, aguas y Riego para indígenas Etapa I (Resumen Ejecutivo)*, inédito.

VILLALOBOS, SERGIO. 2000. "Araucanía: Errores Ancestrales". En *El Mercurio de Santiago*, 14 de mayo.

_____. 1983. *Historia del Pueblo Chileno*. vols. 1 y 2, 2da ed. Santiago: Zig-Zag e Instituto Chileno de Estudios Humanisticos.

_____. 1992. *La Vida Fronteriza en Chile*. Madrid: Mapfre.

WILLIAMS JR., ROBERT. 1990. *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*. Nueva York: Oxford University Press.

YÁÑEZ, NANCY. 2003. *Informe sobre inembargabilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas Atacameñas: El caso de la Asociación de Regantes y Agricultores de San Pedro de Atacama y de la comunidad Atacameña de Río Grande. Programa de Derechos Indígenas*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera.

YÁÑEZ, NANCY. 2006. *Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito Internacional y Nacional*. En BERRAONDO, Mikel (coord.) *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

YÁÑEZ, NANCY Y JOSÉ AYLWIN (eds.) 2007. *El Gobierno de Lagos, Los Pueblos Indígenas y el "Nuevo Trato": Paradojas de la Democracia Chilena*. Santiago: Lom Ediciones.

YÁÑEZ, NANCY Y SUSAN POATS (eds.). 2007. Derechos de Agua y Gestión Ciudadana. La Paz: Agua Sustentable con la colaboración del CIID / IDRC (Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo).

YÁÑEZ, NANCY Y RAÚL MOLINA. 2008. *La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el Norte de Chile*. Santiago: Lom Ediciones.

_____. *Las Aguas Indígenas en Chile*. Santiago: Lom Ediciones.

YÁÑEZ, RODRIGO. 2008. "El Mercado de Aguas en Chile". *Informe Especial*, Libertad y Desarrollo, vol. XIX Nº 200, noviembre.

ZAVALA, SILVIO A. 1988. *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América*, 3ª edición, México DF: Porrúa.

ZÚÑIGA NAVARRO, GERARDO Y NANCY YÁÑEZ. 2003. *Minuta de la Secretaria Ejecutiva sobre la Verdad Histórica y las Propuestas de Nuevo Trato relativas al pueblo Rapanui. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Santiago: Documento CVHNT – SE –2003 –03 – 20.

CAPÍTULO II

El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo*

Introducción

Por largo tiempo los pueblos indígenas y sus derechos no constituyeron una preocupación para el derecho internacional[1]. El primer organismo en prestar atención a lo que entonces llamaban las *poblaciones* indígenas fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entidad de naturaleza especial por su integración tripartita que incluye a los gobiernos, los empleadores y los trabajadores de los Estados que la integran[2]. En función de su mandato, la OIT incorporó en su quehacer la realidad de los trabajadores indígenas, especialmente aquellos que habitaban en los territorios coloniales y que eran –y siguen siendo– objeto de discriminación y explotación.

Ya en 1921 esta entidad llevó a cabo un estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas. En 1926, su Consejo de Administración conformó una Comisión de Expertos para proponer una normativa de protección de los trabajadores indígenas. De allí surgieron el Convenio sobre Reclutamiento de Trabajadores Indígenas (N° 50 de 1936); el Convenio sobre Contratos de Trabajadores Indígenas (N° 64 de 1939); el Convenio sobre Sanciones Penales a los Trabajadores Indígenas (N° 65 de 1939); el Convenio sobre los Contratos de Trabajo (trabajadores indígenas), de

---

* Este Capítulo ha sido elaborado por Matías Meza-Lopehandía.

1 Sobre la evolución del tratamiento del derecho internacional hacia los pueblos indígenas, ver capítulo "El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas" en este mismo trabajo.

2 La OIT fue creada en 1919 en el marco de las negociaciones del tratado de Versalles, las que dieron origen a la Sociedad de las Naciones, órgano antecesor de las Naciones Unidas.

1947 (N° 86), y el Convenio sobre la Abolición de las Sanciones Penales (trabajadores indígenas), de 1955 (N° 104).

En 1945 la OIT designó un comité de expertos para elaborar un convenio integral específicamente referido a los indígenas, lo que derivaría en el Convenio N° 107 de la OIT, de 1957, sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas[3]. Este, al igual que los anteriores emanados de la OIT, se refiere a las *poblaciones* y no a los *pueblos* indígenas. En su preámbulo establece como objetivo: "Garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo".

Su carácter *integracionista*, propio de una época en que se pensaba que los pueblos indígenas debían desaparecer, se refleja en su articulado. Este se refiere a las poblaciones que se encuentran "en etapas menos avanzadas que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional" (artículo 1); de la "integración progresiva en la vida de sus respectivos países" (artículo 2.1), y de "la adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo" (artículo 4 c).

El Convenio N° 107 contiene disposiciones relativas a las tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas. Estas constituyen un importante avance en el reconocimiento de aquellos como sujetos de derechos y en su protección por los Estados[4]. En general, se orienta a la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los

3 El Convenio 107 sigue vigente a la fecha en los dieciocho países que lo ratificaron sin haber ratificado el Convenio Nº 169 (información disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C107> [Consultada el 27 de enero de 2012]. De hecho, los organismos de control revisan periódicamente su aplicación en dichos países.

4 Así reconoce "el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas" (artículo 11); establece que estas poblaciones no deberán ser trasladadas de sus territorios "sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones" (artículo 12.1), y que los programas agrarios deberán garantizar a las poblaciones indígenas condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional para efectos de: "a. La asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b. el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean" (artículo 14).

indígenas en un esquema que no considera la proyección a futuro de formas culturales y asociativas indígenas políticamente significativas. Como señala James Anaya, busca que los miembros de las *poblaciones* indígenas gocen de sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto, en tanto que los grupos indígenas son beneficiarios de una protección secundaria (Anaya 2005). Con todo, sus disposiciones fueron relevantes para muchos pueblos indígenas en América Latina y el mundo para la protección de sus derechos territoriales, en particular en el contexto de los procesos de desarrollo económico en ellos impulsados[5].

En la década de los 80 se hizo evidente que el Convenio N° 107 no daba cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de las demandas de los pueblos indígenas[6]. Debido a ello, la OIT convocó en 1985 a una reunión de expertos para la revisión del Convenio, instancia que concluyó que este instrumento estaba obsoleto y que su enfoque *integracionista* era perjudicial para los pueblos indígenas. Al año siguiente, la Conferencia General del organismo acordó la revisión parcial del Convenio N° 107. Ahí comenzó un proceso de discusión que involucró a las partes de la OIT y que contó con la participación activa de los indígenas a través de sus organizaciones (OIT 2007a).

El Convenio N° 169 fue aprobado por consenso en la Comisión de Redacción de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989 por una gran mayoría de los delegados, entrando en vigencia en 1991 luego de la ratificación de Noruega y México, cumpliéndose así el requisito de aprobación por dos Estados[7]. A la fecha ha sido ratificado por veinte Estados, trece de ellos de América Latina.

5 De importancia también para los pueblos indígenas fue la Convención N° 111 de 1958 de la OIT, relativa a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Los motivos de raza, color o ascendencia nacional enumerados en este han sido interpretados como aplicables a la discriminación por origen étnico o pertenencia a un pueblo indígena. Este Convenio, que ha sido ratificado por 165 países, y que constituye uno de los más relevantes de la OIT, se ha constituido en muchos Estados en una puerta de entrada para abordar la situación de discriminación de los indígenas en el mundo del trabajo.

6 De hecho, en 1987 se reunió el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas y resolvió rechazar el Convenio 107 de la OIT (Mereminskaya 2011).

7 Artículo 38.2 del Convenio Nº 169.

La nueva orientación de la OIT en relación a los pueblos indígenas se refleja en su preámbulo, cuyos considerandos contienen sus orientaciones centrales para la interpretación del mismo[8], a saber:

> Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, *a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;*
> Reconociendo *las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida* y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;
> Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión[9].

Asimismo, el Convenio innovó al referirse directamente a los pueblos indígenas como titulares de los derechos que reconoce y al entregar una definición de los mismos, la cual recoge elementos histórico-objetivos y subjetivos (de autoidentificación).

El 15 de septiembre de 2008, tras casi dos décadas de discusión, el Estado de Chile depositó la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ante el director general de dicha entidad[10]. Con ello, incorporó inequívocamente al ordenamiento

8 Cabe recordar que el preámbulo es parte del texto del tratado y que constituye una guía de interpretación habitualmente considerada en los pronunciamientos de los tribunales internacionales conforme a las reglas hermenéuticas establecidas en la Convención de Viena sobre tratados internacionales de 1969 (art. 31.2).

9 El énfasis es nuestro en esta cita y en todas las demás donde no se indique lo contrario.

10 El Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados el 11 de abril de 2000 por 72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones, alcanzando un quórum de 3/5 de los diputados en ejercicio. El 4 de marzo de 2008, el Senado lo aprobó por 36 votos a favor, 1 en contra y una abstención, superando así el quórum de 2/3. Destacamos esta cuestión para ponernos a resguardo de cierta invocación al *principio democrático* con la pretensión de limitar los alcances del Convenio. El argumento parece olvidar que en Chile, para la ratificación de un tratado internacional se requiere la deliberación y aprobación del

jurídico interno, un conjunto de principios, derechos y obligaciones en su relación con los pueblos indígenas que habitan, desde tiempos inmemoriales, el territorio de Chile[11].

En este capítulo abordaremos el contenido normativo del Convenio N° 169 como parte del derecho interno. Este bien podría ser parte del capítulo sobre el derecho chileno o constituir un subcapítulo de la parte dedicada al derecho internacional. Sin embargo, en función de darle mayor claridad a la exposición y de poner énfasis en su capital importancia en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y su ejercicio, hemos decidido darle un tratamiento separado. Esto es sin perjuicio de que, como se verá en el apartado siguiente, el Convenio N° 169 forma parte integrante del sistema jurídico chileno y del *corpus iuris* internacional relativo a pueblos indígenas.

Antes de profundizar en el contenido del Convenio, comenzaremos con una primera parte en que revisaremos brevemente su estatus normativo y verificaremos el alcance que tiene su recepción en Chile. Al mismo tiempo, estableceremos el valor jurídico de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT y la jurisprudencia interamericana como herramientas hermenéuticas para determinar el alcance de las normas incorporadas al ordenamiento jurídico. Luego, expondremos los cuatro principios rectores que fundan los derechos y obligaciones consagrados en el Convenio: no discriminación, participación, integridad cultural y

mismo por el Congreso Nacional y que en el caso concreto del Convenio N° 169, su aprobación tuvo altísimo respaldo parlamentario (cfr. Valdivia 2011).

11 Un año antes, el Estado de Chile firmó la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, instrumento que se aprobó casi por unanimidad (salvo Australia, Canadá, EE.UU. y Nueva Zelanda). Algunos han querido ver en esta aprobación un mero gesto simbólico (vg. Zalaquett 2008). Sin embargo existen buenos argumentos para sostener que la Declaración tiene varias normas generadoras de derecho internacional consuetudinario (ver Anaya y Weissner 2007). En el caso chileno, si bien la Constitución habla de "tratados internacionales ratificados" como límite a la soberanía del Estado, no es menos cierto que existe un consenso doctrinal en torno a la recepción automática del derecho consuetudinario internacional en el derecho chileno. En cuanto a su estatus normativo, hay buenas razones para considerar que se integra al bloque de constitucionalidad, en función de los principios de universalidad, indivisibilidad, interconexión y progresividad de los derechos humanos (art. 35 del Convenio y 45 de la Declaración). Hacemos esta extensa nota para destacar que junto al Convenio, han ingresado a nuestro ordenamiento jurídico las normas de la Declaración de Derecho de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (ver Meza-Lopehandía 2010c). La cuestión de la fuerza vinculante de la Declaración la hemos tratado con mayor profundidad en el capítulo relativo al derecho internacional.

autonomía. En la segunda parte ofreceremos un análisis de sus principales normas, enriquecido con el desarrollo jurisprudencial referente a los derechos de pueblos indígenas en Chile e integrado con las normas emanadas de otras fuentes del derecho internacional. Cuando proceda, nos referiremos al modo en que el derecho chileno interno previamente vigente ha sido modificado por la entrada en vigor del Convenio.

1. Cuestiones preliminares

1.1. La recepción del convenio en el sistema jurídico chileno

El ordenamiento jurídico chileno tiene una serie de mecanismos para incorporar el derecho internacional. Así, la Constitución Política de la República (CPR) establece reglas de competencia y ratificación de los tratados internacionales[12]. Por su parte, ha sido la jurisprudencia la que ha determinado enfáticamente que tanto el derecho internacional común como el general (*ius cogens*) sea recepcionado automáticamente (Benadava 1992; Gaete 1996). En cuanto al estatus normativo del derecho internacional recibido, en general, es asimilado al de la ley (Matta y Montt 2011).

Sin perjuicio de lo anterior, la CPR reconoce un estatus especial para las normas de derechos fundamentales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes en el ordenamiento internacional. Señala el artículo 5, inciso segundo que "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".

De esta manera, los derechos fundamentales –o aquellos que emanan de la naturaleza humana, según la nomenclatura del constituyente– conforman un bloque de derechos constitucionales compuesto por las garantías constitucionales y los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados (Nogueira 2002)[13]. Este actúa como límite a

12 Estos son firma o adhesión y ratificación previa autorización del Congreso Nacional (arts. 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR), sin perjuicio de la facultad presidencial para firmar acuerdos simplificados (art. 54 N° 1 inciso cuarto).

13 Como hemos esbozado más arriba, hay buenas razones para integrar en el bloque de constitucionalidad las normas de derechos internacional que emanen de otras fuentes (por ejemplo instrumentos internacionales,

la soberanía del Estado, por lo que todos sus órganos deben ajustarse a sus contornos para actuar válidamente, incluyendo el poder legislativo (Nash 2003)[14]. Así lo ha reconocido el máximo tribunal de la República:

> Esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que *los derechos esenciales limitan la soberanía y son 'superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente', lo que impide que sean desconocidos*[15].

El Convenio N° 169 contiene, a todas luces, normas de derechos fundamentales y por ello constituye un límite al ejercicio de la soberanía (Meza-Lopehandía 2010c)[16]. Sin embargo, existe cierta controversia en torno al modo en que ingresa al ordenamiento interno, sobre todo a partir de la declaración de no autoejecutabilidad de varias de sus normas por parte del Tribunal Constitucional[17]. Esta cuestión arroja sombras y dudas sobre la vigencia de estos derechos en el ordenamiento jurídico chileno, pero no debe ser así. La obligatoriedad interna de estas disposiciones está fuera de toda duda, al menos desde la ratificación del tratado internacional que las contiene. Una cuestión distinta son las diversas formas en que

costumbre) y que reconozcan derechos fundamentales [en este sentido ver, entre otros, a Gaete (1996) y a Pretch (1996)]. Así lo ha entendido la propia Corte Suprema: "Igualmente, se ha declarado que *el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la* legislación *nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile*, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, *los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno*, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado[...] y *deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno*" (CORTE SUPREMA, *c/ Zapata y Romo*, Rol N° 3452-2006, considerando 73).

14 Ver artículos 6 y 7 de la CPR.

15 Revista *Fallos del Mes* N° 446, sección criminal, 2066, considerando 4, citado en Humberto Nogueira (2002, 265).

16 Dudando del carácter fundamental de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169, Lucas Sierra (2010) y José Miguel Valdivia (2011). Este último señala que "al circunscribir estos derechos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el Convenio opta por consagrar derechos indígenas, no derechos humanos" (49).

17 Ver Tribunal Constitucional, Sentencia N° 309, año 2000.

se expresa su vigor: normas autoejecutables, normas programáticas y principios que obligan a la reinterpretación del ordenamiento jurídico de modo de ajustarse al estándar internacional incorporado o a la derogación tácita de las normas incompatibles y/o a la dictación de nuevas leyes. En cualquiera de estos casos el Estado está obligado –tanto interna como internacionalmente– a cumplir con sus preceptos.

Finalmente, cabe consignar que la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos incorpora en el ordenamiento jurídico no solo sus normas sustantivas, sino también aquellas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación (Fuenzalida 2008). De esta manera, el alcance de las disposiciones del Convenio se determina por la interpretación que de ellas hacen los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAN). Asimismo, y en función del principio de interconexión de los derechos humanos, consagrado en el propio Convenio N° 169[18], resulta también determinante la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que Chile ha reconocido competencia. De hecho, los tribunales de justicia están obligados a interpretar el derecho internacional respetando las decisiones emanadas de las instancias internacionales de las que el Estado es parte (Meza-Lopehandía 2010c)[19]. No menos importante es el papel que el derecho internacional de tratados establece para el preámbulo de dichos instrumentos internacionales en lo concerniente a su interpretación (art. 31.2, Convención de Viena).
A continuación analizaremos el ámbito de aplicación del Convenio, tanto temporal como subjetivo, para luego revisar los principios que informan sus normas.

18 El artículo 35 del Convenio señala: "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales".

19 En este sentido, la Corte Interamericana en una sentencia en contra del Estado de Chile: "El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Corte Interamericana, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, pár. 124).

1.2. Los principios fundantes del convenio

El Convenio N° 169 tiene 44 artículos organizados en diez partes. Estas van desde lo que el mismo texto denomina "políticas generales" hasta las "disposiciones finales" relativas a las reglas de vigencia del mismo. Las normas contenidas en su articulado reconocen una variedad de derechos, tanto individuales como colectivos y sociales, los cuales responden a la lógica que emana de ciertos elementos que hemos sistematizado en cuatro principios que creemos ayudarán a comprender de mejor manera el alcance de los derechos reconocidos y obligaciones establecidas. Se trata del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, vinculado estrechamente con la vigencia de los derechos individuales de *primera generación* y donde también encontramos la justificación de las *acciones afirmativas* en favor de los pueblos indígenas; el principio de participación, de donde surge la fundamental obligación estatal de consulta previa; el principio de integridad cultural que explica la especial protección que el Convenio otorga a las tierras y territorios indígenas y el reconocimiento y legitimación que hace a la institucionalidad propia de los indígenas; y el principio de autonomía, entendido como aspiración de estos pueblos a controlar sus propias formas de vida y desarrollo, lo que tiene diversas concreciones a lo largo del Convenio, particularmente en lo que dice relación con el control y administración sobre sus recursos naturales.

A continuación haremos una breve descripción de cada uno de estos principios para luego entrar en el contenido normativo propio del Convenio.

1.2.1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Sabido es que por siglos los indígenas han sido maltratados, menospreciados y discriminados por las sociedades de las que forman parte, actitudes alentadas por los Estados durante décadas, si no centurias. Por ello, el piso mínimo de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, anterior a las *acciones afirmativas* y al reconocimiento de sus derechos colectivos, es el que emana del principio de no discriminación. Así, conforme al artículo 2.2.a del Convenio, la acción de los Gobiernos debe asegurar que los pueblos indígenas "[gocen], en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población". De la misma manera, según el art. 3.1 los Gobiernos deben garantizar que gocen "plenamente de los derechos

humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación", incluyendo a las mujeres indígenas.

Por otra parte, para evitar que la asignación de derechos diferenciados en función del grupo sea utilizada maliciosamente para segregar y discriminar a los beneficiarios, el Convenio señala explícitamente que "El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de [las] medidas especiales [de protección]" (art. 4.3).

Este principio general de no discriminación tiene diversas concreciones a lo largo del Convenio. Por su importancia para los pueblos indígenas, el Convenio señala expresamente que debe existir igualdad en el acceso a los programas agrarios nacionales (art. 19). En el mismo sentido, se refiere al goce y protección de los derechos laborales que favorecen al resto de trabajadores (art. 20.3.a) y, en materia de seguridad social, establece el deber de extender progresivamente y sin discriminación su cobertura a los pueblos indígenas (art. 24). También, en materia educacional, el artículo 26 establece la obligación de adoptar medidas para garantizar el acceso a la educación en todos sus niveles, "por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional". Esto puede requerir medidas de acción afirmativa, tales como cupos especiales y becas.

También, el Convenio hace expresa mención a la necesidad de "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan *participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos* y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". Se trata de los derechos de participación política, cuya realización, como veremos más adelante, requiere de medidas de acción afirmativa e, incluso, del reconocimiento de una *ciudadanía diferenciada.*

Recuadro N° 1. Artículo 2 del Convenio Nº 169 de la OIT

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

1.2.2. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO PIEDRA ANGULAR DEL CONVENIO

La participación de los indígenas en las decisiones públicas que los afecten o puedan afectarlos es un principio que cruza todo el Convenio y que tiene diversas aplicaciones prácticas, entre las cuales la más conocida es la consulta previa[20].

Así, desde un principio se consagra que la protección de los derechos de los pueblos indígenas y su integridad debe verificarse por los Gobiernos en forma coordinada y sistemática con participación de los pueblos interesados (art. 2.1), lo que a su vez tiene diversas concreciones: participación en las medidas que se tomen para superar las dificultades que experimenten al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (art. 5 letra c); consulta previa frente a medidas susceptibles de afectarlos (6.1, 15.2, 17.2, 28.1); participación en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (6.2); participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7.1); participación en los proyectos de desarrollo orientados a mejorar sus propias condiciones de vida (art. 7.2); participación en la evaluación de impactos de las actividades de desarrollo que puedan afectarlos (art. 7.3); participación en las medidas que se adopten para proteger el medio ambiente (art. 7.4); participación en la adopción de medidas especiales de contratación y condiciones

20 Afirmando la centralidad de la participación y la brecha de implementación, la CEACR ha recordado que: "En la víspera del 20° aniversario de la adopción del Convenio, la Comisión toma nota de que *el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio*, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países" (OIT 2009, 731).

de empleo (art. 21.1); participación en la formulación de programas de capacitación especiales (art. 22.2), y participación en la organización y administración de los sistemas de salud (25.2) y en los programas de educación (art. 27.1).

Todas estas normas son relevantes desde el punto de vista del ejercicio de los derechos indígenas. Sin perjuicio de ello, en la segunda parte de este trabajo centraremos nuestra atención en la formulación que el Convenio hace de la obligación estatal de consulta previa y en el derecho de los pueblos indígenas a la participación en la formulación de planes y programas susceptibles de afectarlos. Esto por cuanto se trata de los nodos centrales de la cuestión de la participación que informa el Convenio, lo que ha llevado a algunos autores a caracterizarlo como un hito en el paso del integracionismo al *indigenismo de participación* (Ordóñez Cifuentes 2009).

1.2.3. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD CULTURAL

Al momento de adoptar el Convenio, la Conferencia General de la OIT buscó "eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores" (preámbulo, párr. 4). Se trata de un cambio de paradigma por el cual se da cuenta del fracaso histórico del *eurocentrismo asimilacionista*. Al mismo tiempo, se abre paso a una concepción plural del mundo que valora la diversidad en un marco de interacción entre formas de vida diversas y de respeto a los derechos fundamentales, lo que supone el reconocimiento de un derecho a la cultura propia y a la preservación cultural. Este ha sido recogido expresamente en el artículo 27 del Pacto de Derechos de Derechos Civiles y Políticos (1968) que establece que: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, *a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*". Además lo reconoce la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (arts. 3, 5, 8, 11, 12, 14.3, 15, 31 y 36) y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de NN.UU. (art. 1). También, diversos órganos han hecho recomendaciones, entre ellos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General XXIII sobre la Situación de los Pueblos Indígenas. En el ámbito nacional la Ley de Desarrollo Indígena establece que: "El Estado reconoce el derecho de los

indígenas a *mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales*, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el *deber de promover las culturas indígenas*, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena".

La primera manifestación de este cambio de paradigma está en el artículo 2.1 del Convenio que establece que "los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a *garantizar el respeto de su integridad*". No se trata solo de garantizar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, sino de respetar la integridad de los mismos. Esto requiere una acción coordinada y sistemática del Estado *para y con* los pueblos indígenas. De aquí que el esfuerzo por garantizar la igualdad de derechos y oportunidades, la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales y de eliminar la brecha socioeconómica que los separa del resto de la comunidad nacional deba hacerse "*respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones*" y "de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida" (art. 2.2).

Sin embargo, lo más significativo a este respecto es la protección del hábitat indígena como condición de supervivencia cultural de los pueblos indígenas. Esto en razón de "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos [...], y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (art. 13.1). Este reconocimiento evidencia la profundidad del cambio de paradigma operado, por cuanto constituye una renuncia a la pretensión de superioridad de la concepción occidental de propiedad sobre la tierra y una confirmación de la validez de la propiedad comunitaria indígena.

Otra norma de particular relevancia es la que obliga a aplicar el Convenio respetando los valores y prácticas sociales, culturales, espirituales y a las instituciones de los pueblos indígenas (art. 5°). Es más, el Convenio va más allá y establece una obligación positiva para el Estado, en orden de que provea los medios necesarios para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos protegidos por el Convenio, lo que puede implicar provisión de recursos (art. 6.1.c).

La protección de la integridad de los pueblos indígenas y tribales tiene una serie de consecuencias que se reflejan en las disposiciones del Convenio relativas al hábitat indígena, tierras indígenas y los recursos naturales presentes en ellas y en la consagración del pluralismo

jurídico. Asimismo, mecanismos tales como la consulta, los estudios de impacto y la adopción de medidas de protección están orientados por este principio. Todas estas cuestiones serán revisadas en este trabajo.

1.2.4. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El Convenio fue adoptado "reconociendo las aspiraciones de esos pueblos *a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico* y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven" (preámbulo, párr. 4). Este reconocimiento está íntimamente vinculado con una reivindicación que el movimiento indígena ha puesto en la escena internacional desde hace décadas: la autonomía. Así, en la Declaración de Quito (1990), las organizaciones indígenas del continente americano autoconvocadas para reflexionar en torno a los 500 años de la invasión europea señalaban: "Nuestra autodeterminación no es una simple declaración. Debemos garantizar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio pleno; y este debe expresarse, a su vez como plena autonomía para nuestros pueblos. Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios no puede existir autonomía".

Esta aspiración no es ajena al movimiento indígena de nuestro país:

> En Chile, la propuesta de autonomía ha estado presente desde finales de la década de los 80's. La primera sistematización fue hecha en 1992 por el Centro de Estudios y Documentación *mapuche* Liwen que establecía un Estatuto Regional Autónomo para la Región de la Araucanía y otras zonas adyacentes. En los 90's, los tres principales referentes *mapuche* –el Aukiñ Wullumapu Ngulam (Consejo de Todas las Tierras), la Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauko-Malleko y la Identidad Territorial Lafkenche– proponían la autonomía del territorio *mapuche*, aunque solo la última especificó su alcance a través de un proyecto de ley sobre borde costero (Meza-Lopehandía 2009a, 37).

Como se desprende de la Declaración de Quito, la autonomía se funda en el derecho de autodeterminación de los pueblos, del que los indígenas son titulares indiscutiblemente, al menos desde la firma de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (en adelante DDPI). Esta señala sin ambigüedades en su artículo 4 que "los pueblos indígenas, *en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno* en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

La mención que el Convenio hace de la autonomía en su preámbulo es doblemente importante. Primero, porque legitima una reivindicación muy resistida en el seno de las sociedades nacionales, las que insistían en ver a la secesión como única fórmula de concreción del derecho de autodeterminación de los pueblos. Pese a esta extendida creencia, la autonomía política indígena no supone la secesión del Estado. Por el contrario, se trata de un estatuto diferenciado que se da por definición al interior del mismo: "La autonomía reivindicada es un régimen político-jurídico acordado, que implica la *creación o reconocimiento de una nueva comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio autogenerado*, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo (Meza-Lopehandía 2009a, 39).

En segundo lugar, el reconocimiento de la autonomía en el preámbulo del Convenio es relevante porque aquel sirve de guía para su interpretación. Pero el Convenio no se queda en la sola mención de la *aspiración autonómica indígena*, sino que consagra una serie de derechos cuya finalidad es justamente permitir el ejercicio de este derecho. Así, encontramos las normas sobre control de las formas y prioridades de desarrollo, recursos naturales, territorios, jurisdicción indígena y control sobre los servicios de salud y educación, cuya cabal comprensión solo se logra a la luz del principio de la autonomía.

1.3. El ámbito de aplicación del convenio

1.3.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

A) LA ENTRADA EN VIGOR

Como toda norma jurídica, el Convenio N° 169 tiene un momento en que comienza a ser vinculante para sus destinatarios. Desde el punto de vista del derecho interno, las normas de derechos fundamentales contenidas en un tratado internacional vigente ingresan al bloque constitucional al momento de su ratificación. De hecho, cuando la CPR establece la obligación estatal de garantizar los derechos fundamentales,

habla de "los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (art. 5, inciso 2). La exigencia de ratificación se da por cumplida con el depósito de la misma ante el órgano internacional respectivo. En el caso del Convenio N° 169 esto se produjo el 15 de septiembre de 2008, tras un bochornoso intercambio epistolar entre el Gobierno de Chile y la OIT (Silva Neriz 2010). En cuanto a su vigencia, el Convenio N° 169 está vigente desde 1991, esto es, empezó a estarlo doce meses después de la fecha en que fueron depositadas las dos primeras ratificaciones (México y Noruega), conforme lo exige su artículo 38.2[21].

En principio, el Convenio N° 169 sería exigible al Estado de Chile a partir del 15 de septiembre de 2008[22]. Sin embargo, cabe hacer dos precisiones. La primera dice relación con el periodo de *vacancia legal* de doce meses que el propio instrumento establece en su artículo 38.3. Este plazo se cumplió para Chile el 15 de septiembre de 2009[23]. Sin embargo, se trata de una vacancia *sui generis*, pues conforme al derecho internacional de tratados, el Estado debe abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y fin del tratado durante su periodo de vacancia (artículo 18, Convención de Viena sobre tratados de 1969), lo que implica un grado importante de obligatoriedad de sus preceptos.

La segunda precisión necesaria pasa por recordar que el derecho internacional reconoce diversas fuentes además de los tratados. Entre ellas, la costumbre internacional, que como vimos, se recepciona en forma automática en nuestro ordenamiento. De esta manera, las normas

21 El requisito de vigencia del tratado para integrar el *bloque de constitucionalidad* chileno, exige que el tratado internacional esté vigente *en* el derecho internacional. No existe norma constitucional que sujete el vigor interno de un tratado internacional a otro trámite más allá de la ratificación, como podría ser la promulgación o publicación del decreto que difunde la aprobación del instrumento por el Congreso. La referencia que hace artículo 54.1 de la CPR en cuanto a que la aprobación de un tratado se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley se entiende hecha respecto del trámite de aprobación del tratado y no a su entrada en vigor (Pérez 2007), justamente por la expresión "en lo pertinente", que afirma la naturaleza propia del tratado internacional frente a la ley (Henríquez 2007).

22 El Congreso aprobó el Convenio N° 169 de la OIT el 8 de abril de 2008. Dicha aprobación se promulgó el 2 de octubre de 2008 y se publicó en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

23 Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Supremo N° 236, considerando 1.

del Convenio N° 169 que fueran parte de la costumbre internacional, eran obligatorias para el Estado de Chile aun antes de su ratificación[24].

Estas dos consideraciones fueron tenidas en cuenta por la Corte de Apelaciones de Temuco al fallar el caso conocido como *Machi Linconao con Sociedad Palermo Limitada* (Rol N° 1773/2008), luego ratificado por la Corte Suprema (Rol N° 7287/2009), fallos a los que se hiciera referencia en el capítulo 1 de esta publicación. En este caso, la lideresa espiritual del sector de Rehue en la Región de La Araucanía reclamó por la tala de bosque nativo emprendida por la Sociedad recurrida en territorio ancestral de la comunidad. Los hechos denunciados eran anteriores a la entrada en plena vigencia del Convenio N° 169, y de hecho, la sentencia fue notificada el 16 de septiembre de 2009, esto es, un día después de su entrada en vigencia. El punto fue debatido, pues el recurrido sostuvo que el Convenio no estaba vigente aún en Chile. Las cortes dieron la razón a la machi Linconao y, pese a que el caso podía ser resuelto en el mismo sentido invocando solo la normativa forestal, se pronunciaron sobre la cuestión de la vigencia del Convenio N° 169. Señaló que:

> Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerase, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (considerando 10).

24 En el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte IDH estableció que el Convenio N° 169 constituye un elemento indispensable para interpretar el alcance de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (voto razonado concurrente del Juez García Ramírez, párr. 6 y 7). Cabe recordar que la sentencia es de 2001, año en que Nicaragua aún no ratificaba el Convenio.

En el mismo caso, los tribunales superiores de justicia consideraron las normas relativas a la protección del hábitat indígena como parte de la costumbre internacional[25]. Asimismo, al invocar la prohibición del artículo 27 de la Convención de Viena, reconoció indirectamente la vigencia del Convenio desde su ratificación, en función de la prohibición de su artículo 18.

Finalmente, cabe señalar que el Consejo de Administración de la OIT, en una reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) en la que se alegaba el incumplimiento del Convenio Nº 169, aplicó las obligaciones contenidas en este a situaciones derivadas de la ejecución de contratos petroleros en territorios indígenas firmados por el Estado con anterioridad a la ratificación del mismo. Ello por cuanto consideró la permanencia y continuidad de la situación susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Señaló que si bien las disposiciones del Convenio no serían de aplicación retroactiva, "la situación creada por la firma de dicho contrato persiste hasta la fecha... Por lo tanto, el Comité considera que el Convenio tiene aplicación en la actualidad en lo concerniente a las actividades que se llevan a cabo desde [la ratificación del Convenio]" (párr. 28). Asimismo indicó que "aunque en este caso el proyecto fue establecido antes de que el Convenio entrara en vigor en Ecuador, en el momento en que entró en vigor, surgió la obligación de la consulta relativa a toda actividad que afecte la aplicación del Convenio" (párr. 38).

En el mismo sentido el relator especial ha señalado que: "Los proyectos ya en marcha de extracción de recursos naturales, industriales y de infraestructuras, obviamente tienen efectos actuales y futuros en las vidas de las comunidades en las zonas de estos proyectos. Por lo tanto, las normas internacionales actualmente vigentes son aplicables por lo menos en relación con aquellos impactos actuales y futuros de estos proyectos, tanto privados como estatales" (Anaya 2009b, párr. 38).

Cabe señalar que existe un antecedente en que la Corte Suprema se ha apartado de este criterio. En aquel, el *lof mapuche* de Quepe exigía

25 Señaló la Corte: NOVENO: "Que expuesta la relación de todos los antecedentes anteriores, esto es doctrina jurisprudencia, derecho nacional e internacional, es nítido cómo se ha configurado conciencia sobre la protección del medio ambiente y, además, se ha legislado en sostener una concepción amplia del medio ambiente. Y especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones.

dejar sin efecto un proceso de licitación de un nuevo aeropuerto para la Región de La Araucanía por falta de consulta. En la ocasión, la Corte Suprema consideró que por el hecho de haber comenzado dicho proceso con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, la consulta no era exigible, aun cuando la adjudicación fuese posterior a él[26].

En síntesis, podemos sostener que, en general, el Convenio N° 169 de la OIT está en vigor en nuestro ordenamiento jurídico a partir del depósito de su ratificación (15 de septiembre de 2008), sin perjuicio de aquellas normas que fueran parte del derecho consuetudinario internacional, las que ingresaron al sistema jurídico desde el momento de su cristalización. El periodo de vacancia de doce meses debe entenderse como un lapso otorgado para la adaptación legislativa, toda vez que el derecho internacional de tratados prohíbe la obstaculización del cumplimiento de un tratado desde que el Estado ha manifestado su consentimiento en obligarse, tanto por las normas que le prohíben obstaculizar su fin una vez ratificados (art. 18, Convención de Viena) como por las que prohíben invocar el derecho interno para sustraerse a su cumplimiento (art. 27). Por otra parte, el hecho de que una situación que afecte o que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas tenga su origen en hechos anteriores a la ratificación del Convenio, no obsta a la aplicación del mismo respecto de sus efectos actuales, pese a lo sostenido por la Corte Suprema.

26 La Corte se pronunció en el siguiente tenor: Quinto: "No corresponde someterlo, como se dijo, a la consulta que pretenden las recurrentes, ya que dicho procedimiento se inició con mucha antelación a la vigencia del Convenio Nº 169, y a dichos actos se sujetaron de buena fe todos los terceros que participaron de la licitación, no pudiendo entonces ahora pretender introducir modificaciones al proyecto, que es lo que se persigue por la vía de la consulta, si las bases fueron antes debidamente publicadas y dictadas de acuerdo a la legislación vigente en esa oportunidad.
Sexto: Que por lo antes razonado no existe un acto arbitrario o ilegal por parte de la autoridad recurrida al dictar el decreto de adjudicación para el proyecto del Nuevo Aeropuerto de Temuco sin efectuar la consulta que contempla el Convenio N° 169, por cuanto ello no era exigible a dicho acto" (Caso Reyes Alcaman y otros con MOP, Rol 1608-2011).
Cabe señalar que el Ministro Haroldo Brito estuvo por acoger el recurso por cuanto "la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación éste se encontraba vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere" (considerando 3, voto disidente).

B) LA DENUNCIA DEL TRATADO Y LOS EFECTOS PARA SU VIGENCIA EN CHILE

El artículo 39 del Convenio reconoce el derecho que asiste a cada Estado parte para denunciar el tratado. Para ello, basta que el Estado comunique su decisión mediante acta al Director General de la OIT, la cual surtirá efecto un año después de su depósito. Además, se establece que las denuncias solo pueden realizarse habiendo transcurrido diez años desde la entrada en vigencia del Convenio para el respectivo Estado y dentro del plazo de un año contado desde la expiración del periodo de diez años señalado. En caso de no hacer uso de este derecho, el Estado se entiende obligado nuevamente por un plazo de diez años.

Los efectos de la denuncia de un tratado internacional en el plano del derecho internacional exceden el marco de este capítulo. Sin embargo, se puede señalar que el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos ha sido una característica persistente desde sus inicios, y no solo es una cuestión empíricamente constatable, sino más bien una emanación de los principios y reglas sobre los cuales se construye (Nikken 1987)[27]. Así, por ejemplo, el principio de no regresión en los derechos prohíbe empeorar el nivel de reconocimiento o goce de un derecho ya establecido en un ordenamiento jurídico determinado[28]. En este sentido, Nikken ha señalado que el reconocimiento de un derecho como derecho humano es definitivo e irrevocable, y por lo mismo, la denuncia de un tratado internacional "no debe tener efectos sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona" (Nikken 1994, 24 y ss.). En cualquier caso, en la medida en que los derechos reconocidos en el Convenio sean parte del derecho internacional consuetudinario o general (*ius cogens*), su vigencia no será alterada por la denuncia del tratado.

---

27 El autor advierte que no debe confundirse el desarrollo progresivo como una cuestión de exigibilidad progresiva, solo aplicable en algunos casos a los derechos económicos, sociales y culturales.

28 El principio de no regresión es una emanación del principio de progresividad de los derechos, cuya formulación está contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1). Si un Estado se obliga a mejorar progresivamente ciertos derechos, implícitamente se está obligando a un mínimo: la no regresión (Abramovich y Courtis, s/f) Cabe consignar que en general este principio ha sido invocado para evitar la regresión de derechos respecto de un derecho contenido en un tratado internacional vigente, aunque nada impide que se utilice para evitar eventuales efectos regresivos de la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos.

En cuanto a los efectos de la denuncia en el plano interno, hay que recordar el estatus especial que la CPR concede a las normas que reconocen derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes: son límite al ejercicio de la soberanía. En esa medida, la denuncia del tratado sería un acto soberano emanado del poder legislativo que desconocería los límites de su ejercicio, y sería por tanto nulo en lo que respecta a la vigencia de los derechos reconocidos[29]. Sí podría tener efectos en relación a los mecanismos de control de la OIT, aunque de cualquier modo, estos contemplan el monitoreo de la situación en los países que no son parte de algún tratado internacional vigente en el sistema[30].

Finalmente cabe consignar que el Convenio contempla la posibilidad de que se adopte un nuevo instrumento que implique la revisión total o parcial de aquel. La ratificación de este implica la denuncia *ipso iure* del anterior desde el momento en que el nuevo convenio entre en vigor (art. 43).

1.3.2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL: EL SUJETO DE LOS DERECHOS

A) LOS SUJETOS COLECTIVOS Y SUS DERECHOS

Tal vez la principal innovación del Convenio N° 169 de la OIT respecto del derecho internacional existente al momento de su entrada en vigencia fue el hecho de establecer como sujeto de los derechos reconocidos a

---

29 Se podría argumentar que el artículo 5, inciso 2, habla de tratados ratificados "y que se encuentren vigentes", condición que el Convenio perdería transcurrido un año de su denuncia. Sin embargo, basta que dicha condición se dé copulativamente con la ratificación para que se constituya el límite al ejercicio de la soberanía, por lo que la eliminación de dicho límite queda fuera del ámbito de competencias del poder constituido, independientemente de la suerte que corra la vigencia del tratado. Por lo demás, ya expusimos que la condición de vigencia es en relación con la vigencia internacional del mismo y no con la interna.

30 El artículo 19, letra e, de la Constitución de la OIT establece el deber de los Estados que no son parte de un convenio de informar periódicamente al director general sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio.

un sujeto colectivo: los pueblos indígenas[31]. La característica particular del sujeto de los derechos hace necesaria una breve disquisición en torno al impacto que esto tiene en los derechos reconocidos, pues no se trata ya de los tradicionales derechos individuales.

A diferencia de lo que suele sostenerse, la noción moderna de derechos colectivos apareció en la escena pública en forma paralela a la de los derechos individuales e incluso ambas comparten hitos fundantes (Cruz Parcero 1998)[32]. Sin embargo, la cuestión de los derechos colectivos es objeto de un intenso debate y hay quienes incluso niegan su existencia[33]. Por otra parte, la misma noción de derechos colectivos es teóricamente compleja –difusa– y es posible que genere más problemas de lo que pretende resolver. De hecho, puede referirse a derechos cuya titularidad recae en un colectivo (vg. derecho a la autodeterminación de los pueblos) o a aquellos cuyo objeto es un bien colectivo (vg. derecho a la propiedad de una corporación privada). Pero más allá de la dificultad operacional del concepto, que puede ser resuelta apelando a los derechos diferenciados en función del grupo, la pregunta que cabe hacerse es por qué resultaría legítimo asignar estos derechos a los pueblos indígenas[34]. Sin entrar en la profundidad de este debate, podemos decir que la cuestión central es que las aspiraciones morales de los sujetos colectivos que no alcanzan a promover sus intereses por la vía electoral o la hegemonía cultural no pueden ser alcanzadas con el solo ejercicio de los derechos individuales y sociales básicos de sus miembros (Carbonell 2001). Por lo mismo, se requiere del

31 El Convenio 107 de la OIT se aplicaba a *"los miembros de la poblaciones tribuales o semi-tribuales"* indígenas y aquellas *"cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una* legislación *especial"* (art. 1). El evolucionismo implícito en la definición precedente, revela el carácter *integracionista* que imperaba en el trato que el derecho internacional otorgaba a los pueblos indígenas.

32 El autor ejemplifica con el preámbulo de la Declaración de Independencia de EE.UU (1776) que invoca el derecho a la autodeterminación y secesión. Por otra parte los dos principales Pactos Internacionales de Naciones Unidas comienzan reconociendo el derecho a la libre determinación de los pueblos para luego listar los tradicionales derechos individuales, o los no tan tradicionales derechos económicos, sociales y culturales (DESC), respectivamente.

33 Entre nosotros, por todos Lucas Sierra (Sierra, 2003).

34 El concepto *enfatizado* es de Will Kymlicka (Kymlicka, 1996).

reconocimiento de derechos colectivos que les permitan mantener su cultura, en cuanto esta constituye el sustrato que permite significar las decisiones individuales, posibilitando la libertad individual (Meza-Lopehandía 2009a, 53)[35].

En esta línea, el preámbulo del Convenio hace hincapié en el hecho de que "en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión" y por lo mismo justifica la propuesta de un nuevo Convenio "reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

Hechas las precisiones precedentes, pasamos a revisar los elementos objetivos y subjetivos (de autoidentificación) que el Convenio utiliza para determinar con precisión quiénes son los beneficiarios de los derechos que reconoce.

Cuadro N° 2. Artículo 1 del Convenio Nº 169 de la OIT.

Artículo 1
1. El presente Convenio se aplica:
a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

35 En el caso de los pueblos indígenas, existe un argumento adicional a los ya expuestos: se trata de comunidades políticas preexistentes al Estado, que disfrutaban de autogobierno y que fueron despojados de este por métodos violentos en tiempos relativamente recientes.

Como se aprecia, el Convenio Nº 169 mantiene la distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas proveniente de su antecesor, el Convenio Nº 107, pero elimina la referencia a su supuesto carácter "menos avanzado" en relación con la sociedad occidental. En todo caso, los derechos reconocidos a unos y a otros son los mismos y la autoidentificación jugará un papel decisivo en la adscripción individual y colectiva a cada grupo.

LOS PUEBLOS TRIBALES

En el ámbito de nuestra región, el estatus de pueblo tribal ha sido reconocido a las *comunidades de afrodescendientes*[36]. Así, por ejemplo, ante la denuncia hecha por la Unión Sindical Obrera (USO) en torno a la negativa del Gobierno colombiano a incluir a las comunidades de Curbaradó y Jiguamiandó (Chocó) bajo la protección del Convenio, señaló que "la Comisión considera que a la luz de los elementos proporcionados, las comunidades negras de Curbaradó y Jiguamiandó parecen reunir los requisitos establecidos por el artículo 1, párrafo 1, apartado a), del Convenio", afirmándose en la legislación interna que reconocía a la comunidad negra como "el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos" y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce el derecho de estas comunidades sobre su territorio colectivo (OIT 2006, 493 y ss.). Más tarde, el CEACR confirmó la aplicabilidad del Convenio a las comunidades afrodescendientes señaladas, e instó "al Gobierno a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jiguamiandó sobre sus tierras e impedir toda intrusión conforme a los artículos 14, 2 y 18 del Convenio" (OIT 2010, 878).

Con el mismo criterio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007) hizo estricta aplicación de los derechos territoriales reconocidos en el Convenio

36 Cabe señalar que el concepto de tribu o grupos tribales tiene una profusa aplicación en Asia (bajo las denominaciones de "habitantes de las colinas" o "agricultores itinerantes"), donde diversos países han ratificado el Convenio Nº 107 de la OIT y reciben observaciones del CEACR periódicamente (vg. Bangladesh, India, Pakistán). A modo de ejemplo, puede revisarse OIT 2005a.

Nº 169 de la OIT a la comunidad (afrodescendiente) de Saramaka[37]. En la oportunidad, la Corte estableció los criterios que hacen aplicable el concepto de grupo tribal a una comunidad:

> Por lo tanto [las presuntas víctimas], están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como *tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones* (párr. 79).

Como se aprecia, la Corte IDH agrega el elemento de *identificación con territorios ancestrales*, cuestión que no está contemplada en la definición del artículo 1 del Convenio, aunque sí está en su artículo 13, el que reconoce "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios". Como ha dicho la relatora especial Erica Irene Daes, la particularidad cultural de los pueblos indígenas –que es central en el concepto de "indígena" en el derecho internacional contemporáneo– es inseparable del concepto de "territorio" (NN.UU./WGIP 1996)[38]. Por otra parte, en el caso aludido lo que se reclamaba era justamente el territorio ancestral de la comunidad afectada, por lo que parece lógico que la relación especial con sus tierras y territorios sea un elemento exigible para otorgar protección[39]. Sin perjuicio de lo anterior, otros

37 Cfr. párrafos 85 y 92 de la sentencia citada.

38 "The cultural distinctiveness of indigenous peoples, which is central to the concept of "indigenous" in contemporary international law, is inseparable from 'territory'" (NN.UU. 1996, párr. 43).

39 También en el caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005): "133. En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una "relación omnicomprensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes –lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas (supra párr. 86.4)–

colectivos parecen quedar incluidos en el concepto de pueblos tribales que establece el Convenio, sin tener dicha relación especial, como el caso de pueblo *romá*[40].

Hasta ahora en Chile no conocemos grupos que reivindiquen la aplicación del Convenio N° 169 en virtud de sus condiciones sociales, culturales y económicas distintivas y de la vigencia de sus costumbres y tradiciones. Sin embargo, algunos grupos como pescadores artesanales tradicionales, comunidades agrícolas y campesinas, grupos de afrodescendientes o comunidades romá podrían reclamar este estatus en el futuro. A este respecto, cabe recordar que el CEACR ha señalado que:

> En la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. [ ] La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio" (OIT 2009, 746).

LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Convenio no define exhaustivamente qué entiende por pueblos indígenas, sino que más bien entrega una descripción en orden a

---

debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas" (infra párr. 210).

40 En Colombia el pueblo *romá* (gitanos) ha sido reconocido como tribu para efectos de la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT. Así lo estableció el Oficio DGAI N° 0864 del 20 de febrero de 1998 de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, respondiendo a una consulta hecha por PROROM (Proceso Organizativo del Pueblo *Romá*) respecto del alcance de las normas constitucionales y legales que garantizaban derechos especiales a los grupos étnicos. El 2 de septiembre de 1999, la Dirección General de Comunidades Negras y otras Colectividades Étnicas reconoció a PROROM, ratificado la aplicabilidad del Convenio N° 169 al pueblo *romá* (Parra Dussán y Rodríguez eds. 2005, 192 y ss.).

establecer sus características socioculturales y particularidades históricas (OIT 2007). Conforme a esta, el elemento objetivo está dado por la existencia de estilos de vida tradicionales, diferenciados de las de otros sectores de la sociedad y por la conservación, al menos parcial, de instituciones sociales, culturales, económicas y/o políticas propias. Adicionalmente, el artículo exige un elemento objetivo-histórico[41]: "Descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales"[42]. Este elemento de continuidad histórica con las poblaciones preexistentes al Estado, que no debe ser confundido con una exigencia de inmutabilidad[43], se enlaza con el criterio subjetivo antes mencionado: la autoidentificación.

B) LA AUTOIDENTIFICACIÓN

El Convenio N° 169 de la OIT establece como criterio copulativo para la determinación de los grupos a los que se aplica un elemento subjetivo: "la conciencia de su identidad indígena o tribal". De esta manera, busca evitar la imposición de determinado estatus jurídico

---

41 El Convenio, con su alusión a la época de la conquista vino a resolver el problema que generaba la Ley 19253 al referirse a tiempos precolombinos, lo cual dejaba al pueblo Rapa-Nui (de origen polinésico) en la paradoja de la negación de su propia historia (desvinculada de la periodización historiográfica hispanoamericana) como condición para ejercer sus derechos.

42 Esta formulación es acorde con la definición que a mediados de los años 80 propusiera el relator especial para los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, José Martínez Cobo: "Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y cultura" (Martínez Cobo 1987).

43 "La etnicidad –como elemento determinante para aquellos que configuran su identidad a partir de aquella–, es un fenómeno profundamente histórico y moderno en tanto forma de buscar la supervivencia individual y colectiva ante las contradicciones y amenazas de la modernización capitalista" (Meza-Lopehandía 2009a, 4).

a personas o grupos que no lo sienten como propio. Así el Convenio se blinda frente a la posibilidad de degenerar en un mecanismo de discriminación y segregación"[44].

La cuestión de la autoidentificación ha jugado un rol importante en el reconocimiento de derechos a pueblos tribales. Así, por ejemplo, en el ya citado de las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jiguamiandó, el CEACR consideró de especial relevancia para determinar que se trataba de pueblos tribales, el hecho de que las comunicaciones hechas llegar por la USO fueron elaboradas en colaboración con los representantes de los consejos comunitarios de las comunidades afectadas, por lo que "parecería que las mismas, al solicitar la aplicación del Convenio a sus comunidades, tienen conciencia de su identidad tribal" (OIT 2006, 494).

El criterio de autoidentificación estaba presente en la Ley de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena N° 19.253 de 1993 antes de la ratificación del Convenio. Esta establecía tres *fuentes de indigeneidad*: a) ser hijo de padre o madre indígena; b) la ascendencia indígena por tres generaciones, y c) la pertenencia cultural a una etnia indígena. Solo en este último caso, la ley exigía "que se autoidentifiquen como indígenas" (art. 2, letra "c", Ley 19.253). La importancia de esta norma era que permitía incluir en la protección de la Ley a etnias aun cuando no estuviesen mencionadas en el listado del artículo 1 de la Ley 19.253. Ese fue el caso de los *diaguita*, hasta que en septiembre de 2006 se dictó la Ley 20.117 que los incluyó expresamente. Tanto en la moción que dio origen a esta ley, como en la discusión del proyecto, la cuestión central fue la existencia de un"profundo sentido de identidad y pertenencia con esta etnia de hombres y mujeres de la región de Atacama, que se define a sí misma como *diaguita*, y la existencia de elementos, factores y condiciones propias confirman su identificación como etnia autónoma"[45].

44 El propio Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial ha señalado respecto del sujeto objeto de su protección que: "Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, opina que *esa definición, si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada*" (CEDR, recomendación general VIII).

45 Ver Historia de la Ley 20.117, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/668/1/HL20117.pdf> [Consultada el 13 de enero de 2012].

Ahora bien, el Convenio ha elevado el criterio de autoidentificación a un requisito común y necesario (copulativo) a cualquier forma de reconocimiento de la identidad indígena individual y colectiva.

En esta materia, la Corte IDH ha señalado en una reciente sentencia que no le corresponde a ella ni al Estado determinar la pertenencia étnica ni el nombre de una comunidad indígena. Es más, vincula esta cuestión a la autonomía indígena: "La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique" (Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010, párr. 37).

C) EL ALCANCE DE LA VOZ "PUEBLOS"

Durante décadas, los pueblos indígenas fueron tratados –tanto por los Estados donde habitaban como por la comunidad internacional– como grupos humanos o poblaciones[46]. Esto respondía a la mirada eurocéntrica que, siguiendo los lineamientos del evolucionismo social, anunciaba la condena a la extinción de lo que consideraba sociedades primitivas. Sin embargo, y como vimos en otra parte de este trabajo, este paradigma fue paulatinamente cambiando gracias a la labor de los propios indígenas, quienes comenzaron a exigir para sí el tratamiento de pueblos y los derechos correspondientes.

El esfuerzo se coronó en septiembre de 2007 con la adopción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de la DDPI. En esta se establece sin ambigüedades que "los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas" y que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (artículos 2 y 3, respectivamente).

En este camino al reconocimiento, el Convenio N° 169 ocupó un papel que ya hemos revisado: fue el primer instrumento internacional en establecer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho

46 Este último término era el utilizado por Convenio 107 de la OIT.

internacional. Sin embargo, introdujo una aclaración relativa al alcance de la voz "pueblos" usada en su texto: "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".

Algunos han pretendido limitar el sentido de este tratado internacional a partir de esta expresión. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno, al conocer de un requerimiento de inconstitucionalidad, señaló que,

> La expresión "pueblos indígenas", debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado del que forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado; [sic] (Tribunal Constitucional, Rol N° 309, año 2000, párr. 44).

Sin embargo, lo cierto es que dicha expresión fue adoptada durante la discusión del Convenio N° 169 porque se consideró que estaba fuera de la competencia de la OIT interpretar el concepto de autodeterminación, íntimamente ligado al concepto de pueblo en el derecho internacional (OIT 2009b). Además, la expresión buscaba satisfacer los requerimientos estatales por evitar alentar eventuales procesos separatistas. En ningún caso su finalidad fue socavar la naturaleza jurídica colectiva del sujeto de los derechos que reconoce ni desconocer que a quien se transfieren potestades y atribuciones públicas son los pueblos indígenas (Anaya 2006). Por otra parte, como vimos anteriormente, el derecho internacional reconoce explícitamente en la actualidad, tanto por la jurisprudencia de sus principales organismos como por la DDPI, que los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que cualquier pueblo, incluyendo la autodeterminación concretada en autonomía.

1.4. MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CONVENIO

Además de derechos y obligaciones, el Convenio establece los modos en que deben aplicarse sus disposiciones. Se trata de un mecanismo que busca salvaguardar los principios que lo inspiran.

1.4.1. LA ACCIÓN COORDINADA Y SISTEMÁTICA

El artículo 2.1 contiene la norma rectora en materia de aplicación del Convenio. Señala que "los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". Como se ve, la coordinación y sistematicidad de la acción del Gobierno es un mecanismo para salvaguardar la integridad de los pueblos interesados (principio de integridad cultural) y se lleva a cabo con la participación de los mismos (principio de participación). Se trata, según el relator Anaya, de "un aspecto fundamental del Convenio N° 169" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009b, párr. 10).

Una de las principales consecuencias prácticas de la exigencia de acción coordinada y sistemática es la obligación dirigida al Estado en orden a "implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos para garantizar que estén alineados con las medidas tendientes a velar por los derechos de los pueblos indígenas, como así también el establecimiento de mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de los pueblos indígenas" (OIT 2009b, 29). Por cierto, esta revisión y monitoreo debe contar con la participación y consulta de los pueblos indígenas, lo que, como veremos, acarrea deberes concretos a los distintos poderes del Estado.

Asimismo, esta acción coordinada y sistemática debe contar con la permanente participación indígena, la cual no solo debe existir en el diseño de las políticas públicas, sino también en su implementación, seguimiento y revisión. Se trata entonces de que "todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines" (OIT 2007, 603).

1.4.2. LA IMPLEMENTACIÓN FLEXIBLE

El artículo 34 consagra la flexibilidad en la implementación del Convenio: "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país". Esta disposición, lejos de constituir una norma de discrecionalidad a favor

del Estado por medio de la que pueda determinar a su arbitrio qué partes del Convenio implementar y cuáles no, supone en realidad un reconocimiento de la profusa diversidad cultural, política y económica de los pueblos indígenas y tribales del mundo[47]. Por ello, su implementación no puede ser homogénea en el sentido de no responder a las especificidades de cada pueblo interesado. Así las cosas, este principio de flexibilidad en la implementación, sumado al de participación, fundamentan la efectiva vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y no puede ser invocado para negar los derechos que a aquellos correspondan.

1.4.3. LAS MEDIDAS ESPECIALES

Toda norma que reconoce derechos humanos impone a los Estados sometidos a ella el deber de garantizarlos. Además de esta obligación genérica, el Convenio N° 169 establece obligaciones específicas que indican un cierto *modo de cumplimiento*.

Así, para salvaguardar la integridad de los pueblos indígenas y tribales se exige la adopción de *medidas especiales* para proteger a los pueblos interesados (art. 4.1) y toma resguardos para evitar que, invocando estas medidas especiales, se les impongan decisiones inconsultas, cuya finalidad sea la segregación y discriminación. Así, establece que las mismas "no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados" y que en ningún caso pueden utilizarse para menoscabar los derechos generales que les corresponden a los miembros de estos pueblos en su calidad de ciudadanos (art. 4.2 y 4.3 respectivamente).

A continuación revisaremos algunas de las medidas especiales cuya adopción es exigida expresamente por el Convenio, sin perjuicio de que se deban adoptar todas las que "se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados" (art. 4.1).

A) ACCIÓN AFIRMATIVA

La exigencia de adopción de *medidas especiales* en favor de los pueblos indígenas refuerza la legitimidad de ejecutar *acciones afirmativas* o de discriminación positiva en favor de aquellos, las que resultan

47 En sentido contrario, Valdivia afirma que la norma del artículo 34 del Convenio constituye una remisión que el derecho internacional haría al *legislador democrático* (Valdivia 2011).

indispensables para permitir superar la secular desigualdad que los afecta. De hecho, el artículo 2.2.c ordena la adopción de disposiciones "que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida".

A este respecto, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido el principio de igualdad ante la ley en un sentido material, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a señalar que la ley está autorizada a consagrar tratos diferenciados siempre y cuando pasen un estándar de razonabilidad fundado en la idea de que "se trate en forma igual a los que son efectivamente iguales, y solo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean" (TC, rol N° 219, considerando 17°; véase también TC, rol N° 309, considerando 58°). También, la Corte Suprema ha entendido violentada la igualdad ante la ley cuando "al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, [se] niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver". (CORTE SUPREMA, caso *Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA* Antofagasta, Rol N° 258-2011, considerando 9°).

Cabe señalar que las medidas de discriminación positiva se caracterizan por su temporalidad, en cuanto están justificadas en la superación de cierta situación de desventaja de un grupo sociológicamente minoritario frente a los sectores dominantes[48]. Ahora bien, como veremos a lo largo de esta sección, los principales derechos reconocidos en el Convenio (participación, territorios, control sobre recursos y servicios de salud y educación) son más bien *derechos diferenciados en función del grupo* y no *acciones afirmativas transitorias*. O sea, se trata de medidas permanentes, que reconocen una diferencia cultural que requiere de

48 La temporalidad de las medidas de discriminación positiva está expresamente establecida en la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial. Su artículo 2.2 señala: "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. *Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron*".

mecanismos diversos a los ordinarios para permanecer en el tiempo y desenvolverse autónomamente"[49].

De esta manera, los derechos políticos y territoriales de los pueblos indígenas y tribales deben entenderse como permanentes y orientados a fundar una ciudadanía intercultural, en el marco de un Estado pluricultural, pues se trata de "un reconocimiento permanente de la diversidad que se plasm[a] en un estatuto diferenciado. [...] Esta ciudadanía de nuevo tipo –diversa, plural y respetuosa de los derechos fundamentales– implica el reconocimiento jurídico de derechos políticos y sociales a pueblos diferenciados cultural e históricamente en el contexto de los Estados nacionales que los contienen" (Meza-Lopehandía 2010b, 53).

B) ACCESO A LA JUSTICIA

De especial relevancia estratégica para la vigencia efectiva de los derechos de los pueblos indígenas son aquellas medidas que buscan garantizarles el acceso a la justicia. Esto, por cuanto, en general, el reconocimiento de derechos no es suficiente para asegurar su ejercicio. Lamentablemente, es usual que debamos recurrir a tribunales para remover los obstáculos que nos lo impiden. De ahí que diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), dispongan el derecho de todas las personas al acceso "a un recurso sencillo y rápido [...] que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Además, establece que los Estados deben garantizar que la autoridad competente resolverá el recurso, que se podrán desarrollar todas las posibilidades del mismo y que se cumplirá con lo resuelto (art. 25, CADH).

A este respecto, la Corte Interamericana ha señalado que

49 Esta distinción ha sido acogida por el CEDR, en sus observaciones finales al Estado de Nueva Zelanda en 2007, en relación a la presentación que este país hizo de lo tratados con los *maoríes* como *medidas especiales* adoptadas en favor de ellos:"El Comité llama la atención del Estado parte en cuanto a la distinción que debe hacerse, por un lado, entre medidas especiales y temporales para la promoción de grupos étnicos y, por el otro, los derechos permanentes de los pueblos indígenas" (Concluding observations of the CEDR, New Zeland, CEDR/C/NZL/CO/17 2007, párr. 16) [traducción propia no oficial].

> 169. Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, *sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquél precepto.* La existencia de esta garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención" (caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005).

El art. 12 del Convenio agrega dos concreciones a este derecho, de modo de ajustarlo a la especificidad indígena y permitir así "la posibilidad real de interponer un recurso". Lo primero es que, en consideración al sujeto de los derechos reconocidos, establece que el recurso puede ser interpuesto por los pueblos interesados "sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos". Esto es relevante, pues reconoce la legitimidad activa a las autoridades tradicionales, independientemente del estatus jurídico que el ordenamiento interno les asigne. La segunda cuestión específica es que establece que deben "tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, *si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces*"[50].

50 En el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, en que la comunidad demandó ante el SIDH el derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales, la Corte IDH dispuso que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o recurso efectivo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos de la CADH y del Estado de Derecho en una sociedad democrática. En su fallo a favor de la comunidad la Corte argumentó que Nicaragua no había adoptado med idas adecuadas en su derecho interno que permitiesen la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de las comunidades indígenas, y que tampoco se ciñó a un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por la comunidad demandante para la protección de su derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales, dando incumplimiento a las disposiciones de la Convención Americana en este sentido.
En la misma dirección, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH fue más específica para referirse a las implicancias de este derecho en relación con los pueblos indígenas, estableciendo que los Estados debían otorgar una protección efectiva que tomase en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Agregó en el mismo caso que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados debían

C) MATERIA LABORAL

El artículo 20 del Convenio, respondiendo al mandato específico del la OIT, establece la necesidad de adoptar, en cooperación con los pueblos interesados "medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general". El mismo artículo pone énfasis en la necesidad de tomar medidas para evitar cualquier tipo de discriminación, especialmente en lo relativo al acceso al empleo, remuneraciones, prestaciones sociales, derecho de sindicalización y de negociar colectivamente, la no discriminación en la protección de sus derechos laborales, proteger su salud, evitar la servidumbre por deudas y la discriminación y hostigamiento sexual. Finalmente, el Convenio insta a la creación de servicios de inspección del trabajo con pertinencia cultural.

1.4.4. LA CONSULTA PREVIA

Una de las instituciones fundamentales consagradas en el Convenio para su aplicación es la consulta previa, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento. Si bien se trata de una obligación estatal, debido a su estrecha vinculación con el derecho de participación, revisaremos su alcance y contenido en la sección referida a aquel.

2. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales

2.1. La protección de los territorios indígenas

La protección que el Convenio Nº 169 otorga a los territorios indígenas parte del reconocimiento de la especial relación que estos

establecer un recurso efectivo con las garantías de debido proceso que les permita reivindicar sus tierras tradicionales.
En la misma línea, y más recientemente en el caso de la *Comunidad Saramaka vs. Surinam*, en que esta comunidad indígena demandó al Estado el ejercicio de su derecho a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos ancestrales, la Corte concluyó que las disposiciones del Código Civil de Surinam no proporcionaban recursos adecuados y efectivos contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo Saramaka, constituyéndose este en un argumento central en el fallo a favor de dicha comunidad.

mantienen con su entorno. Señala el artículo 13.1 que "los gobiernos deberán *respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos*, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". De esta manera, el Convenio reconoce que los pueblos indígenas mantienen una *relación especial* con sus territorios, a partir de la cual se constituyen *identitariamente* como grupos culturalmente diferenciados, por lo que su subsistencia como tales depende de su protección (Chirif et al. 1991). Se trata de una relación constituyente que permite hablar de un *continuum* entre los indígenas y espacio territorial donde se desenvuelven (García Hierro 2004).

Esta cuestión fue recogida originalmente por la Corte IDH en el caso Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del año 2001, en la que se reconoció la estrecha vinculación que tienen los pueblos originarios con sus tierras[51].

De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que "la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque *su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra*" (Corte IDH, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, 120c).

Por estas razones, el Convenio establece diversos mecanismos de protección del territorio indígena: el concepto de hábitat, la protección de la propiedad indígena, la protección del medio ambiente y los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales presentes en sus territorios.

2.1.1. LA TIERRA INDÍGENA COMO HÁBITAT

Un primer mecanismo de protección es la redefinición que el Convenio hace del concepto de tierras indígenas. Señala al respecto que "la utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que *cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra*

51 Cfr. párr. 149 sentencia citada. En el mismo sentido caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), párr. 146 y 147.

manera". Esto constituye una ampliación del concepto de propiedad, que incluye la concepción indígena del espacio, el cual se funde en un todo que no admite segmentación entre suelo, subsuelo, aguas, aire y medio ambiente. Así,

> [el artículo 13.2] define el concepto de tierras que utiliza el Convenio, el cual resignifica su alcance en la legislación nacional. Este nuevo entendimiento del concepto, modifica los artículos 12 y 13 de la LDI que definen la tierra indígena y sus protecciones. Por ello, *el concepto de tierra indígena de nuestro ordenamiento jurídico incluye ahora "el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"* (Meza-Lopehandía 2010c, 90).

Así lo han entendido los tribunales superiores de justicia en Chile. De hecho, en el caso *Agua Mineral Chusmiza con Comunidad aymara Chusmiza-Usmagama*, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique ratificó el fallo de primera instancia, que señalaba que "el concepto 'tierras' [de la Ley 19.253] debe entenderse en su más amplia acepción, comprendiendo todo entorno físico en que se desarrolló, afianzó y se mantiene la cultura indígena". Por su parte, la Corte Suprema, conociendo el caso en casación, ratificó la sentencia de alzada y señaló que la interpretación hecha por el tribunal *a quo* del concepto de "terrenos de la comunidad" abarcando las tierras utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas pese a ser de dominio ajeno. Para ello se apoyó en las normas del Convenio N° 169, particularmente los artículos 13, 15 y 16 (Rol N° 2840-08, considerando 7°).

De esta manera, el ordenamiento jurídico se abre a una concepción plural de la propiedad, lo cual permite proteger los territorios indígenas con los dispositivos que el ordenamiento dispone para garantizar el derecho de propiedad. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado: "77°. Que el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental, *asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena*, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley".

La idea del hábitat indígena como objeto de protección especial está reforzada en el artículo 7.1 del Convenio que establece que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a definir sus propias prioridades de desarrollo en la medida en que afecte, entre otros aspectos, "las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera". En el mismo sentido, el artículo 14.1 señala que "deberán tomarse medidas para *salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos*, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" y establece el deber estatal de delimitarlas y garantizar su protección efectiva (art. 14.2). En este sentido, la CEACR ha recordado que "la existencia de un proyecto de exploración o de explotación de proximidad inmediata a las tierras ocupadas o utilizadas de alguna manera por los pueblos indígenas, o, que afecte directamente los intereses de dichos pueblos, caería dentro del alcance del Convenio" (OIT 2007a, 599). Lo mismo ha sostenido el Consejo de Administración en relación con la obligación estatal de consulta previa a la explotación de los recursos del subsuelo: "La consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los *recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera*, tengan o no título de propiedad sobre los mismos" (OIT 2007c, párr. 48).

Finalmente, cabe señalar que es la noción de hábitat y la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con ella, la que explica la proscripción del traslado forzoso de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales, contemplada en el artículo 16 del Convenio. El análisis de esta disposición lo haremos más adelante, a propósito de los casos en que la obligación estatal de consulta previa deviene en derecho el consentimiento libre, previo e informado.

2.1.2. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDÍGENA SOBRE LA TIERRA

A) EL ALCANCE DE LA PROPIEDAD INDÍGENA Y EL USO DEL HÁBITAT

El Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de la tierra que tradicionalmente ocupan. Esta ocupación tradicional incluye el derecho a "utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (art. 14.1).

De esta manera, el Convenio abre el concepto de propiedad indígena sobre la tierra, de manera de incorporar en él la protección del territorio y hábitat indígena. Lo que busca es garantizar la continuidad de un modo de vida fundado en una particular relación con la tierra, que *requiere el reconocimiento de diversos grados de intensidad en el uso de la misma*. Así, algunos autores han identificado, junto al derecho a la propiedad tradicional, un *derecho de servidumbre tradicional*, es decir "un derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (Montt y Matta 2011, 199). En esta materia, la OIT ha señalado que el uso indígena de un territorio no es equivalente a la "presencia regular y permanente" de aquellos. Además, recordó que el Convenio no solo protege las áreas ocupadas de alguna manera por los indígenas, sino también el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte, entre otros elementos, a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera (art. 7.1). Por lo mismo, la explotación o exploración petrolera en las proximidades del territorio indígena puede afectar sus derechos territoriales (OIT 2001).

Ahora bien, en cualquier caso, los *usos concurrentes* no indígenas del hábitat indígena deben ser consensuados con los usuarios indígenas, de manera de no perturbar ni amenazar su uso tradicional. Para ello, el Convenio contempla diversos mecanismos de participación y consulta que revisaremos más adelante.

Cuadro N° 3. Artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT.

Artículo 14
1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Consecuentemente con el carácter constitutivo de la relación entre pueblos indígenas y hábitat, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la protección que el artículo 21 de la CADH otorga a la propiedad tradicional indígena, alcanza tanto a las tierras como a los recursos naturales que se encuentren en ellas y los demás elementos inmateriales que sean valiosos para la cultura indígena, puesto que de otra manera "el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido" (*Saramaka vs. Surinam* 2007, párr. 122). Asimismo la Corte IDH señala que el derecho al territorio incluye "administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales" (ídem, párr. 194c)[52]. De esta manera, *quedan protegidas no solo las tierras indígenas, sino también "las aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma"*, tal como señala el artículo 25 de la Declaración de Derechos de los PP.II.

El señalado artículo 14.1 del Convenio reconoce "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras *que tradicionalmente ocupan*". Una interpretación *literalista* y aislada de la norma puede llevar a la conclusión de que el Convenio solo protege las tierras indígenas en las que concurran dos circunstancias: a) ser de carácter ancestral y b) estar actualmente ocupadas. Sin embargo, ello no es así. Por una parte, la propiedad indígena incluye no solo las tierras ancestrales, sino también aquellas que puedan haber sido ocupadas recientemente, por lo general, como respuesta a una situación de despojo y/o desplazamiento forzado. Así lo ha señalado el Consejo de Administración de la OIT: "El hecho de que los derechos de tierras tengan un origen más reciente que el de los tiempos coloniales no es una circunstancia determinante. El Convenio [...] también podría abarcar situaciones en las que los pueblos indígenas tienen derechos sobre las tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones". En consonancia con esta interpretación, la Declaración de Derechos de los PP.II. en su artículo

52 En este sentido, la Corte ha señalado que conforme el artículo 1° de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -ambos ratificados por Chile y vigentes- es aplicable a los Pueblos Indígenas y que: *"en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán 'provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural' y pueden 'disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para que no se los prive de 'sus propios medios de subsistencia'"* (ídem, párr. 93).

26.2 consagra el derecho de los pueblos indígenas "a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, *así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*". Por otra parte, la actualidad de la ocupación tampoco es un elemento determinante, tal como veremos a continuación.

B) LA POSESIÓN INDÍGENA

El reconocimiento de la posesión tradicional indígena como fuente de derechos es un aspecto central del Convenio. En esta materia, el CEACR ha venido sosteniendo que "la ocupación tradicional confiere derecho a la tierra independientemente de que tal derecho se hubiera reconocido o no" (OIT 2003, 739).

Asimismo, ha señalado que,

> En general, los pueblos indígenas no tienen títulos legalmente constituidos según el derecho civil pero que tanto el Convenio núm. 107 como el Convenio núm. 169 establecen que la *"ocupación tradicional" es, en sí misma, fuente de derechos [...] Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido.* La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que *el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio* (OIT 2009a, 742 y ss.).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha reconocido la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad que les corresponde sobre ella (caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* 2001). El fundamento normativo para afirmar esta cuestión fue justamente la garantía sobre la propiedad establecida en el artículo 21 de la CADH interpretada evolutivamente, según las palabras de la propia Corte (ídem, párr. 148)[53]. Asimismo, ha justificado la ampliación del concepto de propiedad protegida en el sistema interamericano para que incluya las tierras y territorios indígenas

---

53 Ídem, párr.146; también Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 125

en "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos" (*Yakye Axa vs. Paraguay* 2005, párr. 137)[54].

En consonancia con los argumentos vertidos, la Corte IDH ha modificado las reglas generales de la prescripción civil, en función de la protección de un concepto plural de propiedad. Al respecto ha señalado que los pueblos indígenas siguen teniendo derechos sobre sus territorios mientras subsista su particular relación con sus "tierras tradicionales", aun cuando hayan sido despojados de ellos hace largo tiempo, por lo tanto, "la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas" (*Sawhoyamaxa vs. Paraguay* 2006, párr. 130 y 131).

C) LA DEMARCACIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

El Convenio no se limita a reconocer la propiedad tradicional indígena, sino que también establece expresamente la obligación estatal de determinar las tierras indígenas y garantizar de manera efectiva su protección (art. 14.2). Esto incluye la necesidad de implementar mecanismos de reclamación de tierras (art. 14.3). Tomando en cuenta las dificultades técnicas que conlleva este proceso, la OIT ha recomendado que mientras el mismo está pendiente, se deben tomar medidas provisorias de resguardo de los derechos territoriales indígenas (OIT 2007c).

Por otra parte, el Convenio establece la obligación positiva de "[impedir] que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos" (art. 17.3). En un sentido similar, el artículo 18 ordena que "la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones", por lo que los Estados deben tomar las medidas pertinentes para evitar o detener las intrusiones no autorizadas en territorios indígenas (OIT, 2009a).

---

54 También Corte IDH, *Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 121

Finalmente, el artículo 19.a establece que los programas agrarios nacionales deben contemplar la asignación de tierras adicionales a los pueblos interesados, cuando estos así lo requieran para llevar una existencia normal o porque así lo exija su crecimiento demográfico. Todas estas medidas deben ser tomadas con la participación y consulta de los pueblos indígenas.

2.1.3. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Desde el comienzo del largo camino que los pueblos indígenas han debido recorrer en el derecho internacional para convertirse en sujetos del mismo, la estrecha relación que los une con el medio ambiente siempre ha estado presente. Así por ejemplo, en 1992 se suscribió el Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas que en su artículo 8, letra j, establece que los Estados deben,

> Respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

Por su parte, el Convenio establece una serie de disposiciones que buscan proteger directamente el medio ambiente, adicionalmente a las ya referidas a las tierras, territorios y hábitat. Así, el artículo 4, cuando ordena la adopción de medidas especiales, lo hace "para salvaguardar [...] el medio ambiente de los pueblos interesados". En el mismo sentido, el artículo 7.4 establece que "los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan".

Una de aquellas medidas especiales que deben tomarse es la contemplada en el artículo 7.3 relativa a la necesidad de efectuar estudios, "en cooperación con los pueblos interesados, a fin de *evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas* puedan tener sobre esos pueblos". Se trata de estudios de impacto socio-ambiental cuyos resultados deben ser "considerados como *criterios fundamentales* para la ejecución de las

actividades mencionadas". Esto es sin perjuicio de las normas sobre consulta, participación y control sobre recursos naturales que veremos más adelante.

A este respecto, cabe señalar que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) consagrado en el sistema normativo chileno, que fuera tratado en el capítulo 1 de este libro, incorpora en la dimensión ambiental, además de los aspectos naturales y paisajísticos, la alteración de costumbres humanas y los impactos sobre la salud de las personas. Esto es lo que se denomina "variable antropológica", es decir, aquella variable que contempla la evaluación de impacto a pueblos, tierras y/o territorios indígenas y que explica que el hecho de que una actividad emplazada cerca de una población protegida por leyes especiales deba ingresar al sistema mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no de una simple Declaración de Impacto Ambiental (DIA) (Yáñez et al. 2004).

En definitiva, el SEIA se constituye como un instrumento de protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en Chile, a la luz del Convenio N° 169. Esto significa que al evaluar un proyecto o actividad, los órganos del Estado deben orientarse por los criterios recogidos en el sistema normativo tomado como un conjunto, incluyendo la Constitución[55], la Ley de Desarrollo Indígena, el Convenio N° 169 de la OIT y los demás instrumentos internacionales vigentes. Por ello, al evaluar un proyecto con pertinencia indígena, los organismos públicos competentes deben: a) facilitar la conservación de las manifestaciones étnicas y culturales propias de las pueblos indígenas[56]; b) proteger las tierras y territorios indígenas como

---

55 El inciso cuarto del artículo 1 de la Constitución (CPR) establece el deber estatal de *"contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible"*, con pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales. Esto implica, entre otras cosas, que debe garantizarse a los indígenas el derecho a pertenecer a su *cultura societal* libremente elegida, en cuanto el Estado está a constitucionalmente obligado a promover y proteger este derecho en tanto la cultura propia es una *condición social* que permite la realización material y espiritual de las personas que a ellas pertenecen. Por eso se dice que la noción de dignidad personal "podría ampliarse hasta comprender la obligación del Estado de promover la dignidad de las personas [...] que no desean renunciar a su identidad como miembros de un pueblo originario indígena" (Ruiz-Tagle 2002, 220).

56 Artículo 5° Ley 19.253; artículo 5° letra a) Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C° 169); artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. y artículos 5, 8.1; artículo 11 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPPII).

fundamento de la existencia y cultura indígenas, "incluyendo la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera", velando por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico[57]; y c) respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, permitiendo que ellos mismos definan sus prioridades de desarrollo[58]. Para esto, el ordenamiento jurídico chileno establece el deber estatal de consulta a los pueblos indígenas en las materias legislativas y administrativas que les puedan afectar, el que, como veremos más adelante, complementa los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el SEIA.

A) LOS RECURSOS NATURALES: PROTECCIÓN Y CONTROL

La cuestión de los recursos naturales en los territorios indígenas es otro de los aspectos centrales del Convenio. Desde la cosmovisión indígena, los recursos naturales son parte integrante del hábitat y, por lo mismo, la relación con estos debe darse desde el respeto y el equilibrio y no desde la simple explotación (que normalmente ha degenerado en devastación).

Por otra parte, el Convenio avanza hacia la realización de la autonomía de los indígenas, la que implica, entre otras cosas, el control de estos sobre sus medios de vida. No se trata de una mera cuestión de supervivencia física, sino de la autodeterminación de las formas de desarrollo como mecanismo de preservación cultural. De hecho, el Convenio se adoptó, conforme a su preámbulo, "reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven". Consecuentemente con ello, el Convenio establece "el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural"

57 Artículo 1° inciso 3° Ley 19.253; artículo 13 C° 169; artículo 1° del PDCP; artículo 1° el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU. (PDESC), artículo 26 de la DDPPII.

58 Artículo 1° inciso 3° Ley 19.253; artículo 7.1 C° 169; artículo 32 DDPPII.

(art. 7.1)[59]. De ahí que existan diversas disposiciones de protección de los recursos naturales y de control indígena sobre los mismos.

La norma central en esta materia está contenida en el artículo 15.1: "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el *derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*".

Este artículo introduce dos importantes novedades al ordenamiento jurídico chileno, en función del pluralismo jurídico que el Convenio reconoce en relación con el concepto de propiedad. Primero, conforme al artículo 13.2, cuando hablamos de tierras incluimos el concepto de territorio, por lo que este no se refiere únicamente a los recursos que están al interior de la propiedad entendida conforme a los cánones clásicos del derecho civil, sino a todos aquellos que interactúan en el hábitat indígena. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, el artículo 15 innova al reconocer derechos sobre los recursos asociados a la tierra, superando la segmentación que en las últimas décadas se ha producido en Chile, particularmente en lo que se refiere al agua y los recursos del subsuelo.

Cuadro N° 4. Artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

Artículo 15
1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

59 Esto es plenamente acorde con lo establecido en el artículo 32 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas: "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos".

Tras una larga discusión cuyos orígenes se remontan a la década del 70 del siglo pasado, la comunidad internacional ha arribado a un consenso en torno a la existencia del derecho humano al agua. Así lo declaró en agosto de 2010 la propia Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/64/292[60]. Este derecho se constituye como condición de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y, por lo tanto, está amparado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PDESC) (Yáñez et al. 2011). Por otra parte, la DDPI ya había reconocido el derecho de aquellos "a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras" (art. 25). Por su parte, si bien el Convenio Nº 169 no hace una referencia explícita a este derecho, este sí queda protegido bajo las normas de administración y control de los recursos naturales y la protección del hábitat indígena.

En lo que atañe al agua como recurso esencial para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, el Convenio supone un enorme desafío para el Estado chileno. Esto por cuanto el régimen jurídico del agua en Chile está radicalmente privatizado, constituyéndose como un *mercado del agua* casi completamente separado de su uso. A diferencia del *modelo de redistribución administrativa de los derechos* que imperaba en país hasta la promulgación del Código de Aguas de 1981, que fuera tratado en el capítulo 1 de esta publicación, donde las concesiones estaban condicionadas por un sistema de *usos prioritarios* (consumo personal, riego, generación eléctrica y uso industrial) en función del *uso beneficioso del agua*, actualmente la distribución de los mismos se deja a manos de los mecanismos de mercado (Yáñez et al. 2011). De hecho, el Código de Aguas establece un derecho real de aprovechamiento perpetuo y no condicionado, el que es transferible, transmisible, prescriptible y separado de la titularidad de la tierra por donde escurre el recurso.

En este complejo escenario normativo, la Ley 19.253 reconoció los derechos ancestrales de las comunidades indígenas del norte del país sobre sus aguas, permitiendo su regularización aun contra derechos posteriores

60 Señala el citado instrumento que "La Asamblea General [...] 1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos".

inscritos[61]. De hecho, la Corte Suprema ha establecido la primacía del uso consuetudinario indígena sobre sus aguas, frente a la inscripción de las mismas hecha por terceros, fundando la propiedad indígena en la posesión ancestral y señalando que la inscripción es únicamente una fórmula para delimitar con certeza su punto de captación y caudal (caso *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A*, rol 986-2003).

Posteriormente, la Corte Suprema ratificó la regularización de derechos de aguas solicitados por la Comunidad *aymara* de Chusmiza-Usmagama respecto de aguas que han sido de su propiedad ancestralmente y que estaban aparentemente inscritas a nombre de la sociedad explotadora de aguas (caso *Agua Mineral Chusmiza con Comunidad aymara Chusmiza-Usmagama*, rol 2840-08). En la resolución de este juicio, la Corte reafirmó la jurisprudencia que se ha ido esbozando en el último lustro. Además, invocó el concepto de hábitat indígena al entender la voz "terrenos de la comunidad", usada en el artículo 64 de la Ley 19.253, como referencia "a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas", e indicó que ese entendimiento es el único que "posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades" (considerando 7°). Asimismo, la Corte estableció que "lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio [artículo 64 Ley 19.253], en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte" (considerando 7°). Para llegar a esta conclusión, recurrió al artículo 15.1 del Convenio que ordena la protección especial de los recursos

61 El artículo 64 de la Ley 19.253 señala: "Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. *Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.* No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas" [sic].
Por su parte, el artículo 3 transitorio, inciso 2, del mismo cuerpo legal indica: "Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la *protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas* de conformidad al artículo 64 de esta ley".

naturales presentes en tierras indígenas y lo relacionó con el artículo 13.2 del mismo, que establece el concepto de hábitat[62].

Por otra parte, si bien el Convenio distingue entre recursos del suelo y recursos del subsuelo, lo hace respecto de aquellos en que el Estado tenga dominio preferente, cuestión que no se da en el caso de las aguas (art. 15.2). Como hemos visto, estas son consideradas en general como bienes nacionales de uso público, pero, en el caso de las aguas indígenas, el artículo 64 de la Ley 19.253 establece expresamente que las aguas que se encuentren en los terrenos indígenas "serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley", reconociendo así el pleno dominio de los indígenas sobre las aguas de su hábitat. Cabe recordar que el mismo artículo 64 usa la expresión "tales como" al enumerar las fuentes de agua protegidas, lo cual deja abierta la lista y evidencia su carácter no taxativo. Asimismo, el inciso segundo de la misma norma establece que: "no se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y *otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas* establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas". Esta es otra manera en que la ley reconoce la interconexión entre los diversos caudales de una cuenca hidrográfica[63].

62 Siguiendo el razonamiento esbozado, podemos concluir que la protección que el Convenio otorga a las aguas indígenas en tanto recurso natural incluye a las aguas subterráneas. Esto, por varias razones. Primero, por la evidente interconexión entre las cuencas hídricas con sus escurrimientos superficiales y endorreicos, incluyendo aquellas denominadas "cerradas" por no conectarse topográficamente con el mar (Yáñez et al. 2011). De hecho, esta *unidad ecológica del caudal* está consagrada en el Código de Aguas. Así, en su artículo 22 establece que la constitución de derechos de aprovechamiento debe hacerse sin perjudicar derechos de terceros "y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3°", el que a su vez define la cuenca u hoya hidrográfica como "las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente" constituida por "todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente". Complementando esta norma, el artículo 14 establece que "la extracción o restitución de las aguas se hará siempre *en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas*, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades".

63 Aun en el caso de que se pretendiera aplicar el régimen general de aguas a las aguas de los pueblos indígenas, persiste su derecho a la consulta. El artículo 15.2 del Convenio así lo determina. Y no solo reafirma el derecho a la consulta

Finalmente, las normas de protección de la integridad cultural indígena refuerzan la protección del recurso hídrico en sus territorios. Como señalan Yáñez et al. "es común a las comunidades indígenas su dependencia material y espiritual del conocimiento, uso y manejo de los recursos hídricos desde su asentamiento ancestral en los territorios de origen" (Yáñez et al. 2011, 13). De ahí que "la conservación de este recurso [sea] un derecho irrenunciable para los pueblos indígenas, que no puede ser enajenado o alterado negativamente en su calidad y cantidad por terceros, pues de él depende su reproducción social, económica y cultural" (Yáñez et al. 2011, 14).

Como vemos, interpretando la legislación vigente a la luz del Convenio N° 169 de la OIT, el ordenamiento jurídico ha procurado la protección de las aguas indígenas. Esta protección se ha consolidado a nivel judicial, lo que por un lado es una buena noticia, pero por otro evidencia la tensión que existe entre el sistema de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas y los derechos de los pueblos indígenas. Si a esto le agregamos las dificultades de acceso a la justicia que afectan a las poblaciones más vulnerables del país, entre ellas, los indígenas, se hace patente la brecha de implementación que afecta al Convenio en relación con la protección de aguas indígenas.

SOBRE LA EXPLOTACIÓN MINERA

Respecto a los recursos del subsuelo, particularmente las riquezas mineras e hidrocarburos, el Convenio les reconoce un estatuto diferenciado en consideración a la importancia que muchos Estados les atribuyen, la que se expresa en reservas constitucionales de propiedad[64]. En estos

respecto de aquellos recursos del subsuelo que pertenezcan al Estado, sino que aclara que dicha consulta debe verificarse aun antes de las actividades de prospección. De esta manera, la exploración de aguas subterráneas en territorio indígena requiere de evaluación de impacto ambiental con participación y consulta a los pueblos susceptibles de ser afectados.

64 En el paradójico caso chileno, la Constitución establece que: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas" (art. 19 N° 24). Sin embargo, la

casos, el Convenio reconoce un *dominio preeminente* del Estado (art. 15.2). Como una suerte de compensación a la amenaza que esto supone para la territorialidad indígena y lo que ella implica, el tratado refuerza el deber de consulta previa y el derecho a la indemnización en caso de daños, cuestión esta última que no es sino una repetición de las reglas generales de la responsabilidad civil[65].

Respecto a la primera compensación, también estamos ante una repetición de las reglas generales, esta vez, las establecidas en el propio Convenio: conforme a sus artículos 6 y 7, el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas en forma previa a cualquier decisión pública susceptible de afectarlos. Por lo mismo, este deber de consulta reafirmado en el artículo 15.2 debe desarrollarse durante todo el eventual proceso de exploración y explotación minera, y no solo realizarse en forma previa a las autorizaciones iniciales respectivas, pues dicha obligación alcanza a todo el *íter* del proyecto, como consecuencia del principio de participación y de la obligación de adoptar una acción coordinada y sistemática en la aplicación del Convenio. Asimismo, debe verificarse de buena fe, mediante procedimientos adecuados, que se está orientado a alcanzar el consentimiento de los pueblos interesados y, en general, a cumplir con el estándar de consulta del Convenio.

Adicionalmente, la norma establece el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos, lo que constituye la verdadera novedad de la norma. Su objetivo es compatibilizar el interés social en la explotación de los recursos del subsuelo con los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos necesarios para asegurar su subsistencia y autodeterminación económica, social y cultural.

Ley Orgánico Constitucional que rige la materia, permite la constitución de concesiones mineras de explotación, oponibles al Estado, protegidas por el derecho a la propiedad y de carácter indefinido (arts. 1, 2 y 17, Ley N° 18.097). Además, "la privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella" (art. 6). O sea, para efectos prácticos, la propiedad de la concesión es indistinguible de la propiedad del yacimiento. Por su parte, el Estado está autorizado a explotar las minas a través de sus empresas destinadas al efecto, pero para ello debe obtener la respectiva concesión minera (art. 5), diluyéndose así el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible, descrito en la Constitución.

65 El Código Civil chileno señala al respecto: "Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

A este respecto, hay quienes consideran que no se trata de una norma que consagre derechos fundamentales, pues la participación en los beneficios no constituiría un factor esencial de la identidad y forma de vida de los pueblos indígenas; además la norma estaría sujeta a la fórmula "siempre que sea posible", cuestión que evidenciaría su carácter no fundamental (Montt y Matta 2011). En cualquier caso, resulta indiscutible que la citada disposición constituye una obligación internacional plenamente vigente para el Estado de Chile, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional. A este respecto, la Corte IDH ha señalado que, frente a una actividad minera en territorio indígena, el Estado tiene la obligación de "consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, *permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión* y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social" (caso *Saramaka vs. Surinam* 2007, párr. 155).

Ahora bien, cabe aclarar el alcance de esta restricción a los derechos territoriales indígenas. Para ello, como hemos visto, debemos interpretarla en relación con el resto de las normas del Convenio y su contexto y echar mano de otras fuentes del derecho internacional. Esto, tanto por lo imperativo de las normas de interpretación de tratados ya citadas, como por el principio de interconexión de las normas de derechos humanos, consagrado en el propio Convenio[66].

Hemos visto que el Convenio contiene diversas normas que exigen al Estado proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, los artículos 4.1 y 7.4 requieren de la adopción de medidas especiales para la protección del mismo y el 7.3 exige la realización, en cooperación con los pueblos indígenas, de estudios acerca del impacto de las actividades de desarrollo que se pretendan implementar y puedan afectarlos. Esto es relevante, en la medida en que los emprendimientos mineros suelen tener drásticos efectos en el entorno donde se desarrollan. De hecho, la DDPI exige al Estado buscar el consentimiento previo, libre e informado "antes de aprobar cualquier proyecto que afecte [las] tierras, territorios o recursos [de los

---

66 "Art. 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales".

pueblos indígenas], particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art. 32.2); además establece el deber de reparación y mitigación (art. 32.3). Estas exigencias son plenamente acordes con "el derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos" establecido en el artículo 32.1 del mismo instrumento.

Esta elevación del estándar relativo al control indígena sobre sus recursos y hábitat es especialmente fuerte en los casos en que las características del emprendimiento minero amenacen la supervivencia de las poblaciones afectadas. Así lo ha señalado la Corte IDH en el *Caso Saramaka vs. Surinam* (2007):

> 134. Asimismo, la Corte considera que, *cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.* La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.
> 135. [...] En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que *"es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo".*
> 136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados *deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.*

En el mismo sentido, el relator especial de Naciones Unidas ha señalado que "en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga *impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada*" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009b, párr. 39).

De esta manera, podemos concluir que si bien el Convenio reconoce el dominio preeminente del Estado sobre el subsuelo, el ejercicio de sus atribuciones debe respetar los derechos de participación de los pueblos

indígenas y, más aún, debe garantizar su integridad cultural, cuestión íntimamente vinculada a la indemnidad de su hábitat.

2.2. Sobre los contactos y cooperación a través de las fronteras

Los pueblos indígenas se caracterizan por su preexistencia a los Estados nacionales y sus fronteras. De ahí que muchos de ellos tienen presencia en diversos territorios estatales. En el caso chileno, por ejemplo, los *mapuche* viven a ambos lados de la cordillera, al igual que los *diaguita* y *coya*. Los *aymara* y *quechuas* además habitan el altiplano peruano y boliviano. Por otra parte, estos pueblos han mantenido secularmente relaciones políticas, culturales y económicas con sus vecinos. De ahí que el Convenio establezca el deber estatal de facilitar el contacto y cooperación transfronterizo entre pueblos indígenas: "Artículo 32. Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente".

La implementación de este derecho puede implicar la necesidad de que el Estado adopte acuerdos con países vecinos. Sin embargo, esto no es siempre necesario. Por ejemplo, el estado de Amazonas de la República Bolivariana de Venezuela, ha reconocido unilateralmente "el derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas que habitan en espacios fronterizos internacionales, al libre tránsito de bienes y personas por sus fronteras", como consecuencia del "reconocimiento a su condición de preexistencia al Estado Nacional" (art. 56).

2.3. Participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten

Como vimos en la primera parte de este trabajo, la participación de los pueblos indígenas en los asuntos susceptibles de afectarles ha sido caracterizado por la propia OIT como la piedra angular del Convenio y al mismo tiempo "sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países" (OIT 2009a, 731). De la misma manera, el CEACR ha señalado que "las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las

demás disposiciones" (OIT 2007b, párr. 3). A continuación revisaremos las más importantes expresiones del derecho a la participación de los pueblos indígenas.

Las normas relativas a la participación indígena se pueden distinguir entre aquellas que buscan garantizar la participación igualitaria de los indígenas en la vida pública, o sea, a la par del resto de los miembros de la sociedad; las que reconocen un espacio especial de participación en los asuntos que les atañen particularmente, y aquellas que constituyen una expresión de la autonomía indígena. A continuación revisaremos cada una de ellas y dedicaremos un acápite separado para analizar la obligación estatal de consulta previa, la que constituye la modalidad fundamental de aplicación del Convenio y la *contracara* del derecho a la participación.

2.3.1. PARTICIPACIÓN POLÍTICA IGUALITARIA

El artículo 6.1.b del Convenio obliga a los Estados a "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". Esta cuestión puede requerir una serie de adaptaciones que permitan a los pueblos indígenas participar de la vida pública nacional desde su propia especificidad, pues la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos "requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales" (caso *Yatama vs. Nicaragua* 2005, párr. 201). Particularmente relevantes en esta materia son las normas electorales, pues normalmente están pensadas y elaboradas desde una perspectiva occidental que no contempla las formas de organización propias de los pueblos indígenas, cuestión destacada en la sentencia aludida[67].

De esta manera, el Convenio interpretado a la luz del derecho internacional concurrente, obliga a abrir espacios de participación indígena efectiva en el ámbito regional, provincial y municipal e incluso, a adaptar el sistema electoral, de manera de facilitar la participación

67 Ver especialmente párrafo 220.

de organizaciones indígenas y la integración de sus representantes en los órganos de elección popular.

En palabras de la Corte IDH:

> 225. La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan *participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización*, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención (caso Yatama vs. Nicaragua 2005, párr. 201).

2.3.2. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE DESARROLLO QUE LES AFECTEN

Aquí se establece la obligación específica de permitir y facilitar la participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo. Se trata de una participación activa en "la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente", o sea, no se limita al momento de planificación de las políticas públicas de desarrollo, sino que incluye su implementación y la evaluación de las mismas. Esto significa que es necesario establecer mecanismos que incorporen la participación indígena en la institucionalidad estatal tanto a nivel nacional como regional, los que deben ser concordados con los propios interesados de manera que respondan a sus propias formas de organización.

Puede llamar la atención que este derecho a participar en la elaboración e implementación de políticas públicas no se limite a aquellas con pertinencia indígena, sino que alcanza incluso a las políticas nacionales de desarrollo, en la medida en que puedan afectarlos. La razón que explica este amplio alcance está dada por la necesidad de compatibilizar los proyectos de desarrollo de los otros sectores de la

población con los planes que los propios indígenas adoptan para sí conforme al derecho que analizaremos a continuación.

2.3.3. EL DERECHO A DECIDIR LAS PROPIAS PRIORIDADES DE DESARROLLO Y A CONTROLAR SU DESARROLLO ECONÓMICO SOCIAL Y CULTURAL

Este derecho constituye una concreción directa de la autonomía consagrada en el preámbulo del Convenio Nº 169[68]. Para entender el alcance de esta participación es necesario revisar lo establecido en el artículo 4 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas en relación con el artículo 35 del Convenio Nº 169 que prohíbe aplicar sus disposiciones en desmedro de derechos reconocidos mediante instrumentos internacionales. Aquel señala que "los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

Este derecho de autodeterminación de las propias formas de desarrollo fundamenta y a la vez depende de la vigencia de los derechos territoriales que el Convenio reconoce a los pueblos indígenas. También determina el alcance de la obligación de consulta y la determinación del consentimiento previo, libre e informado como requisito para la adopción de medidas tales como la aprobación de proyectos de inversión que afecten sus territorios. Esto por cuanto, en muchos casos, existe incompatibilidad entre proyectos e inversiones externas a los pueblos indígenas y sus propias prioridades de desarrollo.

68 El párrafo quinto de la misma señala: "La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: [...] Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; [...] adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989".

Cuadro Nº 5.
Artículo 7 del Convenio Nº 169 de la OIT.

Artículo 7
1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2.4. La consulta previa, de buena fe y con la finalidad de alcanzar el consentimiento

El artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT establece una obligación para el Estado en orden a garantizar que se implementen procesos de consulta respecto de la adopción de medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Se trata de una norma fundamental de aplicación del Convenio, sobre la cual descansa su vigencia y efectividad.

CUADRO N° 6.

ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO Nº 169 DE LA OIT.

Artículo 6
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

2.4.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA: UNA OBLIGACIÓN ESTATAL

La consulta previa emana del derecho a la participación que el Convenio Nº 169 reconoce a los pueblos indígenas respecto de la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. Como ha señalado el CEACR, "el establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones" (OIT 2009b, 59) y para que los pueblos indígenas "puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009a, párr. 41). Al tratarse de una obligación estatal, su omisión, en tanto procedimiento obligatorio para la entidad correspondiente, acarrea la ilegalidad y consiguiente nulidad de los actos administrativos o legislativos vinculados[69]. Al mismo tiempo, su omisión arbitraria permite la interposición de la acción constitucional de protección, en la medida en que aquello afecta derechos garantizados por dicha acción.

A este respecto, en Chile la Corte Suprema ha hecho varios pronunciamientos, confirmando la relación que existe entre la obligación estatal de consulta y diversos derechos constitucionales. Así, resolviendo el recurso de protección, Mauquepillan con COREMA Valdivia (rol 6062-2010), interpuesto en contra de la autorización otorgada para la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos en las inmediaciones de una comunidad *mapuche* mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), la Corte señaló que la omisión de la consulta previa "contemplando [...] los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales", constituye una actuación ilegal que *afecta la garantía que protege el medio ambiente libre de contaminación, consagrada en el artículo 19 N° 8 constitucional* (considerandos 3° y 4°). En otro fallo, la Corte ha considerado que la omisión de la consulta previa conforme al estándar convencional antes de autorizar la actualización un Plan Regulador Comunal, *vulnera el derecho a la igualdad ante la ley*, "porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica "no igualar" para los efectos de resolver" (caso Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA de Antofagasta, rol 258-2011, considerando 7°). Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, *consideró vulnerada la garantía de la integridad síquica de los miembros de la comunidad mapuche* de Chilcoco al llevarse a cabo trabajos de intervención en el cerro Colo-Colo, de importancia ceremonial para la comunidad, sin consulta previa (caso *Comunidad Indígena de Chilcoco con Ilustre Municipalidad de Arauco*, rol 289-2010).

69 En el mismo sentido Fernández y de la Piedra, 2011. En sentido contrario, Valdivia afirma que la nulidad del acto administrativo está reservada solo para incumplimientos graves de formalidades legales, cuestión que no ocurriría con la omisión de la consulta. El autor homologa la consulta previa a otros mecanismos de participación cuya finalidad es ilustrar a la autoridad (Valdivia, 2011). Como veremos más adelante, la finalidad de la consulta es diferente (visibilizar impactos en un contexto de interculturalidad y alcanzar el consentimiento frente a las medidas propuestas), por lo que su omisión sí resulta esencial.

2.4.2. EL OBJETO DE LA CONSULTA

La consulta es una obligación dirigida al Estado en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (art. 6). Esta referencia genérica tiene varias especificaciones. Así tenemos el deber de consultar antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (art. 15.2); al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a terceros (art. 17); en la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (art. 22), y en las medidas relativas a derechos lingüísticos y educativos (art. 28).

La enumeración precedente no constituye una lista taxativa de casos en que se requiere consulta previa, sino más bien refleja situaciones que la comunidad internacional considera especialmente relevantes para estos efectos y permite orientar la interpretación para establecer el alcance del criterio de *afectación directa* que revisaremos a continuación.

A) LA AFECTACIÓN DIRECTA

El Convenio se refiere a medidas "*susceptibles* de [afectar] directamente" a los pueblos indígenas. O sea, lo que se requiere es que *sea posible* que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía. No se necesita que la afectación sea cierta, ni siquiera evidente, dado que *justamente lo que busca el mecanismo de consulta es facilitar, mediante un diálogo de buena fe, la visibilización de impactos que no resultan palmarios para quienes no pertenecen ni conocen las valoraciones de las culturas protegidas.*

Por esto, si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier "decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad", pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009a, párr. 43).

De esta manera, la cuestión de la determinación de cuándo consultar no está en última instancia en manos del Estado. Por el contrario, *la sola representación (de buena fe) por parte de una comunidad indígena de que un asunto puede afectarle directamente, debe gatillar el proceso de consulta.*

En segundo lugar, la afectación no debe ser remota y debe impactar de un modo específico a los pueblos indígenas, o sea, debe tratarse de una cuestión que afecta de un modo distinto a como lo hace respecto de otros miembros de la sociedad no indígenas (Contesse 2012).

Finalmente, el criterio de afectación directa no determina únicamente cuándo se consulta, sino también a quién. Las características de la medida propuesta y el alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas y tribales determina si debe consultarse a los pueblos en su conjunto (vg. reforma constitucional) o a grupos y/o comunidades afectados particularmente (vg. proyecto de explotación minera) (NN. UU./Consejo DD.HH. 2009a).

B) EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN

El Convenio habla de consultar "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar" directamente a los pueblos interesados. La norma es clara tanto en su literalidad como en su ubicación (sobre "política general") en cuanto a que la consulta debe llevarse a cabo *siempre* que se contemplen estas medidas (Contesse 2012). Destacamos este punto por cuanto aún está vigente el polémico Decreto Supremo N° 124 de 2009. Este pretendió excluir del ámbito de aplicación obligatoria del Convenio a los municipios, los órganos estatales constitucionalmente autónomos y las empresas estatales, además de remitir a "los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales" respecto de los proyectos de inversión (artículos 4 y 5). Se trata por cierto, de un

reglamento antijurídico, nulo e inaplicable, porque violenta el principio de legalidad consagrado en la Constitución[70] (Meza-Lopehandía 2009b).

2.4.3. DESTINATARIO DE LA OBLIGACIÓN

A) EL ESTADO, NO LOS PRIVADOS

Ya hemos dicho que la consulta previa es una obligación estatal. Sin embargo, cabe volver sobre el asunto para despejar un par de cuestiones relevantes. La primera es que, por definición, las consultas realizadas por privados, típicamente antes de emprender proyectos de inversión –o incluso antes de someterlos a los sistemas de evaluación de impacto–, no cumplen con el estándar del Convenio. Esto no solo porque, conforme al derecho internacional de tratados, quien resulta obligado por el Convenio es el propio Estado, sino porque el propio texto del Convenio lo señala explícitamente: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, *los gobiernos deberán consultar* a los pueblos interesados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (art. 6.1).

Al respecto, la OIT ha señalado que "la Comisión hace notar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, *es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas*" (OIT 2005b, párr. 6). Esta cuestión no es menor, ya que ha sido usual en nuestro país que las empresas presenten sus propios procesos de socialización con las comunidades indígenas como forma de evitar la consulta estatal[71].

---

70 Conforme a estas normas los órganos del Estado deben adecuar su acción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella, previa investidura legal de sus integrantes y en la esfera de su competencia. No pudiendo arrogarse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los establecidos en la Constitución y las Leyes. Las normas del Convenio N° 169 son obligatorias para el Estado, y limitan el ejercicio de la soberanía conforme al artículo 5, inciso segundo de la Constitución.

71 Por ejemplo, la Compañía Minera Paguanta presentó el Proyecto Sondajes de Prospección Paguanta a la autoridad ambiental para su aprobación. El mismo se emplazaba en territorio de las comunidades *aymara* del Alto Tarapacá. La empresa señaló durante el proceso de evaluación de impacto ambiental que: "Tomando como referencia el espíritu de lo señalado en el Convenio N°169 de la OIT y la Ley 19.253, el titular ha tomado contacto

Ahora bien, cabe señalar que esto no significa que la empresa privada pueda actuar sin control ni respeto por los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por una parte, el Estado debe vigilar el comportamiento de las mismas en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por otra, las empresas están obligadas a no contribuir a que el Estado infrinja los derechos de los pueblos indígenas "ni [aceptan] dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009a, párr. 57).

B) EL GOBIERNO Y EL CONGRESO NACIONAL

Una segunda cuestión que merece la pena dilucidar es el alcance de la obligación en relación con los diversos poderes del Estado. Está claro que, desde el punto de vista del derecho internacional, el obligado por la ratificación del tratado es el Estado en su conjunto. Esto es relevante para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional del Estado ante un eventual incumplimiento: no puede escudarse en

directo con los representantes de las comunidades indígenas más cercanas al área del Proyecto, específicamente con las comunidades de Sibaya, Limaxiña, Achacagua, Cultane, Coscaya y Poroma... Lo anterior ha tenido como objetivo, iniciar el proceso de socialización, informando a las comunidades involucradas de los alcances de las actividades mineras que se están desarrollando en la zona, así como también las etapas posteriores a desarrollar. Además ha permitido conocer dudas e inquietudes de las comunidades cercanas al área de sondajes, lo que permite tener una visión más amplia y concreta para poder delinear planes de acción sustentables en materia social" (Adenda N° 3). Lo problemático de esta situación es que la COREMA autorizó el proyecto sin consulta previa y peor aún, la Corte de Apelaciones de Iquique consideró el proceso de socialización del proyecto como suficiente consulta conforme al Convenio N° 169. De hecho, señaló: "DÉCIMO QUINTO: Que además, en cuanto a la presunta infracción a la igualdad ante la ley, sostenida por el recurrente en relación con el Convenio N° 169 de la OIT,[...]cabe señalar que existen diversos antecedentes que permiten a este Tribunal dar por establecido que, [...] *han existido diversas consultas y comunicaciones con las comunidades indígenas involucradas, resultando injustificada la alegación del recurrente en orden a que, de esta forma, se estaría vulnerando el Convenio antes citado*, especialmente su artículo 6.1, que declara que deben existir mecanismos de consulta a los pueblos interesados, cuando se provean, entre otras, medidas administrativas que puedan afectarles directamente" (Corte de Apelaciones de Iquique, rol 472-2011). Al cierra de la edición de este capítulo, el caso esperaba pronunciamiento de la Corte Suprema (rol 11040-2011).

el derecho interno (*vg.* separación de poderes), para justificar dicho incumplimiento[72].

Ahora bien, sabemos que es el Estado el que debe consultar y que debe hacerlo antes de tomar decisiones administrativas y/o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Respecto de las decisiones administrativas, esto es, todo acto de ejercicio de "potestad pública no jurisdiccional", como ha señalado el Tribunal Constitucional (rol 1050-2008), no cabe duda de que es la propia administración, esto es, el poder ejecutivo, quien debe llevar a cabo el proceso de consulta. Pero respecto de las medidas legislativas, esto es, respecto de las leyes, ¿quién es el obligado?, ¿el Ejecutivo o el Legislativo? La norma específica sobre la consulta está referida al Gobierno (dice "los gobiernos deberán"), lo que podría interpretarse como que el obligado es exclusivamente el poder ejecutivo. Sin embargo, existen buenas razones para sostener que la obligación alcanza a ambos poderes colegisladores.

A este respecto, el relator especial James Anaya se ha referido al deber de consulta del Congreso Nacional como algo distinto y separado del deber del Gobierno central en esa materia. De hecho, en un informe dirigido específicamente al Estado de Chile, el relator dedicó un párrafo exclusivamente a aclarar este punto. Señaló expresamente que, aparte del proceso de consulta iniciado por el Ejecutivo en relación con el reconocimiento constitucional, "corresponde al mismo Congreso el deber de consultar con los pueblos indígenas del país el proyecto de reforma constitucional en materia indígena" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009b, párr. 17). De hecho, el relator rspecial hizo extensivas las recomendaciones contenidas en el informe citado "a los procesos de consulta sobre la elaboración de *toda medida legislativa*, administrativa, reglamentaria o política que afecte directamente los derechos y los intereses de los pueblos indígenas" y no solo a la cuestión de la reforma constitucional (NN.UU./Consejo DD.HH 2009b, párr. 13).

Para sostener esto, el relator se ha afirmado en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno:

> 52. Como se indicó anteriormente, la jurisprudencia constitucional chilena ha establecido que corresponde al Parlamento una obligación

72 La Convención de Viena sobre Tratados de 1969 señala al respecto: "27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". Énfasis en el original.

específica para llevar a cabo las consultas a los pueblos indígenas en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente. El cumplimiento de esta obligación requiere cauces institucionales adecuados para la consulta con los pueblos indígenas en los términos establecidos en el Convenio Nº 169 de la OIT (NN. UU./Consejo DD.HH 2009c).

En su oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que no solo existe esta obligación para el Congreso, sino que el artículo 6.1 del Convenio

> Está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender (Tribunal Constitucional, rol 309-2000, considerando 7°).

Esto es fundamental, por cuanto el Tribunal Constitucional confirma que el Convenio modifica la LOC del Congreso en cuanto *introduce una nueva norma en la tramitación interna de la ley, que es justamente, la consulta previa a los pueblos indígenas respecto de proyectos susceptibles de afectarles directamente*. Por ello, la omisión de la consulta acarrea la inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 5, inciso segundo de la CPR, y la nulidad de derecho público por omisión de la forma prescrita por la ley para la actuación de los órganos del Estado (art. 7 CPR). Ahora bien, cuando el Tribunal señala que la norma *podría* hacer obligatoria la audiencia de los pueblos indígenas en comisiones legislativas respectivas, debe entenderse que simplemente lo menciona como una posibilidad complementaria a la obligación central que tiene el Congreso en orden a realizar la consulta previa (no las comisiones) (Montt y Matta 2011). Será aquel, en acuerdo con los pueblos indígenas, quien establecerá el mecanismo para llevarlo a cabo.

2.4.4. EL SUJETO DE LA CONSULTA

Para determinar quién debe ser consultado en cada caso particular, el relator especial ha propuesto cuatro elementos a tener en consideración:

> i) [depende] contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) [debe] atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) *debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos;* y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género (NN. UU./Consejo DD.HH. 2009c, párr. 31).

Una cuestión especialmente importante es la que atañe a la definición de las "instituciones representativas" de los pueblos indígenas. Para determinar cuáles son estas, es necesario estudiar los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto, los órganos de la OIT han puesto hincapié en que lo determinante para establecer la representatividad de una organización es su carácter propio: "Dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, *lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*" (OIT 2004, párr: 102). O sea, no es el Estado el que debe determinar a quiénes consulta, sino que los propios indígenas, con sus mecanismos, han de ser quienes lo establecen. Asimismo, la OIT ha recordado que la cuestión de la representatividad de las organizaciones consultadas es una cuestión esencial para la validez de la consulta (OIT 2004, párr: 102). En este sentido, la dificultad para establecer cuáles son las organizaciones a consultar no exime al Estado de su obligación (OIT 2004). Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Concepción: "No es excusa al respecto, lo manifestado por la recurrida en cuanto a que las comunidades a que había que consultar eran numerosas (diez), ni la idea preconcebida de la dificultad de contar con su consenso" (rol 289-2010, considerando 10°).

En este punto es importante destacar que *no se trata de las instituciones más representativas de los pueblos indígenas, sino de "todas las autoridades legítimas"*, o sea, aquellas que, conforme con lo señalado arriba, tengan la característica de ser fruto de un proceso propio de los pueblos indígenas consultados (OIT 2001; OIT 2004). Esto implica que siempre deben consultarse las autoridades tradicionales de los pueblos involucrados y no solo las comunidades establecidas conforme a determinada legalidad[73].

---

73 En el caso chileno, la Ley de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (art. 9 al

Finalmente, cabe consignar que este aspecto impone también obligaciones a los pueblos indígenas y tribales. Por una parte, requiere que estos revisen sus propias instituciones y establezcan autónomamente estructuras representativas que faciliten el diálogo intercultural. Asimismo, estas deben funcionar "de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34 [de la DDPI]) y [prestar] particular atención a 'los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas' (art. 22), incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas (Anaya 2009a, párr. 52).

2.4.5. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA

En esta materia, al igual que en la aplicación del resto del Convenio conforme a su artículo 34, se debe atender a las condiciones particulares de cada país y el pueblo involucrado. Sin perjuicio de ello, el relator especial ha señalado que "los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas" (NN. UU./Consejo DD.HH 2009c, párr. 14).

La primera cuestión que hay que tener presente es que la obligación estatal de consulta previa constituye una novedad para el sistema jurídico chileno. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional de la República, al interpretar el alcance de la misma. Al respecto, como hemos visto, ha señalado que el artículo 6 constituye una norma autoejecutable, esto es, que modifica por sí sola el ordenamiento jurídico, por lo que es directamente invocable frente a la administración pública y ante los tribunales de justicia (TC, fallo N° 309-2001). Así mismo, ha señalado que:

> La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (considerando 7°).

11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

Esta cuestión es particularmente relevante, ya que ha sido justamente la determinación del estándar de consulta exigible uno de los puntos más discutidos en la incipiente jurisprudencia chilena. Hasta ahora se han interpuesto diversos recursos de protección contra decisiones administrativas que autorizan proyectos de inversión sin la adecuada consulta previa a las comunidades indígenas afectadas.

Inicialmente la Corte Suprema entendió que los mecanismos de evaluación de impacto ambiental contemplados en la Ley 19.300 sobre bases generales de medio ambiente eran suficientes para dar por cumplida la obligación establecida en el Convenio N° 169. Así por ejemplo, en el caso Puelman Ñanco (Comunidad Palguin Bajo) con COREMA de La Araucanía, Rol N° 1525-2010, la Corte señaló que si no se daban los elementos de afectación directa establecidos en la Ley 19.300, lo que correspondía era evaluar el proyecto mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), la cual no contemplaba participación alguna de las comunidad eventualmente afectadas. Este fallo fue profusamente criticado por diversas falencias (vg. Meza-Lopehandía 2010a; Montt y Matta 2011) y, particularmente, por su conclusión central derivada, esto es, que la participación ciudadana del SEIA era suficiente para dar por cumplida la obligación de consulta del Convenio. La Corte mantuvo su posición en el caso Nahuelpan y otros con COREMA Valdivia (Caso CELCO), Rol N° 4078-2010, el que fuera analizado en el capítulo 1 de este libro, señalando:

> UNDECIMO: Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental –previsto en el artículo 26 de la Ley N°19.300– es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169, *cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente.*

Afortunadamente esta posición se ha ido modificando, abriendo paso a la idea de que los estándares de consulta del convenio exigen *algo más* que la participación contemplada en el SEIA, tal como lo señaló originalmente el TC. Así en el Caso Mauquepillan con COREMA Valdivia, Rol N° 6062-2010, en que se había autorizado una estación de transferencia de residuos sólidos en las inmediaciones de una comunidad *mapuche* mediante una DIA, la Corte señaló:

> TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, *contemplando además los estándares del Convenio N°169* sobre Pueblos Indígenas y Tribales. CUARTO: Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto "Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli", *pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio N° 169*, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.

En este mismo sentido, recientemente la Corte ha decidido anular la Resolución Exenta N° 275/2010 de la COREMA de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto "Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama" no solo porque era necesario un Estudio de Impacto Ambiental, sino que este debía *"ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho [a la igualdad ante la ley]"* (Caso Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA de Antofagasta, Rol 258-2011, considerando 10°). Además, estableció que las instancias de participación establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, "distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha" (ibíd., considerando 8°).

Este cambio de jurisprudencia ya estaba anunciado en el pronunciamiento que la Corte Suprema hizo en el caso del Aeropuerto de Quepe (Rol 1608-2011). Si bien éste confirmó la sentencia de primera instancia que declaró inaplicable el Convenio N° 169 por una cuestión de aplicación temporal, eliminó los considerandos 8° y 10° de la sentencia de primera instancia que homologaban el estándar de la consulta del Convenio al del SEIA[74].

De esta manera, se ha ido consolidando en la jurisprudencia nacional que la consulta previa contemplada en el Convenio N° 169 es distinta de cualquier otro instrumento de participación contemplado con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación describiremos las principales características que la consulta debe tener para cumplir con el estándar internacional señalado.

A) LA CONSULTA ES PREVIA A LA TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS QUE PUEDAN AFECTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y OPORTUNA

Resulta evidente que la consulta debe ser previa a la adopción de decisiones que puedan afectar a los indígenas (NN.UU./Consejo DD.HH, 2009b). Esto por cuanto la finalidad última de la consulta es lograr un

---

74 La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1794-2010) señalaba: 8°) Que, en la especie, *la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del* proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, según consta en la Resolución Exenta N° 252, de 15 de noviembre de 2006, modificada por la Resolución Exenta N° 2406, de 05 de octubre de 2007, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del mencionado proyecto.
[...]
10°) Que una interpretación armónica del Convenio N° 169, de la Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente permite a esta Corte concluir que el Estado cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169, toda vez que el artículo 34 de la Ley N° 19.253, establece que: 'los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley'; y a su vez la Ley N° 19.300 establece que corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface —en este caso por los antecedentes ya expuestos— la exigencia del Convenio en referencia.

acuerdo de buena fe con los pueblos indígenas (art. 6.2), lo cual resulta incompatible con la lógica de los hechos consumados (Contesse 2011). Además, como ya hemos señalado, el reconocimiento de la legitimidad de una cosmovisión alternativa a la dominante, supone la posibilidad de la existencia de efectos no visibles para quienes no comparten dichas valoraciones. De aquí que sea imperativo el carácter previo de la consulta. El punto tiene un reconocimiento explícito en el artículo 15.2 del Convenio:

> "[Los gobiernos deberán 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*".

En el mismo sentido la DDPI señala en su artículo 19 que "los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas *antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten*, para obtener su consentimiento libre, previo e informado".

En efecto, el CEACR ha señalado que existen dos desafíos fundamentales en la implementación del Convenio:

> i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales (OIT 2009a, 761).

Asimismo, el Consejo de Administración ha señalado que "el artículo 6 del Convenio implica la obligación de los Estados que hayan ratificado el Convenio de consultar a los pueblos indígenas *con anterioridad a la adopción o promulgación de cualquier medida legislativa susceptible de afectarles directamente*" (OIT 2001, párr. 74).

Finalmente, la consulta debe ser oportuna. Al respecto el Consejo de Administración ha señalado que "el artículo 6 requiere que la consulta sea *'previa'*, lo que implica que las comunidades afectadas *sean involucradas lo antes posible en el proceso*" (OIT 2001b, párr. 90).

B) LA CONSULTA ES UN PROCESO CONTINUO

El procedimiento de consulta no se agota en su carácter previo, sino que, en función del derecho a la participación, y la obligación de adoptar una acción coordinada y sistemática en la aplicación del Convenio, se extiende a lo largo de todo el proceso de decisión, incluyendo su ejecución y evaluación. A este respecto, el Consejo de Administración ha señalado que el artículo 6 del Convenio "prevé que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la *formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente*" (OIT 2001a, 61). En el mismo sentido, el relator especial James Anaya, en relación con la adopción de medidas legislativas, aunque como hemos señalado, lo dicho es aplicable a toda materia que requiera consulta, ha dicho: "Los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente *en todas las fases del proceso de producción normativa*, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009c, párr. 20).

C) LA CONSULTA Y LA BUENA FE: DIÁLOGO MÁS QUE MERA AUDIENCIA

El numeral 2 del artículo 6 se encarga de aclarar que la consulta previa no se trata de una simple transmisión de información, sino que "las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán *efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento* acerca de las medidas propuestas". El Convenio orienta el proceso de consulta hacia obtener, de buena fe, el consentimiento de los pueblos susceptibles de ser afectados. De ahí que "la expresión 'procedimientos apropiados' debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento" (OIT 2004, párr. 89). Asimismo, la consulta ha sido entendida como "un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social [que puede] desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos" (OIT 2009a, 761). Por lo mismo, los órganos de control de la OIT han rechazado permanentemente las meras audiencias de información como forma de consulta, puesto que lo que se requiere es que, además de que los pueblos indígenas sean escuchados, exista un verdadero intercambio de visiones con continuidad y posibilidades de llegar a un acuerdo (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009b).

En este sentido, el CEACR ha señalado que si las audiencias no se enmarcan en "un proceso en el cual las personas u organizaciones [...] además de ser oídas, [puedan] instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos", las mismas no cumplen con el estándar convencional (OIT 2004, párr. 94).

Como vemos, más que una entrega de información y recolección de opiniones, la consulta tiene que concebirse como un proceso complejo, sistemático y trasparente, que debe incluir fórmulas para recoger las observaciones, acuerdos y disensos que la propuesta provoque y, eventualmente, mecanismos de *contrapropuesta* indígena. En este sentido el relator especial ha señalado que resulta indispensable que la consulta sea anterior a la adopción de la medida consultada y debe propender al establecimiento de un diálogo de buena fe, que debe concebirse como un "verdadero instrumento de participación", verificado a través de mecanismos ad hoc (ibíd., párr. 23).

Este carácter *dialógico* de la consulta ha sido recogido recientemente por la jurisprudencia chilena. En el ya citado considerando 8° de la sentencia del caso del Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA de Antofagasta, la Corte analiza los procedimientos llevados a cabo por la recurrida e indica por qué son insuficientes para dar por cumplido el estándar convencional:

> OCTAVO: Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en *informar a los vecinos* acerca de las singularidades del instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos el Plan Regulador Comunal; en realizar *audiencias públicas* en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y en *consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal* en sesión citada expresamente para este efecto. Sin embargo, *desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.*

Conforme con lo dicho, la definición de consulta establecida en el Decreto Supremo N° 124, esto es, "el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" es, a la luz de lo expuesto, no solo insuficiente, sino que constituye una violación de la obligación de cumplir los tratados internacionales de buena fe (Meza-Lopehandía 2009b).

D) MECANISMOS ADECUADOS Y CONSULTA SOBRE LA CONSULTA

La cuestión de los mecanismos adecuados está estrechamente vinculada a los procedimientos propios de los pueblos consultados. En virtud del principio de integridad cultural, el Estado debe respetar estos mecanismos y, es más, la consulta debe apoyarse en ellos para poder realizar sus objetivos. Así lo ha señalado la Corte IDH en el ya citado caso *Saramaka vs. Surinam*: "La consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones" (párr. 133).

Como hemos señalado, otro aspecto fundamental de la consulta es que debe ser llevada a cabo de buena fe. Para ello debe existir un clima de confianza, que en el contexto de las relaciones Estado-Pueblos Indígenas, requiere de un particular esfuerzo de las partes involucradas (NN.UU./Consejo DD.HH, 2009b). De ahí que sea necesario realizar una "'una consulta sobre la consulta' para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta que debe implementar el Estado y, de este modo, consecuentemente, alcanzar resultados sustantivos aceptables" (ibíd. párr. 11)[75]. Este deberá emanar un procedimiento adecuado, con plazos flexibles y realistas y mecanismos que faciliten la participación. Para ello, es necesario dotar a los pueblos indígenas participantes de la asistencia financiera, técnica o de otro tipo que puedan requerir para participar adecuadamente del mismo (NN.UU./Consejo DD.HH 2009a). Este mecanismo de consulta deberá ser evaluado en forma permanente, con participación indígena, a efectos de mejorar su adecuación y eficacia (OIT 2007a).

En esta materia se ha pronunciado el Consejo de Administración, al revisar el Decreto N° 1320 por medio del cual el Estado de Colombia

---

75 Este proceso ha sido anunciado por el Gobierno central pero no concretado (cfr. DECRETO SUPREMO N° 124 (2009), Ministerio de Planificación, considerando 10°).

pretendía regular el procedimiento de consulta previa, sin haber consultado a los pueblos indígenas y tribales. El organismo indicó que la obligación de consulta previa debía entenderse a la luz del artículo 2 del Convenio que responsabiliza al Estado de "desarrollar, *con la participación de los pueblos interesados*, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto por su integridad", y que por lo mismo, el Estado debía modificar "el contenido del decreto en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio" (OIT 2001ª, párr. 68a). Esta misma situación es la que ha acontecido con el Decreto Supremo N° 124. Afortunadamente este no ha sido aplicado hasta la fecha.

Finalmente, cabe señalar que la adecuación del procedimiento de consulta implica adoptar todas las medidas necesarias para que sea posible cumplir con su finalidad. Ello implica adoptar medidas lingüísticas adecuadas y contemplar tiempos y plazos que consideren las concepciones indígenas y les permitan llevar a cabo sus propios procesos internos de deliberación, permitiendo un auténtico diálogo intercultural (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009c; OIT 2004). Al respecto, el Consejo de Administración ha señalado que "la adopción de decisiones expeditas no deben hacerse en perjuicio de una consulta efectiva, para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales" (OIT 2001ª, párr. 79). Obviamente, los 60 días (extensibles hasta 120) establecidos en el Decreto Supremo N° 124 son completamente insuficientes, e incluso arbitrarios, en la medida en que no contemplan las particularidades de cada caso (Meza-Lopehandía 2009b).

2.5. De la consulta al consentimiento previo, libre e informado

Las normas relativas a la consulta previa incorporan el elemento *consentimiento* como criterio orientador de la consulta, o sea, como su finalidad[76]. Así lo ha entendido la OIT, que ha señalado que el deber estatal de llevar a cabo "procedimientos apropiados" debe entenderse

76 En el mismo sentido, la DDPI consagra la obligación para los Estados de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados a través de sus instituciones representativas "antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, *para obtener su consentimiento libre, previo e informado*" (art. 19).

"con referencia a *la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*" (OIT 2004, párr. 89).

En función de esto, los órganos de la OIT han señalado que "la consulta no implica necesariamente que se llegue a un acuerdo en los términos en que los pueblos indígenas lo prefieran" (OIT 2004, párr. 107). El propio relator Anaya, refiriéndose al artículo 19 de la DDPI ha señalado que "no debe considerarse que esta disposición de la Declaración confiere a los pueblos indígenas un 'poder de veto' con respecto a las decisiones que los puedan afectar, sino, más bien, que señala que el consentimiento es la finalidad de las consultas con los pueblos indígenas" (Anaya 2009, párr. 46). Por su parte, las instancias estatales se han apresurado a negar el carácter resolutivo de la consulta. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno en las dos oportunidades en que le tocó pronunciarse sobre la materia no dudó en remarcar su carácter no vinculante[77]. También la Corte Suprema ha señalado que la consulta "tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la determinan" (Rol 4078-2010, considerando 2°).

Sin embargo, el punto debe matizarse, pues no se debe perder de vista que la consulta previa debe concebirse como un mecanismo para garantizar los demás derechos de los pueblos indígenas consagrados en este tratado internacional, particularmente el derecho a la vida y a la integridad cultural de los pueblos indígenas, reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran

77 En la ya citada sentencia Rol N° 309 del año 2000, el TC señaló que la consulta *"si bien no tiene un carácter vinculante stricto sensu sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°"* (considerando 7°). Más tarde, en 2008, el TC reiteró la idea de que el Convenio establece una *"participación consultiva obligatoria no vinculante"* (Rol N° 1050-08). Asimismo, la sentencia señala que la consulta no puede suponer el ejercicio de soberanía ni la modalidad de una consulta o plebiscito popular vinculante, por no estar contemplado en la Constitución (considerando 13°). En definitiva afirma *"[q]ue ha de entenderse que al disponer el artículo 6, No 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece."* (considerando 14°).

vigentes[78], y el derecho a la autonomía. Esta última está reconocida en el preámbulo del Convenio, y por lo mismo sirve para interpretar el alcance de disposiciones tales como la que consagra el derecho a controlar las formas propias de desarrollo. Además, el derecho a la autonomía está expresamente consagrado en la DDPI. Así las cosas, vida, integridad cultural y autonomía exigen que, bajo determinadas circunstancias, se requiera no solo la consulta previa y de buena fe a los pueblos indígenas y tribales, sino también su consentimiento previo, libre e informado. Es el caso de la ejecución de proyectos de inversión de alto impacto en territorio indígena y del desplazamiento.

2.5.1. EL CONSENTIMIENTO FRENTE A PROYECTOS DE ALTO IMPACTO

Como hemos visto, al hacer una inspección sistemática y contextual de las normas internacionales referidas a pueblos indígenas, se infiere que el papel del consentimiento previo varía según las circunstancias e intereses en juego y, sobre todo, de acuerdo al impacto que pueda tener la medida en la supervivencia del pueblo. Así, en general, el consentimiento debe considerarse como la finalidad o principio orientador de la consulta. Sin embargo, "un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. *En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas*" (Anaya 2009a, párr. 47). La Corte IDH ha identificado dicho contexto: es aquel en que se pretenda adoptar medidas que "implique[n] una denegación de su subsistencia como pueblo" (caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 124).

Por otra parte, la vigencia del derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a controlarlo (art. 7.1) también puede implicar, bajo ciertas circunstancias, la necesidad de obtener el consentimiento previo libre e informado de los pueblos afectados, esto es, particularmente aquellos *casos en que los proyectos de inversión monopolizan la vocación*

78 La consagración del derecho a la cultura propia y a la preservación cultural la tratamos en el acápite sobre el principio de integridad cultural. Por otra parte, el consentimiento previo como derecho fundamental de los pueblos indígenas ha sido aplicado por diversas agencias de derechos humanos del sistema de NN.UU., tal como lo vimos en el capítulo sobre el derecho internacional.

productiva de los territorios donde se emplazan, impidiendo que los pueblos que los habitan puedan determinar libremente sus formas de desarrollo (vg. megaminería, industria forestal).

2.5.2. EL DERECHO A NO SER TRASLADADO SIN CONSENTIMIENTO PREVIO

En estrecha vinculación con el reconocimiento de la importancia del territorio para la supervivencia de los pueblos indígenas y la consecuente protección de su hábitat, está la cuestión de la proscripción del traslado forzado. El punto ha sido históricamente conflictivo en nuestro país, y hasta ahora se ha resuelto siempre en desmedro de las comunidades indígenas[79].

Al respecto, el Convenio establece que, en principio "los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan" (art. 16.1). Señala asimismo que "cuando sea necesario" el traslado y reubicación, este requerirá del consentimiento de los pueblos afectados. A continuación señala que, en caso de no obtenerse el consentimiento, el traslado "sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados" (art. 16.2). Finalmente establece, a modo de compensación, el derecho al retorno cuando cesen las causas que motivaron el traslado, el derecho a que se les entreguen tierras "cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente" y el derecho a la indemnización de todo daño (art. 16.3, 4 y 5).

A primera vista, el artículo pareciera ir rebajando paulatinamente el estándar de consentimiento libre, previo e informado al dejar abierta la posibilidad del traslado forzoso cuando *"sea necesario"*. Sin embargo, su alcance debe ser determinado conforme a las reglas de interpretación del derecho internacional, esto es, de buena fe y tomando en

79 El caso emblemático aquí es el de las represas construidas sobre el río Biobío, que obligaron a los *mapuche pewenche* a abandonar sus territorios ancestrales, pese a que sostuvieron una larga oposición a la construcción de la segunda represa (Ralco). Más desapercibida pero más extendida que la situación anterior es la que afecta a los pueblos indígenas del norte del país. Estos han sido despojados por las compañías mineras de las aguas que les permitían subsistir en ese árido entorno, lo que ha generado un éxodo masivo y forzado a las ciudades (ver Yáñez y Molina 2011).

consideración, entre otros elementos, la literalidad de la norma, su contexto, el preámbulo del tratado y "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (art. 31, Convención de Viena sobre Tratados).

En este sentido, tanto el texto del artículo como la interpretación contextual de la norma indican que la medida de traslado es de carácter excepcional y requiere del consentimiento de los afectados (OIT 2009b). Esto por cuanto el Convenio se funda en la idea de integridad de los pueblos indígenas y reconoce su relación constitutiva con sus territorios, además de establecer la participación y la consulta como mecanismos centrales de relación con aquellos.

Por su parte, el derecho internacional ha consagrado la proscripción del traslado forzoso. Así, la DDPI señala que: "Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso" (art. 11).

De esta manera, los casos excepcionales a los que hace referencia la norma en estudio y que permitirían el desplazamiento sin consentimiento previo, deben interpretarse restrictivamente. Así lo ha entendido la propia OIT, que ha ejemplificado la excepcionalidad de los mismos con casos de guerra o desastres naturales (OIT 2009b). En nuestro caso, no es difícil imaginar situaciones que obligan a la evacuación forzada, por ejemplo, en casos de erupciones volcánicas, amenazas de maremoto, etc. Esta interpretación de norma es consistente con lo señalado arriba, y está respaldada por la Corte IDH, respecto de la necesidad de obtener el consentimiento frente a emprendimientos que puedan afectar drásticamente los sistemas de vida de las comunidades, lo cual evidentemente se produce en los casos de traslado no consentido.

2.6. Pluralismo jurídico

El Convenio Nº 169 surgió como respuesta a la necesidad de revisar la forma en que hasta ese momento se llevaba la relación entre pueblos indígenas y los Estados. Tal como señala su preámbulo, se requería adoptar nuevas normas internacionales "a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores". Superar el *asimilacionismo* –esto es, la convicción de que por un imperativo evolutivo, los pueblos indígenas *deben* desaparecer–, implica aceptar las valoraciones ajenas como válidas,

en la medida en que se enmarquen en el reconocimiento mutuo de los derechos fundamentales. A su vez, esto supone aceptar que hay diversas formas de resolver los conflictos, o sea, diversos sistemas jurídicos legítimos, que conviven en un mismo territorio estatal: el pluralismo jurídico.

> La noción de pluralismo jurídico puede considerar la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez. Una concepción pluralista del derecho disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado corresponda un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico corresponda un territorio (Sánchez-Castañeda 2006, 483).

Al respecto, la OIT ha señalado en su guía de aplicación del Convenio Nº 169 que:

> La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente –incluso los derechos sobre las tierras y los recursos, y los derechos culturales, sociales y económicos– exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, *en especial en lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas* (OIT 2009b, 81).

De hecho, el centro del conflicto entre los pueblos indígenas y el Estado puede leerse como la secular imposición de un sistema jurídico sobre otro. Particularmente, de un concepto específico de propiedad privada individual sobre la propiedad comunal indígena. Así, la propiedad privada consagrada en el Código Civil definida como "el derecho real en una cosa corporal [e incorporal], para gozar y disponer de ella arbitrariamente" (arts. 582 y 583), se ha superpuesto a, y en definitiva ha negado durante décadas, la "propiedad colectiva [indígena] que no es copropiedad ni ningún otro instituto jurídico reconocible; que contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo supracolectivo (religioso, político); e implica derechos de antiguas y futuras generaciones" (Meza-Lopehandía 2009a, 31). El Convenio viene justamente a reparar esta situación con su concepto plural de propiedad. Así lo ha entendido la Corte IDH cuando afirma que la garantía de propiedad privada del artículo 21 de la Convención Americana protege también la propiedad

comunal indígena, de manera de evitar la imposición de una cultura jurídica ajena a millones de personas[80].

Ahora bien, ya hemos tratado la cuestión de la propiedad indígena a propósito de la protección de sus tierras, territorio y hábitat. A continuación revisaremos las otras manifestaciones del pluralismo jurídico reconocidas y protegidas en el Convenio Nº 169.

2.6.1. PLURALISMO Y DERECHO CONSUETUDINARIO

A) DERECHO CONSUETUDINARIO EN EL DERECHO SUCESORIO

El artículo 17.1 del Convenio establece que "deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos". La norma es categórica y no distingue entre tierras poseídas en común y tierras poseídas a título individual, por lo que la vigencia del derecho consuetudinario en esta materia es total. De esta manera, el Convenio modificó la regla contemplada en la Ley 19.253 que excluía la aplicación de la costumbre en materia sucesoria a las tierras de propiedad individual indígena[81].

B) EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN EL DERECHO PENAL ESTATAL[82]

El artículo 8 del Convenio establece dos vertientes de reconocimiento del derecho propio indígena. La primera está dirigida a los operadores de justicia, y particularmente a los jueces, en tanto ordena que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario". Esto incluye el ámbito penal, donde "las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia" (art. 9.2),

80 Cfr. *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, (2007), párr. 120.

81 "Artículo 18.- La sucesión de *las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común*, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común".

82 En esta parte ha resultado muy útil el trabajo de recopilación de jurisprudencia de Castro Lucic et al., 2009.

particularmente en lo que dice relación con la determinación de la pena: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento" (art. 11). De esta manera, el Convenio otorga valor a la costumbre indígena en el derecho estatal.

A este respecto el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que:

> 56°. [...] En consecuencia, el número 2° del artículo 9°, en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, *lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que ésta le brinda* (Rol N° 309-2000).

Aquí cabe hacer presente que, siendo la costumbre indígena parte de los elementos de hecho o de derecho ventilados en el juicio, el tribunal no solo está autorizado a ponderarlos, sino que *tiene un deber constitucional de hacerlo* fundado en la norma analizada del Convenio Nº 169 de la OIT en relación con el artículo 5, inciso segundo de la CPR y al 6 y 7 de la misma. Es más, en relación con la determinación de la pena (art. 11), por tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional vigente y ratificado por Chile, la regla se incorpora al bloque de constitucionalidad, haciéndose obligatorio para el juez penal aplicar siempre la pena más baja que el sistema jurídico admita, y particularmente aquellas distintas al encarcelamiento. La obligación alcanza también al Ministerio Público, que debe ajustar su pretensión punitiva al mandato del Convenio.

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico incorporaba la costumbre al derecho estatal con anterioridad a la ratificación del Convenio. Así, el artículo 54 de la Ley 19.253 ordena al juez aplicar "la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia", particularmente en lo que dice relación con la liquidación de comunidades (art. 16). En materia penal, la remisión era más estrecha, pues "se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la

aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad" (art. 54)[83]. En esta materia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha aplicado la eximente contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal (ejercicio de un derecho) a casos de tráfico de hoja de coca para uso ceremonial, invocando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el derecho a la cultura propia, pues el Convenio aún no era ratificado (caso *Idelza Wendy Huagama Choque y Lourdes Aurelia Huagama Choque*, Rol 250-2007)[84].

2.6.2. JURISDICCIÓN INDÍGENA

La segunda vertiente señalada es relativa al reconocimiento de la jurisdicción indígena. La regla general emana del principio de integridad cultural y está enunciada en la norma de aplicación contemplada en el artículo 5b del Convenio, que señala que al aplicarlo, debe "respetarse

83 Aparte de esta remisión a la costumbre, la Ley 16.644 que crea el Departamento de Isla de Pascua (Ley Pascua), señala en su artículo 13 que Artículo "En los delitos contemplados en los títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables". A diferencia de lo anterior, esta norma "constituye una prerrogativa especial, un precepto de excepción que el Estado chileno concedió en uso de sus potestades a los miembros de la etnia pascuense; y no una [remisión a la] costumbre [...] en los términos de ser un conjunto de eventos, relaciones y usos reconocidos y compartidos por una colectividad determinada, no escritas ni codificadas, distinto del derecho vigente en un país específico" (Corte Suprema, C/ Juan Nahoe Heriveri, Rol 685-2003).
Por otra parte, cabe señalar que los tribunales superiores de justicia han señalado que la carga de la prueba de la costumbre indígena recae sobre quién la alega, y debe rendirse mediante medios probatorios ideóneos, particularmente los peritajes antropológicos (vg. Corte de Apelaciones de Temuco, *C/ Juan Alberto Quinamal Peinemal y otros*, Rol 567-2007).

84 En interesante destacar que originalmente el Tribunal Oral en lo Penal habría absuelto a las acusadas invocando error de prohibición en relación a la eximiente mencionada. Señaló el tribunal: *"las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N°10 del Código Penal por el ejercicio legítimo de un derecho lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta."* En general, la jurisprudencia nacional ha utilizado los elementos culturales para configurar el error de prohibición sobre la justificante, especialmente en casos de desacatos en relación a disputas sobre la propiedad de la tierra (por todas: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, *C/ José Benavides Zúñiga Carimoney*, Rol N° 92-2008; Corte de Apelaciones de Temuco, *C/ Raúl López Cea*, Rol N° 398-2004).

la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos", lo cual ciertamente incluye sus sistemas de resolución de conflictos. De hecho, el artículo 8.2 les reconoce "el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias", imponiéndoles como límite los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de derechos constitucionales[85]. Asimismo, la norma establece la necesidad de disponer de "procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio".

Cuadro 7.
Artículo 8 del Convenio Nº 169 de la OIT.

Artículo 8
1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Ahora bien, la interpretación del contenido de estas garantías debe hacerse desde una perspectiva pluralista, esto es, ensanchando su contenido para permitir el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, *maximizando* la autonomía indígena, pero respetando siempre el contenido esencial de los derechos. De lo contrario, tal como ha señalado la Corte Constitucional colombiana "el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico" (Sentencia T-349/96, 2.3).[86] Al respecto, la OIT ha señalado que:

85 El caso paradigmático de costumbre que violenta los derechos fundamentales es la ablación de clítoris o Mutilación Genital Femenina (MGF) que se practica entre los *massai* de Kenya y los *emberá-chamí* de Colombia, entre otros.

86 Cabe recordar que si bien la Constitución chilena no hace un reconocimiento explícito a la diversidad cultural, sí la reconoce, valora y protege en tanto condición para acceder al mayor desarrollo espiritual y material posible por parte de los individuos pertenecientes a pueblos indígenas. Así, el

De conformidad con el artículo 8(2) del Convenio, sólo quedan excluidas del principio consagrado en el artículo 8(1) aquellas costumbres e instituciones que sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esta disposición establece un criterio de exclusión acumulativo: *las costumbres deben ser incompatibles tanto con (a) la* legislación *nacional como con (b) las disposiciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. En consecuencia, no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional. Por otra parte, *no pueden justificarse las costumbres indígenas si transgreden los derechos humanos fundamentales* (OIT 2009b, 82).

Esta interpretación es coherente con lo establecido en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas: el límite a la vigencia de los sistemas jurídicos propios son "las normas internacionales de derechos humanos" (art. 34).

Este derecho a conservar las propias instituciones incluye el derecho a la justicia propia, lo cual está expresamente establecido en el Convenio. Así, el artículo 9.1 señala que: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, *deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*".

En este punto, el Convenio choca con los rígidos límites que le impone el monismo jurídico que impregna la cultura jurídica del país. Esto se refleja en la forma en que el Tribunal Constitucional abordó la constitucionalidad del tratado. Al verificar el presupuesto de compatibilidad con el *sistema jurídico nacional*, el Tribunal se centró en las normas orgánicas, obviando el hecho que por "sistema jurídico nacional" debía entenderse como *bloque de derechos constitucionales*, pues de otra manera, la norma carecería de eficacia. Señaló el Tribunal:

artículo 1° inciso primero de la misma señala: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a *crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

> 52° [...] Confrontado el texto del artículo 9°, número 1°, con el contenido de los artículos 73° y 19°, N° 3°, de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es *absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional*. En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos *por medio de un debido proceso*. Por su parte, el artículo 73° señala "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". Por lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de *cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9° del Convenio N° 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;* 53°. Que en el ámbito de nuestro derecho procesal constitucional, el artículo 19°, de la Carta Fundamental, en su numeral 3°, al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa, en su inciso séptimo, que *"Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta"* y agrega, en su inciso siguiente, que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en *un proceso previo, legalmente tramitado*".

Si bien la sentencia menciona los derechos fundamentales que considera agraviados, carece de una reflexión en torno al modo en que el reconocimiento de la jurisdicción indígena afectaría a los mismos (debido proceso, igual protección de la ley, juez natural). Tampoco considera los impactos que la negación del pluralismo jurídico puede tener en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas ni en el deber estatal constitucional de "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible" (art. 1, CPR).

Un ejemplo de armonización del ejercicio de la jurisdicción indígena y los derechos fundamentales lo ha dado la Corte Constitucional colombiana. Si bien en ese país existe un reconocimiento constitucional explícito de la diversidad cultural y de la jurisdicción indígena, los razonamientos de la Corte Constitucional resultan relevantes porque la CPR chilena también valora y protege la diversidad cultural en función

del principio de igualdad y como condición para el pleno desarrollo espiritual y material de los individuos. Además, como veremos, hay ciertos casos en que se podría reconocer la legitimidad de la jurisdicción indígena en Chile (como condición de suspensión del procedimiento) y porque en el futuro debe haber una modificación legal que avance hacia su reconocimiento.

En un caso sobre aplicación de justicia comunitaria intraétnica[87], la Corte Constitucional señaló que la autonomía indígena estaba limitada solo por un *núcleo de derechos intangibles* compuesto por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura (Corte Constitucional, T-349/96)[88]. Solo estos constituirían un límite legítimo pues únicamente respecto de ellos existiría "un verdadero consenso intercultural", además de estar proscrito en el derecho internacional su suspensión aun en caso de conflicto armado. Además, la Corte agregó "la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional". En este último punto, indicó que lo relevante era "asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades", reconociendo así las formas propias de producción de normas. Asimismo, reconoció que la noción

87 La Corte Constitucional elabora sus razonamientos a partir de la revisión de una acción de tutela interpuesta por un indígena que fue capturado por los *"auxiliares locales"* del Cabildo local de Purembará (autoridad indígena), por su participación en el homicidio de otro miembro de la comunidad indígena *Embera-Chamí*. Fueron detenidos y aparentemente amarrados en el calabozo de la localidad, de donde escaparon una semana después para entregarse a la Fiscalía (estatal) aduciendo que habían sido amenazados de muerte y torturados por miembros de su comunidad. La Fiscalía inició investigación quedando el recurrente en prisión preventiva, donde fue notificado de su sentencia a 8 años de Cárcel dictada por los Cabildos indígenas. Con ello la Fiscalía dio por terminado el caso. Posteriormente, una reunión de la Asamblea General de la Comunidad (dirigentes y miembros) aumentó la pena a 20 años.

88 Esbozos incipientes de una interpretación análoga pueden encontrarse en la jurisprudencia penal nacional: "Tal presión la deriva el perito del hecho, que menciona pero no acredita, de existir en la Comunidad *mapuche* de Rucatraro la costumbre ancestral de aplicar la pena de muerte a un homicida si la Justicia chilena no lo hace pagar su deuda con la sociedad [...] Por otra parte, el art. 54 de la Ley de Indígenas que prescribe que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia, constituirá derecho, agrega a continuación 'siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República', incompatibilidad más que evidente tratándose de la pena de muerte" (TOP Puerto Saavedra, C/ Pedro Segundo Huaiquiman Pañian, Rol 49-2006).

de debido proceso era extraña a la cultura de los *Embera-Chamí*, pero sí condenaban la arbitrariedad de la autoridad, lo cual es justamente la finalidad de la noción de debido proceso. Finalmente la Corte concedió la tutela judicial y dejó sin efecto la sentencia de 20 años de cárcel impuesta por la Asamblea General de la Comunidad, por cuanto dicha pena no emanaba del derecho propio de la comunidad y, por lo mismo, no era previsible para el actor. La medida dictada fue devolver el caso a la instancia comunitaria para que esta optara entre volver a enjuiciar al imputado imponiéndole una pena conforme al derecho consuetudinario de la comunidad o entregarlo a la justicia ordinaria.

Ahora bien, como esbozamos arriba, pese a la estrecha interpretación del Tribunal Constitucional chileno, es posible concebir la legitimación de jurisdicción indígena en el sistema jurídico chileno a través de la mediación del juez penal. Esto porque el Código Procesal Penal (CPP) permite al juez de garantía suspender el procedimiento a solicitud del fiscal y con acuerdo del imputado, sometiendo a este último a ciertas condiciones establecidas en el artículo 238 del mismo Código[89]. Entre ellas cualquiera "que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público". Esta norma debe ser interpretada a la luz de las normas del Convenio N° 169 que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, lo cual implica específicamente el reconocimiento de su jurisdicción propia siempre y cuando sea compatible con el sistema jurídico nacional. O sea, la condición de suspensión sería el sometimiento del imputado a la jurisdicción indígena, siempre y cuando en el caso concreto se den los supuestos de preexistencia del tribunal, presunción de inocencia y la vigencia del principio contradictorio, que son parte de nuestro *bloque de constitucionalidad*.

En cuanto a las penas aplicadas por los tribunales indígenas y su tratamiento en el ámbito penal estatal, si nuestro ordenamiento jurídico reconociese explícitamente la jurisdicción indígena y estableciera los mecanismos de coordinación de aquella con los tribunales estatales, los problemas que plantea la aplicación de sus sentencias se limitarían a establecer el límite hasta dónde estas pueden llegar en función del

89 Los requisitos de procedencia de la suspensión provisional del procedimiento están establecidas en el artículo 237: a) que la pena imponible no sea superior a 3 años de presidio; b) que el imputado no haya sido condenado previamente por crimen o simple delito, y c) que no tuviere vigente otra suspensión provisional del procedimiento.

respeto al *bloque de constitucionalidad*[90]. Sin embargo, en nuestro caso, también será necesario determinar qué sucede cuando la aplicación de las penas que emanen de la jurisdicción indígena parezcan merecedoras de reproche penal en un contexto de falta de reconocimiento legal de la misma.

El artículo 10 N° 10 del Código Penal consagra como eximente de responsabilidad penal "el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo". La autoridad indígena que determina la aplicación de una pena legítima en el marco de un ordenamiento jurídico intercultural y los auxiliares de justicia que la ejecutan debieran estar amparados por esta causal de exclusión de responsabilidad penal, si no es directamente por falta de *antijuridicidad* de la conducta. Ahora bien, la falta de una consagración legal expresa y clara de la jurisdicción indígena, sumada a la interpretación restrictiva que ha hecho el TC del artículo 9.1 del Convenio y a la cultura jurídica monista que impera en el país, augura dificultades en la aceptación de la misma por los tribunales nacionales, al menos de momento. Sin embargo, resulta plausible invocar la concurrencia de un error de prohibición indirecto, en el sentido de que el autor que actúa en la convicción ejercita legítimamente un derecho (a la jurisdicción indígena), en función de una *socialización exótica* (Lillo 2010). También es posible invocar la exclusión de tipicidad en el entendido de que la pertenencia comunitaria supone la aceptación de sus mecanismos de solución de conflictos. En la medida en que se afecten bienes jurídicos disponibles, existiría un consentimiento (presunto) de la víctima, que hace desaparecer la lesividad de la conducta (Lillo 2010).

Por otra parte, se ha sugerido que el principio de *non bis in idem* –a lo que agregamos lo establecido en el artículo 9.2 del Convenio en orden a que el juez penal debe considerar la costumbre indígena en la materia– puede entregar buenos argumentos para señalar que un sujeto que ha sido objeto de un juicio conforme al derecho consuetudinario de su comunidad no puede volver a serlo en sede ordinaria (Lillo 2010)[91]. Este argumento será válido en la medida en que se reconozca la legitimidad de la jurisdicción indígena.

90 Además de la sentencia citada de la Corte Constitucional colombiana, el tema ha sido abordado en las sentencias T-496/96 y la T-523/97 entre otras.

91 El principio de *non bis in idem* no tiene consagración legal expresa en ordenamiento jurídico chileno. La doctrina lo ha construido a partir del artículo 63 del Código Penal y de los tratados internacionales ratificados por Chile que lo reconocen. El problema es que el texto de estos últimos no acompaña esta interpretación en el contexto político-constitucional descrito. El artículo 63 del CP establece que: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse". Por su parte, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito *por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*". La CADH solo prohíbe que el inculpado absuelto por sentencia firme vuelva a ser sometido a juicio (artículo 9.4).

2.7. Derechos sociales: salud, educación y el principio de autonomía

Conforme a su preámbulo, la Conferencia General de la OIT adoptó el Convenio "recordando los términos [...] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y en su articulado establece específicamente la necesidad de incluir medidas "que promuevan la *plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos*, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones" (art. 2.2.b). Además contiene diversas normas donde otorga un tratamiento específico a los derechos sociales.

Tal como vimos al revisar el principio de no discriminación, la primera preocupación del Convenio es garantizar el acceso igualitario a los derechos vigentes. De hecho, el Convenio fue adoptado "observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión". De esta manera, en materia de derechos sociales, el Convenio se refiere explícitamente al derecho a la educación, a la seguridad social y salud y a la necesidad de asegurar su ejercicio a los miembros de los pueblos indígenas en pie de igualdad en relación a los demás miembros de la sociedad (cfr. 24 y 26). Lo mismo puede decirse en materia de contratación y condiciones de empleo, donde en general, el Convenio busca que los indígenas "gocen de la protección que confiere la legislación y la práctica nacionales" que otorgan al resto de los trabajadores (art. 20). *Se trata hasta aquí de reforzar la vigencia de los derechos sociales de carácter individual.*

Ahora bien, lo distintivo del tratamiento que el Convenio hace de los derechos sociales está en su aspecto colectivo. De ahí que se le dé un decidido impulso a la gestión autónoma de los servicios asociados a la satisfacción de estos derechos. Esto se funda en el reconocimiento de la legitimidad de la aspiración de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, tal como lo establece en su ya tantas veces citado preámbulo. Además, el Convenio entrega lineamientos para la organización de la provisión de los servicios asociados a la satisfacción de estos derechos.

2.7.1. SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Como señalamos, en materia de salud el Convenio comienza ordenando la aplicación de los programas de seguridad social a los pueblos indígenas sin discriminación. Además, consagra el principio de progresividad (art. 24).[92]

El artículo 25 pone énfasis en el principio de autonomía en lo que dice relación con los servicios de salud: "Los gobiernos deberán velar por que *se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control*, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental".

La norma establece un objetivo –esto es, "gozar del máximo nivel posible de salud"– y consagra dos mecanismos alternativos para alcanzarla: a) la provisión estatal directa de los servicios y b) la provisión de recursos estatales para la gestión autónoma de dichos servicios por parte de los pueblos interesados. Esta cuestión no debe entenderse como una opción para el Estado. Por el contrario, teniendo presente el principio de autonomía y participación, la alternativa presentada

92 El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa el principio del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales: "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

es para que sean los propios pueblos interesados quienes decidan el modo en que ejercerán su derecho a la salud.

Por otra parte, el mismo artículo ordena organizar los servicios de salud a nivel comunitario, cuya planificación y administración debe ser hecha en cooperación con los pueblos indígenas. Asimismo, se debe dar preferencia a los miembros de la propia comunidad en la formación del personal sanitario. Estos servicios de salud deben estar coordinados con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Finalmente, el artículo incorpora un reconocimiento al valor de las prácticas de salud comunitaria tradicionales y ordena su consideración, promoviendo así la salud intercultural. Esta cuestión tiene una estrecha relación con los derechos territoriales, pues la salud indígena está estrechamente ligada a su forma de vida, la cual incluye la medicina tradicional que depende de la biodiversidad de su hábitat.

2.7.2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL, FORMACIÓN PROFESIONAL, DERECHOS LINGÜÍSTICOS Y AUTONOMÍA EDUCATIVA

La cuestión del acceso a la educación para los indígenas es crítica. La OIT recuerda que el promedio de escolaridad de los indígenas en países como Guatemala y México es apenas la mitad de la que alcanza en el resto de la sociedad (OIT 2009b). En Chile, el acceso a la educación preescolar, básica y media no revela grandes diferencias entre la población indígena y no indígena, aunque el punto adquiere mayor relevancia a nivel universitario. En 2009, el 18,6% de la población indígena alcanzaba la educación terciaria, mientras que entre la población no indígena, la cifra se eleva hasta casi el 30% (ISEES 2011)[93]. Pese a los progresos mostrados en la materia la cuestión de la

93 Conforme a los datos entregados por MIDEPLAN en 2006, conforme a la encuesta nacional CASEN, la cobertura neta en educación preescolar no indígena alcanzaba al 37,1% de los no indígenas frente a un 34,9% de los indígenas; en educación básica alcanzaba un 92,3% de no indígenas frente a 93,3% de los indígenas; y en la educación media, un 71,8% frente a un 69, 8% respectivamente. Información disponible en <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Indigenas> [Consultado el 28 de diciembre de 2011]. En contraste, en 2002 la escolaridad primaria (incompleta) en México alcanza apenas el 27,2% entre los indígenas (Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Indicadores socioeconómicos de los pueblos indígenas, México, 2002. Información disponible en <http://www.cdi.gob.mx/index.

calidad de la educación es central, siendo la segregación en función de criterios socioeconómicos el principal problema del sistema educacional chileno (Schmidt, s/f), lo que golpea con fuerza a la población indígena, la más pobre del país[94].

En consonancia con el *handicap* reseñado, la estructura del tratamiento dado al derecho a la educación es análoga al de la salud, poniendo primero énfasis en asegurar la igualdad en el acceso. En el artículo 26 establece el derecho a adquirir todos los niveles de educación "por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional". En el mismo sentido, el artículo 29 establece como uno de los objetivos de la educación dirigida a los niños justamente el entregarles conocimientos que les permitan participar en pie de igualdad "en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional". Aquí es importante recordar la relevancia que la educación tiene para el ejercicio de los demás derechos individuales y colectivos de quien la recibe. El Comité de los Derechos del Niño ha reconocido esta relación fundamental entre educación de calidad y ejercicio de derechos: "*Una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales* en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. Además, refuerza la capacidad de los niños para ejercer sus derechos civiles a fin de influir en los procesos políticos para mejorar la protección de los derechos humanos (Observación General N° 11, considerando 57°)".

Sin embargo, el problema no es solo de acceso a la educación, sino también en cuanto a los contenidos impartidos, los cuales históricamente se han caracterizado por la negación de la *indigeneidad* y su denigración, en consonancia con las políticas de asimilación fundadas en un evolucionismo *eurocentrista*. Por ello, el Convenio establece que los programas de estudios deben incorporar "su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales" y ser confeccionados en cooperación con los propios pueblos indígenas, dando así otra concreción al principio de participación (art. 27.1).

---

php?option=com_content&task=view&id=206&Itemid=54> [Consultado el 28 de diciembre de 2011]

94 Conforme a la encuesta CASEN 2009, el 14,8% de la población no indígena está bajo la línea de la pobreza, mientras que dicha cifra alcanza el 19,9% entre los indígenas.

En esta materia resulta particularmente importante la educación bilingüe. Por una parte, el Convenio obliga al Estado a enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua y en caso de no ser posible buscar, en conjunto con los pueblos indígenas, soluciones para superar los obstáculos que lo impidan (art. 28.1). Por otra, el Estado debe tomar medidas para "asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país" (art. 28.2). Adicionalmente, deben tomarse medidas para preservar y promover el uso de las lenguas vernáculas (art. 28.3).

El carácter intercultural de la educación no se limita a los contenidos que deben incluir los programas dirigidos a los indígenas, sino también a aquellos dirigidos a los sectores no indígenas, particularmente aquellos con los que conviven:

> Artículo 31. Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, *con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos.* A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico *ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.*

Por otra parte, el Convenio establece la obligación estatal de dar a conocer a los pueblos interesados sus derechos y obligaciones por medios idóneos, particularmente los que emanan del Convenio, incluyendo los medios de comunicación masiva y utilizando la lengua vernácula cuando proceda (art. 30).

En relación con los programas de formación profesional, artesanal e industrial, el Convenio mantiene su orientación a la igualación de condiciones, entre la que incluye el deber de generar programas especiales adecuados a las necesidades de los pueblos interesados (con su participación). Asimismo, recuerda que si los pueblos así lo requieren, dichos programas deben estar a su propio cargo (art. 22).

En consonancia con el principio de autonomía el Convenio establece que:

> Los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos *a crear sus propias instituciones y medios de educación*, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. *Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin*" (art. 27.3).

Además, establece que la confección de los programas de estudios debe hacerse con participación de los pueblos indígenas y la autoridad debe procurar la formación adecuada de sus miembros "con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar" (art. 27.2).

3. La administración del convenio: interpretación de sus normas y fiscalización de su aplicación

3.1. La supervisión regular de la aplicación del convenio y el alcance de sus normas

Como señalamos anteriormente, el alcance de las disposiciones del Convenio es determinado por la interpretación que de él hacen los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAN). Estos se basan en el envío de memorias periódicas a las que están obligados los Estados parte de un Convenio, conforme al artículo 22 de la Constitución de la OIT. La primera memoria debe ser presentada transcurrido un año de la entrada en vigor del Convenio en el país respectivo y debe mencionar las medidas legislativas y administrativas que se hayan tomado para implementarlo. Además, debe indicar qué grupos caben dentro del ámbito de su aplicación. En este sentido, la primera memoria es considerada "como punto de referencia para evaluar el progreso futuro de la implementación" (OIT 2009b, 178).

Las siguientes memorias se presentan cada cinco años, y deben informar sobre toda nueva medida que se hubiere adoptado en aplicación del Convenio. Adicionalmente, debe incluir las respuestas a las preguntas del *formulario de memoria* y a aquellas que hayan hecho las organizaciones de trabajadores o empleadores o la propia OIT en revisiones anteriores. Sin perjuicio de ello, los órganos de control pueden solicitar al Estado que envíe *memorias adicionales* cuando el caso lo amerite. Por su parte, las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores pueden enviar comentarios a la memoria del Estado, o también, elaborar sus propios informes alternativos.

La CEACR –compuesta por veinte expertos independientes–, se reúne anualmente entre noviembre y diciembre con la finalidad de establecer el grado de cumplimiento de cada Estado de acuerdo a los Convenios ratificados y a la Constitución de la OIT. Para ello revisa los informes

evacuados por los Estados y los comentarios e informes alternativos que haya hecho llegar la sociedad civil a través de las organizaciones de trabajadores o empleadores y cualquier otra información pública disponible. Los pueblos indígenas, al no ser parte de la OIT, deben actuar mediante alianzas con sindicatos u organizaciones patronales o enviando información oficial o de público conocimiento a la OIT para llamar su atención sobre las cuestiones que les interesan.

La CEACR propicia un diálogo con los Gobiernos a partir de los comentarios públicos acerca de la interpretación y aplicación del convenio –las llamadas *observaciones*– y las solicitudes de información específica que se hacen a los Gobiernos, llamadas *solicitudes directas*. Estas se publican en el informe anual de la Conferencia Internacional del Trabajo y sobre ellas trabaja la CAN.

La CAN, de composición tripartita, examina el informe de la CEACR y, luego de escuchar a los Gobiernos aludidos, adopta conclusiones y/o recomendaciones para resolver el problema detectado. Sus discusiones y conclusiones son publicadas en un informe anual.

3.2. Las reclamaciones por incumplimiento

Ya hemos dicho que la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT generó para el Estado de Chile la obligación internacional de aplicarlo. Además, en función del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, el mismo ingresó plenamente al sistema jurídico nacional, por lo que es exigible ante la administración y, en su defecto, ante los tribunales de justicia, sea por la vía de la protección constitucional o sea en procedimientos de lato conocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la OIT contempla mecanismos de revisión de los eventuales incumplimientos que el Estado haga del Convenio. O sea, además de la supervisión general, existen procedimientos especiales basados en las quejas o en las reclamaciones (representaciones) dirigidas al Consejo de Administración por parte de los mandantes de la OIT (artículos 24 y 26 de la Constitución). En estas se debe invocar el artículo 24 de la Constitución de la OIT e indicar las normas que se alegan violadas por el Estado signatario. Declarada admisible una reclamación, el Consejo forma una Comisión Tripartita que evacua un informe con conclusiones y recomendaciones, cuyo cumplimiento es luego supervisado por el CEACR durante sus sesiones ordinarias (OIT 2009b).

Bibliografía

Abramovich, Víctor y C. Courtis. S/f. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" . Disponible en <http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Exigibilidad_de_los_DESC_Abramovich.pdf>, [consultado el 07 de diciembre de 2011].

Anaya, James. 2005. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional.* Madrid: Trotta.

_____. 2006. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas", en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos.* Bilbao: Universidad de Deusto.

Anaya, James y S. Weissner. 2007. *The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment.* Disponible en <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php >.

Bello, Álvaro y J. Aylwin (comps.). 2008. *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas.* Temuco, Chile: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Benadava, Santiago. 1992. "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos, en Nuevos enfoques del Derecho Internacional". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Carbonell, Miguel. 2001. "Minorías Etno-Culturales y Derechos Colectivos: premisas conceptuales", en Valdés, Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas, (coords.), *Derechos humanos.* Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, vol. III. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Casto Lucic, Milka et al. 2009. *Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y Legislación.* Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, CONADI y Gobierno de Chile.

Chirif, Alberto; P. García Hierro y R. Chase Smith, 1991. *El indígena y su territorio son uno solo. Estrategias para la defensa de los pueblos y territorio indígenas en la cuenca amazónica.* Lima: OXFAM América, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA).

Cruz Parcero, Juan Antonio. 1998. "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista internacional de Filosofía Política,* N° 12.

Contesse, Jorge. 2011. El derecho *de* consulta previa en el Convenio N° 169 de la OIT: notas para su implementación en Chile. En Contesse, Jorge (ed.) *El convenio N° 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Fernández, Andrés y C. de la Piedra, 2011. "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT. Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias". En *Estudios Públicos,* 121, 72-132.

Fuenzalida, Sergio. 2008. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena". En Bello, Álvaro y J. Aylwin (Comps), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas.* Temuco, Chile: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Gaete, Eugenio. 1996. "Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 23 N° 2 y 3, tomo I, mayo-agosto.

García Hierro, Pedro. 2004 "El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades". En *Revista de Asuntos Indígenas* [4]: IWGIA.

Henríquez, Miriam. 2007. "Los tratados internacionales en la constitución reformada". En *Revista de Derecho Público,* vol. 69, tomo I, 313-323.

Infante, María Teresa. 1996. "Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 23 N° 2 y 3, tomo I, mayo-agosto.

Inclusión Social y Equidad en la Educación (ISEES). 2011. *Cambios en la participación de estudiantes indígenas en las instituciones de Educación Superior (ES) en Chile 1996 – 2009.* Fundación Équitas, Boletín mayo.

Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía Multicultural.* Barcelona: Editorial Paidós.

Lillo, Rodrigo. 2010. *El Convenio N° 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas,* Minuta Regional N° 1, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública, Chile.

Lovera, Domingo. 2010. "Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)". En Fuentes, Claudio (ed.), *En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile.* Santiago: Heirich Böll Stiftug e ICSO-UDP, 217 y 219.

Martínez Cobo, José, 1987. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas,* vol. V (Conclusiones, propuestas y recomendaciones). Nueva York: Naciones Unidas.

MEREMINSKAYA, ELINA. 2011. "El Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencia comparada", en *Estudios Públicos*, 121, 213-273.

MEZA-LOPEHANDÍA, MATÍAS. 2009a. *Territorio y Autonomía de los pueblos originarios en Chile: una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del reconocimiento*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Directora: Nancy Yáñez Fuenzalida. Facultad de Derecho - Universidad de Chile,

_____. "El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos", recurso electrónico [pdf], disponible en <http://www.mapuexpress.net/include/image.php?image=../images/publications/13_10_2009_21_55_57_1.pdf, 2009b>.

_____. 2010. "El caso del Lof Palguin ante la Corte Suprema: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas". 2010ª. *La Semana Jurídica*, semana del 11.06.2010 al 17.06.2010.

_____. 2010b. "Simposio: Desafíos y alcances de la implementación del Convenio No 169 de la OIT en Chile", *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 51-67.

_____. 2010c. "El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno". En *Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 66-96.

MONTT, SANTIAGO Y MANUEL MATTA. 2011. "Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile", en *Estudios Públicos*, 121, 132-212.

NACIONES UNIDAS, Working Group on Indigenous Populations (WGIP). 1996. *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of "indigenous people"*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2,

_____. 2009a. Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.UU.). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio.

_____. 2009b.Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.UU.), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre.

_____. 2009c.Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.UU.), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A 5 de octubre.

NASH, CLAUDIO. 2003. *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. Ponencia presentada en el "Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay", UNICEF, Montevideo.

NIKKEN, PEDRO. 1987. *La protección internacional de los derechos humanos. su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas.

_____. 1994. "El Concepto de Derechos Humanos". En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo 1, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 15-37.

NOGUEIRA, HUMBERTO. 2002. "Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 6 N° 2, 229-279.

OLMOS GUIPPONI, M. BELÉN, 2010. "La protección de las comunidades afrodescendientes en el sistema interamericano: reflexiones a la luz del caso de las comunidades Jiguamiandó y Curbaradó", en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 4, N° 2, 61-97. Disponible en <www.urjc.es/ceib>.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, JOSÉ. 2009. "Antecedentes doctrinarios del derecho público moderno: integracionismo e indigenismo de participación". En Ordóñez Cifuentes, José (coord.), "XVII Jornadas Lacasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras: Convenio Nº 169 de la OIT, Pueblos Originarios y Afroamericanos", Serie *Estudios Jurídicos*, Nº 148, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 1999. Consejo de Administración, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores del Metal y Similares*, 276a reunión, GB.276/16/3 .

_____. 2001a. Consejo de Administración, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS)*, 282a reunión, GB.282/14/3 .

_____. 2001b. Consejo de Administración, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT)*, 282a reunión, GB.276/17/1

_____. 2004. Consejo de Administración, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución*

de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), 289a reunión, GB.289/17/3.

_____. 2003. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a reunión.

_____. 2005a. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93a reunión.

_____. 2005b.Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: *Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia* (ratificación: 1991).

_____. 2006. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 95a reunión,

_____. 2007. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96a reunión.

_____. 2007a. Un Manual: Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Publicación OIT, edición preparada por Heriette Rasmussen y Chandra Roy y actualizada por Egalité et al.

_____. 2007b. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) Ecuador (ratificación: 1998).

_____. 2007c. Consejo de Administración de la OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC).*

_____. 2009a. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98a reunión.

_____. 2009b. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio número 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales.

_____. 2010. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99a reunión.

Parra Dussán, Carlos y Gloria Rodríguez (Eds.). 2005. *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Colombia, Centro Editorial Universidad del Rosario.

Pfeffer U., Emilio. 2003. "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno", Ius et Praxis [online] vol.9, Nº 1 [citado XXXXXXX], pp. 467-484. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100021.

Pérez, Carmen. 2007. "Algunas cuestiones sobre la aprobación de los tratados en la reforma constitucional de 2005", *Revista de Derecho Público*, N° 69, Universidad de Chile, Santiago Chile.

Precht, Enrique, 1996. "Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 N° 2 y 3, tomo I, 381-405.

Ruiz-Tagle, Pablo, 2002. "La Constitución de la Igualdad", *Borrador*, Santiago.

Sánchez-Castañeda, Alfredo. 2006. "Los orígenes del pluralismo jurídico", en González Martín, Nuria, *Estudios en Homenaje a Marta Morineau*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 471-485.

Sierra, Lucas. 2003. "La constitución y los indígenas en Chile. Reconocimiento individual y no colectivo", *Revista Estudios Públicos*, N° 92.

_____. 2010. *Simposio: Desafíos y alcances de la implementación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos -Universidad de Chile, 51-67.

Silva Bascuñán, Alejandro. 1997. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV. "La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral", 2a edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Silva Neriz, Hernando. 2010. "El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N°169". En *Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 63 y ss.

Schmidt, Javier. S/f. "Segregación e inequidad de la educación en Chile", disponible <www.ongvinculos.cl/doc_trab/schmidt/segregacion.pdf>.

Valdivia, José Miguel. 2011. "Alcances jurídicos del Convenio N° 169". *Estudios Públicos*, 121, 35-70.

Yáñez, Nancy y R. Molina (comps.), 2011. *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: Lom ediciones.

Yáñez, Nancy; J. Castillo; G. Ghio; M. Alvarado y J. S. Barros. 2004. Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas, Código BIP:20169006-0, CONADI.

Zalaquett, José. 2008. "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

CAPÍTULO III

El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas*

1. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas

Hasta la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT, el derecho internacional de los derechos humanos había evitado reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, en función de las perspectivas políticas y filosóficas dominantes a la época de la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU, hoy simplemente Naciones Unidas, NN.UU.)[1]. De hecho, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –que fue la primera agencia de la ONU en abordar en forma directa la cuestión de los derechos de los indígenas–, al adoptar en 1957 el Convenio N° 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes[2], hizo aplicables sus disposiciones a "los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales", enfocando la

---

* Este Capítulo ha sido elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.

1 Este Convenio reconoció como titular de los derechos reconocidos en él a una entidad supraindividual: los pueblos indígenas. En palabras del relator especial para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, "[el Convenio Nº 169 constituyó un] paso muy importante en la consolidación del régimen internacional contemporáneo sobre los pueblos indígenas, [al] lleva[r] a cabo un reconocimiento notable de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sectores fundamentales, como integridad cultural; consulta y participación; autogobierno y autonomía; derechos a tierras, territorios y recursos; y no discriminación en las esferas social y económica" (NN.UU./Consejo DD.HH 2008, párr. 32).

2 Los trabajos para adoptar un instrumento internacional dirigido específicamente a la protección de los indígenas comenzaron con un estudio que la OIT encomendó en 1945 a un Comité de Expertos. Doce años después se adoptaba el Convenio Nº 107. Más sobre sus alcances en la introducción al capítulo sobre el Convenio Nº 169 en este trabajo.

cuestión desde un paradigma individualista y agregándole un marcado énfasis evolucionista[3].

Paralelamente a la protección dada por la OIT, el derecho internacional de los derechos humanos abordó la situación de los indígenas por la vía de los derechos individuales, particularmente a través del principio de libertad e igualdad y de no discriminación (raza, origen étnico o nacional, o cultura)[4]. Sin embargo, este enfoque fue evidenciando su insuficiencia, tanto a la luz de las críticas de los expertos, como y principalmente, por los reclamos de los propios indígenas a través de los líderes de sus movimientos, que fueron incorporados a la discusión en el seno de las Naciones Unidas.

Hasta comienzos de la década del 70, el sistema de derechos humanos de NN.UU. prestó escasa atención al problema de las minorías y casi ninguna al de los pueblos indígenas (Willemsen Díaz 2010)[5].

3 El artículo 1 del Convenio 107 establece que el mismo se aplica:
"a) a los *miembros de las poblaciones* tribuales o semitribuales en los países independientes, *cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional* y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
b) a los *miembros de las poblaciones* tribuales o semitribuales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, *viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época* que con las instituciones de la nación a que pertenecen". El *énfasis* es nuestro aquí y en todos los lugares donde no se indique lo contrario.

4 El artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (1945) que "los propósitos de las Naciones Unidas son [...] Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"; y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se indica que "[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"(artículo 2.1).

5 Sin embargo, la cuestión indígena apareció en la escena internacional ya a finales del siglo XIX. Así en el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental de 1885, que repartía los territorios africanos entre las potencias europeas, hubo un compromiso de "conservación de las poblaciones indígenas, la mantención de su moral y sus condiciones materiales". Luego, en el Tratado de la Liga de las Naciones se asignó la responsabilidad a las potencias vencedoras de tutelar a los pueblos "naciones menos adelantadas" (Mereminskaya 2011).

El desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas al interior de Naciones Unidas se dio a través de diversos procesos. Un hito de gran relevancia fue el *Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, el que fue encomendado en 1971 por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Consejo Económico-Social de la ONU al relator especial, José Martínez Cobo. En su informe final de 1987, Martínez Cobo incluyó un análisis de los diferentes aspectos en que se manifiesta la discriminación contra estas "*poblaciones*", afirmando en sus conclusiones que las condiciones sociales en que vivía la mayor parte de ellas favorecían su discriminación, opresión y explotación. El estudio incluyó también un completo análisis sobre las instituciones y normas relacionadas con estos pueblos, tanto en el nivel nacional como en el internacional y una definición del concepto de "pueblos indígenas" que a la postre resultará sumamente influyente[6]. Además, expuso sobre la necesidad de llevar a cabo un nuevo estudio sobre el mismo tema en los países africanos y

6 Martínez Cobo propuso la siguiente definición: "Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disimiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales". (NN.UU., E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, para. 379). Más tarde, en 1996, la relatora presidente Erica-Irene Daes, a partir del trabajo de Martínez Cobo, identificó cuatro criterios de distinción: a) Prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de los territorios específicos; la perpetuación voluntaria de las distinciones culturales, que hacen incluso de aspectos del lenguaje, de las organizaciones sociales y de los modos religiosos y espirituales modos de producción de leyes e instituciones; auto identificación, así como también el reconocimiento de otros grupos o autoridades estatales de la distinción del colectivo; y una experiencia de subyugación, exclusión, desposesión o discriminación, persista o no en el presente (NN.UU/WGIP 1996, párr. 68).
El criterio de auto-identificación ha sido tomado como definitorio en el Convenio Nº 169 de la OIT (art.1.2). Por su parte, la DDPI ha señalado que los pueblos indígenas "tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones" (art. 33.1).

otro estudio relacionado con los tratados en que estuvieran involucrados los pueblos indígenas.

Otro desarrollo relevante en el ámbito de NN.UU. estuvo determinado por el establecimiento en 1982 –por parte de la misma Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías– del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI), el cual se constituyó con dos mandatos: el primero, revisar los desarrollos relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y, el segundo, brindar atención especial a la evolución de los estándares relacionados con los derechos de las mismas poblaciones. Este grupo se reunió cada año desde su creación, asistiendo a él gran cantidad de organizaciones de pueblos indígenas de todo el mundo, convirtiéndose así en el espacio para la recepción de denuncias frente a violaciones de derechos humanos de estos pueblos, en el punto de reunión de las diversas organizaciones y constituyéndose incluso en la plataforma del despliegue del movimiento indígena internacional (Eide 2010).

Fue por su iniciativa que en 1989 el Consejo Económico y Social de NN.UU. encargó el estudio que Martínez Cobo había recomendado elaborar al recién designado relator especial Miguel Alfonso Martínez (res. 1989/77). Este llegará a importantes conclusiones que revisaremos más adelante. Además, el GTPI impulsó (1) la creación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI), cuyo establecimiento ha sido considerado por los propios indígenas como "un paso en dirección al reconocimiento de nuestro derecho de autodeterminación"[7], ya que finalmente comenzaron a participar en pie de igualdad con los Estados en el seno de NN.UU.[8], y (2) la creación del relator especial para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas[9].

7 Palabras del dirigente y abogado Cree de Canadá Willie Littlechild, miembro del FPCI al momento de su inauguración (Citado en Berraondo 2008, 9).

8 El FPCI fue establecido por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) a partir de la Resolución 2000/22 del 28 de julio de 2000. Está formado por 16 expertos independientes, elegidos cada 3 años en calidad de Miembros y pueden ser reelectos por una vez. Ocho de ellos son nombrados por los gobiernos y ocho son nombrados directamente por las organizaciones indígenas.

9 El relator especial sobre derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas fue creado por la CDH el 2001 (Resolución 2001/57), bajo el patrocinio de México y Guatemala. Su mandato se centra en la recopilación de información sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, visitar oficialmente a los países, formular recomendaciones

Sin perjuicio de lo anterior, la tarea más importante a la que se avocó el GTPI fue la preparación de un Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo borrador recogió las principales aspiraciones del movimiento indígena. Este fue presentado a la Subcomisión que le dio origen en 1993 la que lo aprobó en 1994 (E/CN.4/Sub.2/Res/1994/45) y lo trasladó a la Comisión de Derechos Humanos (CDH)[10]. A su vez, esta creó un Grupo de Trabajo abierto para la elaboración del Proyecto de Declaración (GTPD) para alcanzar acuerdos con los Estados que habían manifestado sus aprensiones. En este proceso, pese a las presiones de los Estados, el borrador aprobado por la Subcomisión fue tenido como documento base, y ninguna modificación fue aceptada sin la aprobación de las organizaciones indígenas[11].

En 2006, el GTPD se disolvió junto a la CDH y traspasó el proyecto al nuevo Consejo de Derechos Humanos, quien lo aprobó en junio de ese mismo año[12], elevándolo a la Asamblea General, donde comenzó a discutirse en el mes de septiembre. En septiembre de 2007, transcurrido un año desde la aprobación en el Consejo de DD.HH. y veinticinco años de negociaciones, la Declaración fue aprobada por la Asamblea General de NN.UU.[13]. Más adelante ahondaremos en el contenido de este

para superar las situaciones de violación a esos derechos e informar de sus actividades al Consejo de Derechos Humanos.

10 Desde su adopción por el Grupo Trabajo de Poblaciones Indígenas (GTPI), el proyecto de DDPI comenzó a ejercer influencia en los organismos de naciones unidas, particularmente en el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que la tuvo a la vista para emitir su Recomendación General N° XXIII sobre pueblos indígenas (Berraondo 2008).

11 El difícil camino que recorrió la DDPI hasta convertirse en un instrumento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas está ampliamente detallado en Charters y Stavenhagen (2010).

12 Tras algunos ajustes menores, el proyecto fue aprobado por 30 votos a favor, 2 en contra (Canadá y Rusia), 12 abstenciones (6 de los cuales eran africanos) y 3 ausentes (todos africanos: Djibouti, Gabón y Mali). De los 6 países latinoamericanos presentes, 5 votaron a favor (Brasil, Ecuador, México, Perú y Uruguay), y uno se abstuvo (Argentina).

13 Las principales cuestiones que motivaron la discusión, particularmente en el último año de negociaciones, fueron las relativas a la definición de pueblos indígenas; la del derecho a la autodeterminación; la de los derechos territoriales; la de la autonomía política y económica; y la integridad territorial del Estado (Berraondo 2008). En cuanto a la primera cuestión, los indígenas lograron imponer a los Estados (especialmente a China) su posición de no consignar una definición de *"pueblo indígena"*, de manera de que fueran ellos mismos quienes se autoidentificaran, como parte de su

instrumento internacional, el que zanjó la discusión en torno al carácter colectivo del sujeto indígena y su estatus de pueblo, con los derechos que esto tiene aparejado en el derecho internacional.

A continuación revisaremos cómo el derecho internacional de los derechos humanos fue otorgando protección a los indígenas a partir de los derechos individuales y de qué manera se fue transitando hacia el reconocimiento de sus derechos como pueblos diferenciados. En una segunda parte revisaremos el contenido de los principales derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el derecho internacional y los desarrollos que de estos han hecho los órganos especializados de NN.UU. y del sistema interamericano de derechos humanos. La revisión no es exhaustiva, sino que se centra en lo que consideramos el corazón del *corpus iuris* internacional en la materia, a saber: el derecho a la vida en relación con la cultura; el derecho a la autodeterminación y sus concreciones; los derechos territoriales, y los derechos políticos. Adicionalmente haremos una breve revisión del particular enfoque que aquel tiene de los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos de los niños y niñas indígenas, por la especial vulnerabilidad que tienen en nuestro país, y el derecho al acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Finalizaremos con un análisis de la cuestión emergente de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Cabe advertir que este capítulo debe entenderse como complementario al que esta publicación dedica separadamente –por cuestiones metodológicas– al análisis del Convenio Nº 169 de la OIT, el que es parte fundamental del *corpus iuris*.

1.1. La protección de los pueblos indígenas como minorías

El reconocimiento de los pueblos como sujetos del derecho internacional proviene de los orígenes del sistema internacional contemporáneo, que se funda en Estados nacionales (Summers 2004). De hecho, la Carta de NN.UU de 1945 fue suscrita por "nosotros los pueblos" y reconoció el principio de la igualdad de derechos y el de libre determinación de los pueblos como fundamento de la paz mundial. En 1966, en pleno proceso de descolonización, la ONU elevó la libre determinación a la categoría de derecho: tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) reconocen el derecho a la libre determinación política, económica, social y cultural de los pueblos[14]. Sin embargo, este derecho fue limitado a las posesiones ultramarinas o territorios distantes, excluyéndose su aplicación a los grupos indígenas ubicados al interior de los Estados (Meza-Lopehandía 2009a)[15]. Así, la cuestión indígena siguió tratándose como un asunto de vigencia de derechos individuales y minorías, bajo el amparo del artículo 27 del PIDCP que establece que: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma".

Como se aprecia, la norma se refiere a las *personas pertenecientes a dichas minorías*, limitando de esta manera su aplicación a los individuos y excluyendo de ella a los pueblos indígenas como sujetos de derechos[16].

---

derecho a la autodeterminación, sin perjuicio que algunos Estados como Australia, apoyaron la indefinición, en el entendido que la misma quedaría a cargo de la legislación interna. En cuanto a la pretensión de no dejar expresa ninguna limitación al derecho de libre determinación, ésta no fue acogida, agregándose el artículo 46.1 que revisaremos más adelante (Summers 2004).

14 Señalan en su artículo 1 compartido:
"Artículo 1:
1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas".

15 En 1952, el Gobierno de Bélgica propuso interpretar el alcance del artículo 73 de la Carta de Naciones Unidas (sobre la administración de territorios no autónomos) a la luz del artículo 22 de la Convención de la Liga de las Naciones que había referencia a las "poblaciones indígenas", de manera de hacerlo aplicable a los pueblos indígenas que habitaban al interior de los Estados y no sólo en sus posesiones ultramarinas. La propuesta fue rechazada, pero poco después se adoptó el Convenio 107 de la OIT (NN.UU./WGIP, 1996).

16 La diferencia entre 'minoría' y 'pueblo indígena' en el marco del derecho internacional es un asunto particularmente complejo y ha sido ampliamente discutido. Hacia 1996, la relatora Especial Erica-Irene Daes informaba al GTPI al respecto que: "Una distinción estricta debe hacerse entre 'derechos de los indígenas' y 'derechos de minorías'. Los pueblos indígenas son de

Este enfoque no podía satisfacer la demanda del movimiento indígena que aspiraba a que los indígenas fueran reconocidos como pueblos

hecho pueblos y no minorías o grupos étnicos" [traducción no oficial por el autor] (NN.UU./GWIP 1996, párr. 47). Al mismo tiempo, reconocía la dificultad de definir qué son los pueblos indígenas, debido a la ausencia de una definición clara de 'minoría' y de 'pueblo' (ibíd., párr. 59). En 1999 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargó Erica-Irene Daes (relator de pueblos indígenas) y Asbjørn Eide (relator de minorías) la elaboración de un documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas (NN.UU/CDH, 2000). En este se evidenciaron algunas cuestiones relevantes. Ambos grupos, minorías y pueblos indígenas, afirman su identidad en diferencias culturales en relación a la sociedad mayoritaria. Ahora bien, la principal diferencia entre ambas categorías está dada en relación a la libre determinación interna, esto es "el derecho de un grupo a gobernarse a sí mismo dentro de una zona geográfica reconocida, sin injerencia del Estado", el cual sería reconocido únicamente a los pueblos indígenas (parr. 43). Daes propone también una diferencia típica en cuanto a la intensión de las normas internacionales: respecto de las minorías el objetivo sería combatir la discriminación y facilitar la integración a la sociedad mayoritaria en el grado que sus miembros elijan; en el caso de los indígenas lo central sería la 'aboriginalidad' y la 'territorialidad' y "el deseo de permanecer colectivamente diferentes, elementos éstos que están vinculados lógicamente al ejercicio del derecho a la libre determinación interna, al gobierno propio o a la autonomía" (párr. 49). En forma similar, Eide señala que "mientras la Declaración sobre las minorías y otros instrumentos relativos a las personas pertenecientes a minorías tienen por objeto garantizar un lugar para el pluralismo dentro de la unidad, los instrumentos relativos a los pueblos indígenas tienen por objeto permitir un mayor grado de desarrollo autónomo.[...] Estrechamente vinculada a esta cuestión se encuentra la diferencia respecto a los derechos sobre la tierra y sobre los recursos naturales" (párr. 8 y 9; en el mismo sentido: Åhrén, 2010). Otra cuestión interesante es que ambos expertos coinciden en que el concepto de minoría ha sido más bien construido en función de la experiencia europea y el de pueblo indígena en relación a la situación americana. De ahí que conceptos como 'aboriginalidad' no sean útiles en realidades como la africana y asiática (cfr. párr. 25 y 37). De hecho, en África la palabra 'indígena' se usa para referirse a los habitantes que no provienen de otros lugares del mundo, o sea, prácticamente toda la población (Barume 2010). Así, en el primer estudio sobre la discriminación elaborado por Martínez Cobo, las realidades de los pueblos a África y Asia no fueron incluidas. Sólo a partir de 1990, el GTPI fue avanzado hacia grupos donde la preexitencia histórica no era determinante, sino que su autoidentificación como indígenas y la mantención de modos de vida particularmente vinculados a la tierra (Eide 2010). Sobre la cuestión del concepto de 'pueblos indígenas' y las dificultades que representa su definición debido a las diferentes realidades estatales y regionales, ver el informe del relator especial Rodolfo Stavenhagen, Derechos Humanos y cuestiones indígenas (NNUU/CDH 2002, párrs. 92-100).

propiamente tales, con los derechos con que esto viene asociado. Por otro lado, el concepto de minorías parecía inapropiado para algunos países –como Bolivia y Guatemala en América Latina– donde los pueblos indígenas constituyen mayorías numéricas[17]. Finalmente, la redacción del artículo 27 dejaba poco espacio para la adopción de medidas de discriminación positiva para la protección efectiva de los derechos de los indígenas.

A partir de la entrada en vigencia del primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1976, el Comité de Derechos Humanos (CCPR por sus siglas en inglés) comenzó a conocer denuncias individuales sobre violaciones a sus disposiciones

17 Sin perjuicio de que estos pueblos constituyan mayoría estadísticamente hablando, siguen siendo minorías sociológicas, en tanto conforman un "grupo de personas que, a causa de sus características físicas o culturales, se encuentra sometido a discriminación respecto de los demás miembros de la sociedad en la que vive, recibiendo de esta un trato diferente e injusto" (Louis Wirth, 1996, "The Problem of Minority Groups", en Ralph Linton (ed.), *The Science of Man in the World Crisis*. Nueva York, Columbia University Press, 347. Citado en Osborne, 1996, 79). O sea, *lo decisivo para este concepto de minoría no es la cuestión numérica, sino la subordinación social, política y económica, el prejuicio y la discriminación*. Sin embargo, esta visión ha sido controvertida en el derecho internacional. Por ejemplo, en la definición que en 1977 el relator especial de NN.UU. Francesco Capotorti entregaba a la Subcomisión de Protección de Minorías la cuestión numérica seguía siendo determinante. Así, una minoría sería: "un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma" (E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, párr. 568). Esta definición ha sido objeto de varias críticas como la inclusión del criterio de nacionalidad, la falta de criterios objetivos y la exclusión de las minorías sociológicas (NN.UU./OACNUDH, 2010). Al respecto, más recientemente, la relatora Daes ha llamado la atención sobre el hecho de que por una parte "un grupo reducido en número también puede formar una elite dominante, como fue el caso de los afrikaners durante el régimen del apartheid en Sudáfrica" y por otra que "la superioridad numérica de los pueblos indígenas en países como Bolivia o Guatemala no les ha garantizado el disfrute de los derechos humanos fundamentales" (NN.UU./CDH 2000, párr. 29). Esta última cuestión habría sido decisiva para que la CDH accediera a encargar un estudio separado sobre la discriminación a las 'poblaciones indígenas' (Willemsen Díaz 2010).

en los Estados parte[18]. Así, tuvo ocasión de conocer situaciones en que indígenas alegaban ser discriminados en tanto minorías.

Una de las primeras decisiones relevantes en la materia fue la del caso *Lovelace vs. Canadá* (1977). En este, una mujer indígena *Maliseet* que se había casado con un no indígena, y que por lo mismo –conforme a la legislación canadiense– había perdido su estatus de indígena, alegó que se violaba el PIDCP, porque se la discriminaba en su calidad de mujer (el hombre indio que se casaba con mujer no india no perdía su estatus). Además señaló como vulnerada la obligación de proteger a la familia (art. 23), a su vida privada (art. 17) y a la libertad de tránsito (art. 12), por cuanto la pérdida de su estatus le impedía vivir en el territorio de su comunidad de origen (reserva Tobique). Solicitó que se ordenara la restitución de su estatus y que se modificara la legislación con el objeto de adecuarla a las disposiciones del Pacto. El CCPR acogió la alegación, señalando se había violado el artículo 27 del Pacto, por cuanto la denegación de su pertenencia étnica no resultaba razonable ni necesaria para la preservación identitaria de la tribu, especialmente considerando que se encontraba divorciada[19]. Como consecuencia de esta decisión, Canadá modificó su legislación, permitiendo la restitución del estatus indígena y los consiguientes derechos a miles de mujeres indígenas privadas forzadamente de ellos[20].

Más tarde, el CCPR conoció el caso *Ominayak vs. Canada* (1980). En este, el jefe de la banda *Cree* del lago *Lubicon* alegó que Canadá, al permitir que el Gobierno de Alberta expropiara tierras indígenas para el desarrollo de una exploración petrolífera, había violado el artículo 1

18 El CCPR es un órgano de Naciones Unidas encargado de vigilar el cumplimiento del PIDCP. No debe confundirse con la Comisión de Derechos Humanos (CDH), dependiente del ECOSOC, que fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos tras las reformas de 2005. En 1966 se aprobó el primer Protocolo Adicional del PIDPC, el cual permite al CCPR de NN.UU recibir y tramitar alegaciones específicas relativas a violaciones de derechos humanos garantizados en el Pacto por parte de individuos de los Estados que lo hayan ratificado. Además, el CCPR evacua observaciones generales acerca de la interpretación y alcance de las disposiciones del Pacto (art. 40.4 PIDCP), examina los informes periódicos enviados por los Estados parte (art. 40.1 PISCP), emitiendo sus observaciones finales al respecto, y las denuncias entre Estados (art. 41 PIDCP).

19 El comisionado Nejib Bouziri estuvo por considerar violados –además del artículo 27– los artículos 2.1, 3, 23.1 y 23.4 del PIDCP.

20 La reforma legal llevada a cabo por Canadá ha sido criticada, toda vez que algunos de los criterios de pertenencia a bandas indígenas son incompatibles con los patrones culturales indígenas (Anaya 2005).

del Pacto (derecho a la libre determinación de los pueblos) y el artículo 27 del mismo instrumento. En su decisión en este caso, el CCPR rechazó la aplicación del artículo 1 señalando que una persona no podía alegar la violación del derecho de un pueblo. Acogió, sin embargo, el reclamo de violación del artículo 27, al señalar que los acontecimientos reclamados conformaban una amenaza al modo de vida y cultura de ese grupo minoritario, instando a Canadá a poner término a la violación del Pacto[21]. Esta decisión tiene una importancia particular, por cuanto constituyó un primer eslabón en el reconocimiento de la relación entre el derecho a la cultura propia y la actividad económica. Esta jurisprudencia fue profundizada en la resolución del caso *Länsman y otros vs. Finlandia* (1992), donde el CCPR afirmó que la escala de la explotación autorizada en la montaña Etelä-Riutusvaara no tenía la entidad para violar sustancialmente los derechos de pastoreo de la comunidad *Muotkatunturi*. Sin embargo, reafirmó que el desarrollo económico está limitado por las obligaciones que impone a los Estados el artículo 27 y agregó que el mismo no solo protege los medios de subsistencia tradicionales, sino que también aquellos en que las minorías han adoptado procedimientos modernos de trabajo[22]. Más tarde, en un caso que involucraba la tala de bosques en el territorio de la misma comunidad de pastores *Muotkatunturi*, el CCPR señaló que era necesario medir los impactos acumulados de las diversas actividades emplazadas en el territorio (*Länsman y otros c. Finlandia*, 15/04/2005, CCPR/C/83/D/1023/2001).

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (CIEDR) definió y

21 El Gobierno de Canadá reconoció su incumplimiento del Pacto, pero la efectividad de la decisión del Comité se vio afectada dado que el Comité no señaló medidas concretas a ser adoptadas (Anaya, 2005).

22 "The right to enjoy one's culture cannot be determined *in abstracto* but ha to be placed in context. In this connection, the Committee observes that article 27 does not only protect *traditional* means of livelihood of national minorities, as indicated in the State party's submission. *Therefore, that the authors may have adapted their methods of reindeer herding over the years and practice it with the help of modern technology does not prevent them from invoking article 27 of the Covenant.* [...] A State may understandably wish to encourage development or allow economic activity by enterprises. [...] *Thus, measures whose impact amount to a denial of the right will not be compatible with the obligations under article 27. However, measures that have a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the right under article 27*" (Länsman et al. v Finland, CCPR/C/52D/511/1992, 26/10/1994, párr. 9.3 y 9.4).

proscribió la discriminación racial[23]. Este instrumento ha jugado un papel excepcionalmente importante en el desarrollo del *corpus iuris* aplicable a los pueblos indígenas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) ha sido especialmente activo en esta materia, cuestión que podremos verificar en el desarrollo de este capítulo (NN.UU./Consejo DDHH 2008)[24].

Paralelamente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)[25] enfocó su atención en la protección del derecho a la vida e integridad física y síquica de los indígenas en el marco de los conflictos armados que afectaban (y en algunos casos aún afectan) a diversos países de la región[26]. En estos, la CIDH fue abriendo camino a la idea de que la muerte de un integrante de la comunidad afecta a esta en su conjunto, por lo que aquella también debía ser resarcida[27].

1.2. Los indígenas como sujetos de derechos colectivos

El punto de inflexión en el ámbito interamericano está en la decisión del caso *Yanomami vs. Brasil* en 1984[28]. En este, los peticionarios denunciaron que la construcción de una carretera transamazónica violaba los

---

23 La Convención define el racismo como "[t]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales" (artículo 1.1) y establece que "los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes" (artículo 5).

24 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), en su Recomendación General N° XXIV de 1999, estableció que la definición del artículo 1.1 implica "a todas las personas que pertenecen a diferentes razas, grupos étnicos o nacionales, o pueblos indígenas". Además, en la Recomendación General N° XXIII sobre pueblos indígenas, señaló que "el Comité ha afirmado reiteradamente que la discriminación contra los pueblos indígenas es una cuestión que incumbe a la Convención y que deben tomarse todas las medidas apropiadas para combatir y eliminar dicha discriminación".

25 El sistema interamericano está compuesto por dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La primera es un organismo creado por la Carta de la Organización de Estados Americanos, cuya principal función es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA en la materia. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos la autoriza a conocer denuncias individuales sobre violaciones a los derechos humanos reconocidas en la misma, para eventualmente llevar el caso a la Corte IDH. La Corte IDH por su parte, es un órgano cuasi jurisdiccional, que tiene competencia para resolver sobre la aplicación e interpretación de la CADH en abstracto (opiniones consultivas) y en concreto (resolución de casos individuales).

26 En el caso Guahibos vs Colombia N° 1690 de 1970 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo un seguimiento de las denuncias de persecución, torturas y secuestros.

27 En el caso *Aloeboetoe y otros vs Surinam*, la CIDH consideró que la motivación racial de los ataque contra los *saramaca* requería de una indemnización a la comunidad en su conjunto. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló en la sentencia sobre reparaciones y costas de 1993 que no habían pruebas de la alegada motivación racial de los crímenes y que la "*familia extendida*" de los *saramaca* no se diferenciaba de otras comunidades intermedias, por lo que sólo debía ser indemnizada en caso de que sufriera daños directo, y no por el asesinato de uno de sus miembros (OEA 2000). Más tarde, en 1997, la CIDH insistirá en la idea de la afectación de derechos de la comunidad en la solución amistosa alcanzada en el caso *Colotenango* de Guatemala (Informe N° 19/97, caso 11.212). En éste se acordó indemnizar a la comunidad en su conjunto por la muerte de uno de sus miembros a manos de paramilitares, abriendo paso así a la incorporación de los indígenas como sujetos colectivos de derechos.

28 El SIDH ha sido el principal motor del reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a partir de su interpretación evolutiva de los derechos reconocidos en la DADH de 1947 y la CADH de 1969 tomando "en cuenta las circunstancias específicas de los pueblos indígenas y las comunidades tribales, reafirmando en relación con ellos el derecho a la vida, incluida una existencia colectiva digna; el derecho a la propiedad de las tierras, los territorios y los recursos naturales, incluidos los derechos de consulta y consentimiento; y el derecho a la participación política de conformidad con sus pautas culturales" (NN.UU./Consejo DD.HH 2008, párr. 28)). Un papel especialmente relevante en esto han tenido las sentencias de la Corte IDH. La CIDH también ha contribuido al desarrollo doctrinario con sus informes temáticos o de países (vg. Informe Ecuador 1997) y sus informes de fondo (vg. *caso hermanas Mary y Carry Dann vs. Estados Unidos 2001; comunidades Maya de Toledo vs Belice 2004*); y al desarrollo jurisprudencial, con sus informes en casos como *Yatama vs. Nicaragua* (2005) y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007). Además, la CIDH ha dictado diversas medidas cautelares a favor de comunidades indígenas que denuncian graves violaciones a sus derechos fundamentales. Entre estas, destacan: comunidad *Sarayaku* (2004); clanes Saramaka de Suriname (2002); pueblos *Kankuamo y Wiwas* de Colombia (2003 y 2005 respectivamente); *Raposa Serra do sol* (2004); y más recientemente Bello Monte (2010) (Berraondo 2008). La lista completa de medidas cautelares adoptadas está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp.> [Consultada el 24 de enero de 2012].

derechos civiles, sociales, culturales y territoriales (propiedad) de los indios *yanomami*, además de su vida y salud. En dicha resolución, la CIDH reconoció que los grupos étnicos tienen derecho a una protección especial de las características particulares que permiten su preservación cultural en base al artículo 27 del PIDPC. Señaló al respecto: "7. Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural".

Si bien no explicó su opción por el concepto de *etnia* por sobre el de *pueblo*, la decisión fue sumamente relevante por varios motivos. Primero porque aplicó el PIDPC sin que Brasil lo hubiera firmado y sin tener competencia expresa para supervigilar su cumplimiento. Esto implica que consideró sus disposiciones, al menos la del artículo 27, como parte del derecho internacional consuetudinario, reafirmando así el principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos[29]. Además, fue la primera vez que la CIDH esbozó un reconocimiento del carácter colectivo del titular de los derechos vulnerados (Dulitzky 1997)[30]. De hecho señaló que del caso "surge una

29 El fundamento normativo para aplicar normas de derecho internacional contenidas en fuentes distintas a la DADH y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) está en el artículo 29 de esta última que señala:
Artículo 29. Normas de Interpretación.
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

30 Si bien el SIDH ha sido pionero en reconocer derechos territoriales (eminentemente colectivos) a los indígenas, ha sido ambivalente en el modo de expresarlo. Así lo constata el Juez Eduardo Vío Grossi en su voto concurrente en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010. El magistrado señala que la sentencia se refiere a las víctimas del caso en algunas ocasiones

responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas *para proteger los derechos humanos de los Yanomami"* (considerando 11)[31]. Asimismo, mediante la resolución N° 12 de 1985, la CIDH recomendó, entre otras cosas, la demarcación del Parque *Yanomami* de más de 9 millones de hectáreas, confirmando la estrecha vinculación entre los derechos de los pueblos indígenas y su integridad territorial. Finalmente, recomendó que "los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami sean *llevados a cabo en consulta* con la población indígena afectada y con la asesoría de competente personal científico, médico y antropológico", lo cual constituye un primer atisbo de lo que más tarde será el deber estatal de consulta previa, e incluso –para algunos– fue un primer paso en el reconocimiento de la autonomía indígena (Dulinzky 1997).

Pese a los avances señalados, el tratamiento de los indígenas como minorías iba encontrando sus límites. Así por ejemplo, en su Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito de 1983, una de las cuestiones centrales debatidas era si los miskitos –en tanto grupo étnico– tenían o no derecho a la libre determinación de los pueblos[32]. La CIDH señaló al respecto:

como *"miembros de la comunidad"* y en otras como la comunidad propiamente dicha, en tanto *"sujeto que reclama derechos"*, particularmente en relación a los derechos territoriales (párrs. 5 y 8). Luego expone sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional de los derechos humanos y concluye su razonamiento señalando que: "En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, *se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término 'persona' contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos*, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia" (párr. 27).

31 La CIDH consideró responsable al Estado de Brasil por la violación de los varios derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH): derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); el derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y el derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).

32 Frente a la implementación por parte del Gobierno sandinista de un programa de integración territorial y cultural, los *miskitos* comenzaron a reivindicar sus

> Es cierto que el Derecho Internacional moderno reconoce la vigencia del principio de la libre determinación de los pueblos, al cual considera como el derecho de un pueblo a escoger independientemente su forma de organización política y a establecer libremente las modalidades que estime convenientes para alcanzar su desarrollo económico, social y cultural. *Pero ello no significa que se reconozca a ningún grupo étnico, por el hecho de ser tal, el derecho a la libre determinación* (2ª parte, sec. B, párr. 9).

Ahora bien, la Comisión aclaró que "lo dicho no significa [...] que la carencia de un derecho de autonomía política o la libre determinación por parte de los miskitos, sumos y ramas de la costa atlántica, le conceda al Gobierno de Nicaragua un derecho irrestricto a imponer una asimilación total de dichos indígenas" (ibíd., párr. 11). Por el contrario, el derecho de las minorías a conservar su propia cultura tendría su fundamento en el goce efectivo de los derechos reconocidos en el ámbito interamericano, particularmente la honra y la dignidad; la libertad de pensamiento y expresión; el derecho de reunión y asociación; el derecho de circulación y residencia; y el de participación política (Dulitzky 1997). Además, la CIDH estableció que el señalado derecho a la preservación cultural, incorpora "los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos" (OEA/CIDH, 2ª parte, sec. B, párr. 15). Por su parte, en consideración a "los vínculos especiales que [la población indígena] tiene con su tierra de origen", el traslado de los indígenas debía contar con su consentimiento previo (ibíd., 2a parte, sección E, párr. 37), lo cual requería de una adaptación institucional, que, para ser exitosa, debía ser diseñada mediante una amplia consulta y participación indígena (OEA/CIDH 1983). De esta manera, pese al rechazo formal a reconocer el derecho de autodeterminación de los pueblos a los indígenas, la Comisión reconoció "gran parte de las dimensiones internas del derecho a la libre determinación, es decir el derecho a organizar su propia vida política, económica, social y cultural y de disponer de sus recursos naturales" (Dulitzky 1997, 148). De esta manera modificó la apreciación *neutral* de las políticas de asimilación que había manifestado el año anterior en el caso *comunidad aché vs. Paraguay* (N° 1802), en que habiendo constatado que el Estado paraguayo desplegaba una política de asimilación, desestimó que los hechos constituyesen genocidio y que dicha política constituyera por sí misma una violación a los derechos reconocidos en el SIDH (Dulitzky 1997).

La falta de reconocimiento del estatus de sujetos colectivos a los pueblos indígenas fue objeto de críticas, especialmente por parte del propio movimiento indígena. Esto propició que poco a poco se fuera avanzando hacia el progresivo reconocimiento de su carácter de pueblos. Ya está dicho que el hito principal en esta materia fue la adopción en 1989 del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, cuyo nombre ya evidencia un cambio de paradigma. Ya no se trata de *poblaciones*, sino de *pueblos* y, es más, los derechos que reconoce no son solo para los miembros de estos pueblos, sino que directamente se aplican a "*los pueblos*"[33].

Este reconocimiento fue teniendo ecos en las diversas instancias del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. Así por ejemplo, en 1994 el CCPR publicaba la Observación General N° 23 en relación con el artículo 27 del PIDCP sobre minorías. En este señaló que dicho artículo consagraba algo distinto al derecho a la libre determinación, por cuanto este último recae sobre los pueblos, mientras que el del artículo 27 "se relaciona con los derechos reconocidos a las personas en cuanto tales" (párr., 3.1). Sin embargo, al igual que la CIDH, reconoció que la conservación cultural podía estar estrechamente ligada a derechos asociados al uso de territorios y recursos naturales. Señaló al respecto que:

---

derechos a la autonomía cultural, política y territorial. El Gobierno definió el movimiento *miskito* como contrarrevolucionario y separatista e inició una campaña militar en su territorio. Se denunciaron diversas violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas, incluyendo asesinatos, tortura, detención ilegal, violación, desapariciones forzadas, destrucción de propiedad y desplazamiento forzoso, llegando incluso a instalarse campos de refugiados tanto en Nicaragua como en Honduras. Finalmente el caso culminó en la negociación y adopción del Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica (1987) que incluyó la transferencia de potestades públicas y el reconocimiento del carácter inalienable de las tierras comunales indígenas.

33 El artículo 1.1 señala que: "el presente Convenio se aplica:"a) a los pueblos tribales en países independientes [...]" y "b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas [...]". El mismo artículo en su párrafo 3° acota el alcance de este reconocimiento: "La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional." Sobre el alcance de esta disposición, ver el acápite correspondiente en el capítulo sobre la materia.

3.2 El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– *pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos* [ ]. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría.

[...] 7. Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, *inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas*. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.

De esta manera, el artículo 27 dirigido a la protección de "los miembros de comunidades indígenas" comenzó a ser interpretado en un sentido que se conectaba con los aspectos colectivos de la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con sus territorios, vínculo que ya había sido reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT de 1989[34].

Por su parte, en 1996, el CEDR emitió su Recomendación General Nº XXI sobre el derecho a la libre determinación[35]. En esta aclaró que ninguna de sus medidas debía entenderse como una autorización a quebrantar la integridad territorial del Estado y que de hecho, "el derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado" (párr. 6). Al mismo tiempo, el Comité afirmaba que los gobiernos debían considerar "reconocer a

---

34 Su artículo 13.1 señala que: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán *respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios*, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

35 Conforme al artículo 9.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial el Comité respectivo puede hacer sugerencias y recomendaciones generales acerca de los alcances de sus disposiciones, basándose en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes.

las personas pertenecientes a los grupos étnicos o lingüísticos formados por sus ciudadanos, cuando proceda, el derecho a realizar actividades de interés especial para la conservación de la identidad de dichas personas o grupos" (párr. 5). Al año siguiente, adoptó la Recomendación General Nº XXIII sobre pueblos indígenas, la cual constituye una guía para el propio CEDR en relación con asuntos indígenas y constituye su entendimiento de la proscripción de la discriminación en la materia (Mackay 2008). En esta, reafirmó la aplicabilidad directa de la Convención a los pueblos indígenas en tanto tales (párr. 2), y reconoció, entre otros, el derecho a la participación y consentimiento previo y sus derechos territoriales.

CUADRO 1.

Extracto Recomendación General (RG) Nº XXIII Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Aprobada en su 51º período de sesiones (1997)

4. El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que:

a) Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación;

b) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena;

c) Proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales;

d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado;

e) Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma.

5. El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.

A finales de la década del 90, el CEDR comenzó a dar protección a los pueblos indígenas como entidades colectivas a través de los

procedimientos de urgencia o alerta temprana[36]. Así, en 1999 dicho Comité adoptó una medida a favor de un grupo de aborígenes de Australia al disponer que la reforma a la Ley del Título Nativo (*Native Title Act*) constituía un acto de discriminación racial, por cuanto tendría como consecuencia la pérdida de los derechos sobre las tierras. Del mismo modo, manifestó su preocupación por la supresión del puesto de Comisionado de Justicia Social para los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres. En su decisión, el Comité instó a que Australia suspendiera la aplicación de las enmiendas de dicha ley y reanudase conversaciones con los aborígenes para encontrar soluciones aceptables para ellos, conformes a las obligaciones de la Convención[37].

Otro caso de alerta temprana en que el Comité adoptó una decisión a favor de pueblos indígenas fue la presentada por el pueblo maorí de Nueva Zelanda por incompatibilidad de la Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos, de 2004, con las disposiciones de la CIEDR. En su decisión de 2005, el Comité dispuso que la ley en cuestión contenía aspectos discriminatorios para los maoríes, pues "al anular la posibilidad de que establezcan sus títulos de propiedad consuetudinarios sobre la zona costera bañada por la marea y los fondos marinos, y no garantizar el derecho de reparación" (Decisión 1 (66) sobre Nueva Zelanda, 27 de abril de 2005, párr. 6). Igualmente exhortó a que de conformidad con el Tratado de Waitangi, reanudase el diálogo con la comunidad maorí respecto de esta ley a fin de buscar formas de mitigar sus efectos discriminatorios, inclusive mediante la introducción de enmiendas.

También la CIDH inició una interpretación evolutiva que la llevaría a proteger los derechos territoriales indígenas a través de la propiedad privada consagrada en el artículo 21 de la CADH, pese a que su redacción parecía apuntar estrictamente a la propiedad individual. Así, en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, la Comisión señalaba:

36 La CIEDR admite la interposición de quejas o comunicaciones por individuos o grupos de los Estados que hayan aceptado la competencia del CEDR en los términos establecidos por el artículo 14 de la misma Convención. Además, a partir de 1993 (A/48/18 anexo III) existe un procedimiento de urgencia y de alerta temprana para examinar casos que eviten situaciones de conflicto motivada por discriminación racial. Para recurrir a ambos órganos del tratado las partes deben previamente haber agotado las instancias internas.

37 CEDR, Decisión 2 (54) sobre Australia, 18 de marzo de 1999, A/54/18, párr. 18.

> El artículo 21 de la Convención Americana reconoce en general que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". A la luz del artículo 29 de la Convención Americana, el cual estipula que la Convención no puede ser interpretada para limitar el goce de cualquier derecho que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas o de acuerdo con otra convención en que el Estado sea parte, debe señalarse que el derecho de los pueblos indígenas de ser dueños colectiva o individualmente de las tierras que han ocupado tradicionalmente está reconocido por el artículo 11 de la Convención 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la cual Ecuador es parte (OEA/CIDH 1997, cap. IX).

Además, la CIDH puso hincapié en la necesidad de reconocer plenamente las unidades organizacionales comunes de los pueblos indígenas y sus métodos tradicionales de cultivo (ibíd.).

Por su parte, hacia 1999 el CCPR solicitaba a Noruega que "informe sobre el derecho del pueblo saami a la libre determinación de conformidad con el artículo 1 del Pacto y, en particular, el párrafo 2 de dicho artículo" (Observaciones finales Noruega, CCPR/C/79/Add.112, 01/11/1999, párr. 17). Al año siguiente, recordó a Australia la necesidad de que tomara medidas para asegurar que los indígenas tuvieran una participación relevante en la toma de decisiones sobre sus tierras tradicionales y recursos naturales en relación con el art. 1.2 del PIDCP (Observaciones finales Australia, CCPR/CO/69/AUS, 24/07/2000). De esta manera, el órgano de control del PIDCP reconocía a los indígenas como sujetos del derecho a la libre determinación, o sea, les reconocía su carácter de pueblos.

De esta manera, pese la ausencia de un reconocimiento específico de derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho internacional de los derechos humanos los fue incorporando a través de la interpretación evolutiva de los derechos individuales consagrados en distintos instrumentos y tratados internacionales. El corolario de este proceso fue la firma de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

1.3. Los indígenas como pueblos: la declaración de derechos de los pueblos indígenas

El 13 de septiembre de 2007, la paulatina evolución del derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas tuvo su punto culminante en la aprobación por la

Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI). Fueron 143 los que la aprobaron, 11 se abstuvieron, 34 no estuvieron presentes en la sesión y solo cuatro votaron en contra, aunque en los años siguientes terminaron por adherir a ella[38].

La Declaración fue adoptada luego de dos décadas de debate en el seno de NN.UU. Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta. Así lo expresa en su preámbulo la DDPI: "*Preocupada* por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses".

Como ha señalado el relator Anaya, se trata de un instrumento que tiene por finalidad principal reparar dichas injusticias históricas: "Lejos de establecer derechos especiales, la Declaración apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica del derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de aplicación general" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2008, párr. 36). De hecho, los derechos reconocidos en la misma no son sino una aplicación específica a los

38 La lista original de países votantes está disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm> [Consultada el febrero de 2012]. Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda fueron los cuatro países que rechazaron la Declaración. Sus principales objeciones eran relativas al derecho de libre determinación y a la cuestión del consentimiento previo (Eide 2010). Sin embargo, con el tiempo fueron revirtiendo su decisión. Primero Australia (abril de 2009), seguida por Nueva Zelanda (abril de 2010) y luego Canadá (noviembre de 2010) y, finalmente, en diciembre de 2010, Estados Unidos de Norteamérica anunció su adhesión. El único país de América Latina que inicialmente no adhirió absteniéndose de votar (Colombia), terminó por firmar la declaración en mayo de 2009. En cualquier caso, el hecho de que no haya sido aprobada por unanimidad no le quita legitimidad. De hecho, el instrumento internacional de derechos humanos más importante, la Declaración Universal, fue aprobada mediante votación (Chávez, 2010). Respecto de esta cuestión Charters ha señalado que la DDPI es legítima al menos en tres sentidos: es el resultado de un proceso legítimo (abierto y transparente); su contenido es justo y mejora la situación de los pueblos indígenas; y ha habido un compromiso sustancial con la declaración (Charters 2010).

pueblos indígenas de los principios de igualdad y libre determinación que inspiran todo el derecho internacional de los derechos humanos (Anaya 2010).

A pesar de que su texto final fue objeto de diversas modificaciones con el propósito de lograr un consenso mayoritario para su aprobación por la Asamblea General, en muchos aspectos la Declaración va más allá del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, que hasta septiembre de 2007 constituía el instrumento de derecho internacional más avanzado relativo a los derechos de los pueblos indígenas[39].

Como señalara el entonces relator especial de la ONU para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen ante la Asamblea General de NN.UU.: "La Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal como son reconocidos progresivamente en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos" (Stavenhagen 2007).

En su Preámbulo la DDPI establece la igualdad que los pueblos indígenas tienen con los demás pueblos, subrayando su derecho a ser diferentes y a ser respetados como tales. Luego reafirma esta cuestión en su artículo 2: "Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas". Asimismo, da por superadas las doctrinas evolucionistas que inspiraron las políticas de asimilación e integración desplegadas

39 Nueve modificaciones fueron introducidas al texto de la Declaración para lograr el apoyo del grupo de Estados africanos en la Asamblea General de NN.UU. La más importante fue aquella introducida en el artículo 46.1, el que en su texto final dispone: "Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiera a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". Cabe señalar que muchos de los representantes indígenas que participaron de los debates previos a la votación por la Asamblea de NN.UU., si bien no concordaron con ésta y otras modificaciones introducidas a la Declaración, consideraron que el texto final no se veía afectado en lo sustancial por ellas. Por lo mismo, apoyaron su aprobación por la Asamblea General.

hasta ahora por los Estados, señalando que "son científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas", y reconoce la importancia fundamental del derecho a la libre determinación de los pueblos, cuestión que se hace extensiva a los indígenas.

De esta manera, la Declaración vino a poner fin a la discusión en torno al estatus internacional de los pueblos indígenas. Revisaremos sus principales disposiciones a lo largo de este trabajo.

LA FUERZA VINCULANTE DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las implicancias jurídicas de la Declaración son aún materia de debate. Para algunos se trata de un documento de carácter no vinculante, sin fuerza jurídica que obligue a los Estados a ceñirse por sus disposiciones[40]. Para los pueblos indígenas que promovieron la Declaración se trata de un instrumento fundamental que debe orientar la legislación y políticas públicas de los Estados que les conciernen.

Tradicionalmente se sostiene que una declaración internacional no tiene el mismo estatus de una convención o tratado internacional. Sus disposiciones no tienen el mismo efecto vinculante que tienen los tratados, pero existen buenos argumentos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

La primera cuestión que hay que tener presente es que es necesario distinguir entre el valor vinculante del instrumento "declaración" y el carácter vinculante de los derechos especificados en él. Esto es particularmente importante si recordamos que más que crear nuevos derechos, la DDPI aclara su aplicabilidad a los pueblos indígenas (Stavenhagen 2010). Como segunda cuestión, hay que tener presente que, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las NN.UU., sus órganos de tratado y órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones[41, 42].

Por otra parte, hay que recordar que el derecho internacional reconoce diversas fuentes además de los tratados y convenciones. Entre estos, la costumbre internacional o derecho internacional consuetudinario. En este sentido, varias de las disposiciones contenidas en la DDPI pueden ser consideradas como derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, obligatorias para los Estados que han concurrido a su formación. Para su consideración como tal, se requiere de una amplia y representativa práctica de los Estados en apoyo de esta nueva regla, incluyendo especialmente a los Estados afectados, así como además, la convicción de los Estados de estar obligados por ella (*opinio juris*)[43].

Respecto de lo primero –las prácticas de los Estados en relación con los pueblos indígenas–, estas han sido consistentes con los principios fundamentales de la Declaración. De hecho, las políticas de asimilación de los pueblos indígenas han sido abandonadas en favor de la preservación y fortalecimiento de las culturas, lenguas y religiones indígenas. Lo mismo en relación con temas centrales de la Declaración, como el derecho de libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y los derechos de tratados que en ella se reconocen.

---

40 Entre nosotros, Zalaquett considera que se trata de un instrumento de *derecho blando (softlaw)* que sistematiza en *corpus iuris* internacional, pero duda que tenga "el efecto seminal de otras declaraciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos, en el sentido de dar inicio a un proceso de generación normativa que culmine, años más tarde, en un instrumento internacional de carácter vinculante" (Zalaquett 2008, 140; en el mismo sentido, Mereminskaya 2011).

41 "Artículo 38. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.
Artículo 42. Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración".

42 "De hecho, cuando el Consejo de DD.HH. renovó el mandato del relator especial para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas le encargó la promoción de la DDPI y los demás instrumentos relativos" (A/HRC/6/L.26, párr. 1.g).

43 El artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia define la costumbre internacional como "prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho". De acuerdo a esta definición, la costumbre es una forma de creación del derecho que surge con la práctica seguida por los Estados de forma uniforme y que, con el paso del tiempo, acaba consolidándose como derecho. Para la doctrina, sin embargo, junto al elemento material para la creación de derecho, que consiste en la práctica uniforme y continuada, se requiere un elemento subjetivo, también conocido como *opinio iuris*, que es la convicción de que se actúa respondiendo a una obligación jurídica.

Muchos Estados, incluyendo aquellos que originalmente votaron en contra de la Declaración o se abstuvieron, tienen en su política interna una práctica que es consistente con los derechos reconocidos en ella (Anaya y Weissner 2007).

Por otra parte, los veinticinco años de negociación de la Declaración son demostrativos de la existencia de una convicción por parte de los mismos de haber estado buscando un estatuto para los pueblos indígenas que reconoce derechos que resultan obligatorios para los Estados. El hecho de que originalmente cuatro Estados miembros de NN.UU. se hayan opuesto a la Declaración no invalida la consideración de contenidos centrales de la misma o de los principios en que están imbuidos –los cuales fueron apoyados por esos mismos Estados durante la discusión[44]– como derecho internacional consuetudinario, más aun cuando a la fecha, todos ellos la han suscrito.[45] Además, hay quienes afirman que hoy existe una presunción de que los instrumentos de derechos humanos constituyen derecho internacional consuetudinario, independientemente del carácter del documento que lo declara o por el que se acuerda. Es más, "de argüirse respecto a alguna declaración concreta que su contenido no responde a derecho consuetudinario, la carga de la prueba habría de recaer en la parte que alega, el Estado que fuere en su caso" (Clavero 2009, párr. 5). Esto es más patente aún en el caso de la DDPI que, como se ha dicho, simplemente aclara la aplicabilidad a los pueblos indígenas de los derechos humanos reconocidos a las demás personas y pueblos, que de hecho se han venido aplicando por los diversos organismos de NN.UU. y el SIDH a personas y pueblos indígenas (Anaya 2006a; Clavero 2009; NN.UU./Consejo DD.HH 2008).[46]

44 En 2008, James Anaya –ya en calidad de relator especial– informaba al Consejo de Derechos Humanos que "aunque en sus declaraciones de explicación del voto los cuatro Estados que votaron en contra de la aprobación de la Declaración (Australia, Canadá, Estados Unidos de América y Nueva Zelanda) mostraron su desacuerdo con artículos específicos o sus preocupaciones respecto del proceso de aprobación, *también expresaron una aceptación general de los principios y valores básicos enunciados en ella*" (NN. UU./Consejo DD.HH 2008, párr. 35).

45 A mayor abundamiento, cabe recordar que sólo una norma de *ius cogens* requiere de unanimidad de todos los miembros de la comunidad internacional para convertirse en derecho. Este elevado quórum se explica por el carácter inderogable de dichas normas.

46 El relato Anaya lo expresa así: "En consecuencia, la Declaración no se propone conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos

En definitiva, existen antecedentes suficientes para considerar que los contenidos centrales de la Declaración son derecho internacional consuetudinario, y por lo tanto, generan obligaciones jurídicas para los Estados (Anaya y Weissner, 2007).

Por otra parte, el principio de interconexión, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, obliga a entender los diferentes instrumentos y fuentes del derecho internacional como partes de un todo que se refuerzan mutuamente. Esto tiene consagración normativa en el propio Convenio N° 169 de la OIT –tratado internacional cuyo carácter vinculante está fuera de discusión– en cuyo artículo 35 se señala que "[l]*a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales*".

El Foro Permanente para Cuestiones Indígenas ha reafirmado que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre otros, que la Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos, que es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de Declaración, cada vez más cercano al estatus de tratado internacional, y que diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración (Naciones Unidas, 2009)[47].

especiales o nuevos, sino que ofrece una versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada respecto de las circunstancias concretas históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas. Las normas proclamadas por la Declaración comparten un carácter básicamente reparador, ya que tratan de poner remedio a los obstáculos y la discriminación sistémicos a los que se han enfrentado los pueblos indígenas para disfrutar de sus derechos humanos básicos. Desde esta perspectiva, el contenido de la Declaración está vinculado a las obligaciones ya contraídas por los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos" (NN. UU./Consejo DD.HH 2008, párr. 86).

47 En esta parte es interesante destacar una sentencia de la Suprema Corte de Belice, que en 2007, con la Declaración recién aprobada, hacía suyos los puntos de vista expuestos arriba: "131. *También es importante recordar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.* Por su puesto, a diferencia de las resoluciones del Concejo de Seguridad, las de la Asamblea General no son por lo general vinculantes para los Estados miembros. *Pero*

Como se ve, se trata de un instrumento que –como lo ha señalado con mucha claridad el relator especial para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya– más que crear nuevos derechos, reconoce a los indígenas los que están actualmente vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, pero que hasta ahora no les han sido respetados por muchos de los Estados en que habitan.[48] De esta manera, la DDPI refuerza en su articulado una serie de derechos individuales y colectivos ya reconocidos, el cual constituye de alguna manera un digesto del *corpus iuris* de los derechos de los pueblos indígenas. En el siguiente apartado desarrollaremos los contenidos del este *corpus* utilizando los contenidos de la Declaración como su columna vertebral.

2. Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional

En esta sección revisaremos el contenido del *corpus iuris* internacional relativo a los pueblos indígenas. El mismo está compuesto por las diversas fuentes del derecho internacional como los instrumentos internacionales (convenciones, tratados y declaraciones), las recomendaciones y observaciones de los órganos de control de dichos instrumentos, la jurisprudencia de las cortes internacionales y la costumbre internacional[49].

Esta noción de *corpus iuris* está fundada en el principio de universalidad, indivisibilidad e interconexión de los derechos humanos, el que tiene diversas manifestaciones positivas en tratados internacionales[50]. Esto ha motivado que, por ejemplo, la Corte IDH invoque normas contenidas en otros tratados internacionales –que no están expresamente sometidos a su control y competencia– para interpretar el alcance de las disposiciones de la CADH. Así por ejemplo, en la resolución del caso *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), la Corte señaló que para interpretar CADH debía tomarse en cuenta *"el sistema dentro del cual se inscribe"*, incluyendo en este al Convenio N° 169 de la OIT (párrs. 126 y 127) y lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la NN.UU. en su Observación 14 relativa al artículo 12 del PIDESC (párr. 166). En el caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), siguiendo la misma argumentación, la Corte invocó el artículo 27 del PIDCP y el artículo 1 del PIDESC, interpretado por el Comité DESC.

Especialmente relevante para nuestra exposición será el contenido de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual viene a cristalizar los desarrollos que la cuestión indígena estaba teniendo en el derecho internacional, tanto en el ámbito interamericano como en el de NN.UU. Teniendo a la DDPI como guía, utilizaremos también otras fuentes en la medida en que sirvan para esclarecer o confirmar el alcance de un derecho.

---

cuando estas resoluciones o Declaraciones contienen principios generales de derecho internacional, los Estados no están autorizados para desatenderlas. Esta declaración... fue adoptada por el abrumador número de 143 Estados a favor y solo cuatro en contra y once abstenciones. Desde mi punto de vista, *es una cuestión importante que Belice haya votado a favor de la Declaración.*; 132. Por lo tanto, creo que *esta Declaración, que incluye principios generales del derecho internacional relativos a pueblos indígenas y sus tierras y recursos, no puede ser ignorada por los representantes del gobierno de Belice, sobre todo recordando que Belice votó a favor de su aprobación.* En su artículo 42, la Declaración establece que las Naciones Unidas, sus organismos y agencias especializadas, especialmente a nivel local, y los Estados, están comprometidos en la promoción del respeto y plena aplicación de la Declaración y su eficacia". [traducción propia]

48 Debido a esta circunstancia, Anaya afirma que en estricto rigor, no debía existir una Declaración específica sobre derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, sostiene, ella se hace necesaria por el legado de la historia de opresión que estos pueblos han vivido. Por lo mismo, la Declaración tiene por objeto remover esas inequidades, idealmente dejando de ser necesaria en el futuro (Anaya 2006a).

49 La Corte IDH ha señalado que "*el corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones" (Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 120).

50 Cfr. artículo 5.2 PIDCP y del PIDESC; artículo 29.b de la CADH; artículo 35 del Convenio N°169 de la OIT; artículo 45 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

2.1. El derecho a la vida, sus aspectos colectivos y el derecho a la cultura propia

El derecho a la vida es un derecho fundante de los demás derechos, en la medida en que su vigencia es requisito *sine qua non* para su ejercicio. En palabras de la Corte IDH, se trata de "un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos", por lo mismo es un derecho que no admite restricciones (*Caso Niños de la Calle* 1999, párr. 144). Al respecto, la DDPI establece en su artículo 7.1 que "las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona".

Cuando revisamos la evolución del tratamiento de los pueblos indígenas en el derecho internacional vimos que el SIDH había tenido una especial preocupación por los ataques a la vida de personas indígenas y, a partir de esto, la CIDH había intentado abrir camino hacia la protección de un derecho colectivo a la vida, perfectamente consistente con el derecho a la propia vida cultural consagrado en el artículo 27 de PIDCP[51]. Pese a su resistencia inicial, la Corte IDH fue reconociendo la dimensión colectiva del derecho a la vida individual, particularmente en casos en que las víctimas son comunidad indígenas o tribales. Así, en 2004 la Corte IDH se pronunció sobre el caso *Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala*, motivado por la muerte ocurrida en 1982 de al menos 88 personas de origen maya en el contexto de la guerra civil vivida en ese país. En este, la Corte tomó en cuenta las dimensiones colectivas de las violaciones a estos derechos que apuntaron no solo en la perspectiva del exterminio de personas sino del exterminio de pueblos y culturas, acercándose a la idea de genocidio[52]. La sentencia ordenó medidas de reparación tanto en favor de los familiares directos de las víctimas, como otras orientadas a resarcir a la comunidad de Plan de Sánchez por el sufrimiento y por los daños cometidos en contra de la supervivencia de su lengua y cultura.

Igualmente, la dimensión colectiva de la violación al derecho a la vida en el caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005), originado en el asesinato de 40 personas del pueblo *n´djuka* por la fuerzas armadas de ese país, llevó a la Corte a ordenar reparaciones que iban más allá de las familias directas de las víctimas, incluyendo actos de resarcimiento simbólico, y el reconocimiento de los títulos propietarios de la comunidad. Señaló que "dado que las víctimas del presente caso son miembros de la cultura N'djuka, este Tribunal considera que las reparaciones individuales que se determinen deben complementarse con medidas que se ordenen a favor de la comunidad como un todo" (párr. 194). También en el caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007), la Corte sostuvo que Paraguay había incumplido su obligación de garantizar el derecho a la vida de los miembros de la comunidad, ya que la falta de reconocimiento y tutela de sus tierras los obligó a vivir a la vera de una ruta y privados de acceder a sus medios tradicionales de subsistencia. Agregó que el Estado no adoptó las medidas positivas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de sus miembros. Dada la identidad cultural de dichas comunidades, la Corte consideró en ambos casos reparaciones de carácter individual como aquellas en beneficio de la comunidad en su conjunto. En el último tiempo, la Corte IDH ha ido más allá de la cuestión de la privación arbitraria de la vida, incluyendo la cuestión de la vida digna en el ámbito de protección de la garantía: "En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino *también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna*" (Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay* [2005], párr. 161).

Al incluir las condiciones para el desarrollo de una vida digna en el ámbito de protección del derecho a la vida, este derecho adquiere nuevas dimensiones, particularmente en cuanto la subsistencia de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, pues constituye una condición indispensable para el desarrollo de la vida digna de sus miembros[53].

---

51 Mas arriba vimos como la CIDH había relevado los aspectos colectivos de las violaciones a derechos individuales en el caso *Aloeboetoe y otros vs Surinam*, aun cuando la Corte IDH no aceptó dichas alegaciones. Más tarde, en el caso *Colotenango (Guatemala)*, la CIDH propició una solución amistosa que incluyó reparaciones a la comunidad por la muerte de algunos de sus miembros.

52 El artículo 6.c Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define el genocidio como: "Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;".

53 El CEDR ha exhortado a los Estados parte de la CIEDR a que "reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación; [...] Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma" (RG N° XXIII 1997, párr. 5a y 5e).

En el capítulo anterior vimos que la Corte estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades (*Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 168).

Esta vinculación entre derecho a la vida digna y cultura –a lo cual debemos agregar el derecho de propiedad sobre tierras y territorios– cruza todo el *corpus iuris* internacional relativo a pueblos indígenas. De hecho, la DDPI prohíbe todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenar las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas, disposición que se encuentra en su artículo 8, que proscribe la asimilación forzada y la destrucción de la cultura indígena. Además, su artículo 7.2 establece que "los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo". Todo esto permite hablar de un derecho a la vida (colectiva) de los pueblos indígenas, el cual está íntimamente conectado con sus derechos territoriales[54].

2.2. El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas

El derecho a la libre determinación de los pueblos ocupa un papel central en el derecho internacional de los derechos humanos. No es casualidad que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comience su catálogo de derechos reconociendo que "todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación". Ahora bien, en su consideración como derecho humano, debe entenderse más como "una designación de derechos que los seres humanos tienen y ejercen colectivamente en relación con los vínculos de comunidad o solidaridad que caracterizan la existencia humana" y no necesariamente como un derecho corporativo a tener una existencia legal soberana diferenciada expresada en estatalidad (Anaya 2010, 196). De hecho, solo en casos excepcionales la libre determinación como derecho humano habilita a la secesión (ibíd. 198).

En la sección anterior vimos cómo el derecho internacional moderno enfrentaba la cuestión indígena protegiendo los derechos de los indígenas como personas individuales, reconociendo –en el mejor de los casos– la necesidad de cierta protección especial en función de su derecho de cada cual a vivir en su propia cultura. Sin embargo, durante décadas se negó expresamente que los indígenas, en tanto minorías, tuvieran derecho a la autodeterminación, aunque la explicación de por qué los indígenas o las minorías étnicas no eran pueblos nunca fue exhaustiva. Luego, con la adopción del Convenio N°169 de la OIT, se les reconoció el carácter de tales, pero intentando contener el alcance de dicho reconocimiento.

Frente a ello, diversas organizaciones indígenas subrayaron durante la discusión del borrador de la DDPI la importancia del derecho a la libre determinación como prerrequisito para el goce de los demás derechos fundamentales[55].

Desde la perspectiva de los Estados, la confirmación de los derechos colectivos a los pueblos indígenas podía contener un mensaje errado, en cuanto podría alentar procesos separatistas[56]. Para asegurar la integridad territorial estatal, se incorporó el inciso tercero al artículo 1 del Convenio: "La utilización del término pueblos en este Convenio no

---

54 Esta conexión fue puesta en evidencia por la Corte IDH en la decisión en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*: "50.111. *Debido a la falta de tierra comunitaria*, los miembros de la Comunidad Yakye Axa no han podido realizar sus ceremonias tradicionales, ni practicar sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, la preservación de la cultura se ha visto afectada por la muerte de los ancianos, quienes son los principales encargados de la transmisión oral de la cultura".

55 Por ejemplo el *International Indian Treaty Council* señaló que "para los pueblos indígenas alrededor del mundo, el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales es dependiente del goce de su derecho inherente a la autodeterminación" [traducción no propia] (NN.UU/CHR 1995, párr. 8). En un sentido similar, el Consejo Saami indicó que "la autodeterminación es un derecho humanos importante porque su ejercicio es una condición para el goce de todos los demás derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales" (ibíd. párr. 9)

56 Entre nosotros, por ejemplo, el senador José A. Viera Gallo señalaba en la discusión parlamentaria constituyente, en relación a uno de los tantos proyectos de reforma constitucional con los que se ha pretendido dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas que: "la expresión 'pueblo' puede utilizarse para hacer referencia a un sujeto con derecho a la autodeterminación, y por tanto, a la independencia...nadie quiere que se produzca una situación como la que destruyó a la ex-Yugoeslavia" (citado en Meza-Lopehandía 2009a,131).

deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional"[57]. De esta manera, los pueblos indígenas quedaban en una posición intermedia entre pueblos propiamente tales y minorías (Summers 2004). Sin embargo, la propia OIT señaló que carecía de competencia para limitar el alcance del derecho a la libre determinación: "Las cuestiones relacionadas con los derechos económicos y sociales están dentro del mandato de la OIT. Por el contrario, la interpretación del concepto político de autodeterminación está fuera de su ámbito de competencia" (OIT 2006a, 9).

Además, la OIT ha aclarado que "no hay ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación" (OIT 1999, 13). De esta manera, se evitó que la mencionada cláusula *antiseparatista* cerrara el debate sobre el estatus internacional de los indígenas, sobre todo considerando que esta limitación del alcance de la voz *pueblos* al ser aplicada a los indígenas, era de difícil justificación y, por lo mismo, bordeaba los límites de la discriminación racial, la que "es vista comúnmente como una norma de la ley consuetudinaria internacional y es considerada tan fundamental que se le conoce como una norma perentoria de la ley internacional 'de la cual no pueden permitirse menoscabos'" (Mac Kay 2008, 99)[58].

En esta materia, el relator especial Miguel Alfonso Martínez –al evacuar el informe que en la década anterior le había encargado el Comité de Derechos Humanos de NN.UU.– llegó a una conclusión importantísima en lo que dice relación con la cuestión de la personería jurídico-internacional de los pueblos indígenas. Señaló que "no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos" (Alfonso Martínez 1999, párr. 265)[59].

Por su parte, los propios pueblos indígenas durante el proceso de discusión de DDPI en el GTPD señalaron que:

> No cabe duda de que somos y seguiremos siendo pueblos con identidades históricas, políticas y culturales diferentes. Estamos unidos por nuestras historias como sociedades diferentes, así como por nuestros idiomas, leyes y tradiciones. Además, las profundas relaciones sociales, culturales, económicas y espirituales de los pueblos indígenas con nuestras tierras, territorios y recursos son únicas. Los pueblos indígenas son, sin la menor duda, pueblos en todos lo sentidos, jurídico, político, social, cultural y etnológico de la palabra. Sería discriminatorio, ilógico y nada científico identificarnos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como algo menos que pueblos (NN.UU./CDH 2001a, 34).

La DDPI vino a poner fin a esta controversia, equilibrando la proscripción internacional de la discriminación, el derecho a la libre determinación de los pueblos, y la integridad territorial de los Estado[60]. Así, en su preámbulo reafirmó "que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación" como algo diferente al hecho de "que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos

---

57 El relato sobre derechos de minorías de NN.UU. Asbjørn Eide señaló al respecto que "parece claro que la intención era evitar que la palabra 'pueblos' se utilizara como excusa para exigir la separación territorial" (NN.UU/CDH 2000, párr. 12).

58 En este mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que "en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de la igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico" [énfasis en el original] (*Xákmok Kásek vs Paraguay* 2010, párr. 269).

59 Tres años antes, la relatora presidente Erica-Irene Daes llegaba a la misma conclusión: "Tampoco está convencida [la relatora presidente] de que exista alguna diferencia entre pueblos 'indígenas' y 'pueblos' en general, que no sea el hecho que los grupos que típicamente han sido identificados como 'indígenas' no han sido capaces de ejercer su derecho a la autodeterminación mediante la participación en la construcción de un Estado-nación contemporáneo" [traducción no oficial por el autor] (NN.UU./WGIP 1996, párr. 72) . En el mismo sentido, hacia 2003, el relator Stavenhagen en su informe evacuado tras su visita a Chile señaló que considera que "el derecho de los pueblos a la libre determinación, siendo un derecho humano universal (como lo establece el artículo 1º de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile), se aplica a todos los pueblos, incluso los pueblos indígenas, como lo reafirma el Convenio Nº 169 de la OIT y otros documentos internacionales" (NN.UU./CDH 2003, párr. 36).

60 La técnica de equilibrar el derecho de autodeterminación con el principio de integridad territorial de los Estados ha sido utilizada en las negociaciones de todos los instrumentos relativos a la cuestión de la libre determinación (Summers 2004).

en el derecho internacional", reconociendo así que los pueblos indígenas como colectivo requieren de protección específica frente a la discriminación, adicionalmente a la que históricamente se ha otorgado a los individuos indígenas[61].

Consecuentemente con lo anterior, la Declaración comienza su articulado señalando que: "Los indígenas tienen derecho, *como pueblos o como personas*, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos".

La disposición citada es particularmente importante, por cuanto, al igual que el Convenio Nº 169, reconoce a los indígenas como pueblos, pero va más allá: les atribuye todos los derechos que les corresponden conforme a la normativa internacional de derechos humanos. Si bien ni la Carta de NN.UU. ni la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconocen derechos a los pueblos (la primera es un instrumento orgánico[62] y la segunda reconoce derechos fundamentales individuales), esto no debe llamar a la confusión. En el artículo 2, la DDPI reafirma la proscripción de la discriminación, para que luego el artículo 3 ratifique, sin ambigüedades, que esto incluye el derecho a la libre determinación:

> Artículo 2. Los pueblos y las personas indígenas son *libres e iguales a todos los demás pueblos y personas* y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.
> Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Como puede apreciarse, el artículo 3 de la DDPI reproduce íntegramente el primer párrafo del artículo 1 de los Pactos Internacionales de derechos humanos y lo hace aplicable a los pueblos indígenas. Sin embargo, omite referirse al segundo párrafo relativo a la soberanía sobre los recursos naturales[63]. Ahora bien, esto no debe entenderse como una negación de este derecho. Primero, porque la DDPI ha proscrito la discriminación a los pueblos indígenas en el ejercicio de los derechos que les corresponden en tanto tales. Segundo, porque el desarrollo normativo tanto de la DDPI como del *corpus iuris internacional* apunta a un reconocimiento exhaustivo del derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales. Y tercero, porque existe consenso en torno a que sin la soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales, el derecho de libre determinación carecería de contenido (NN.UU./CDH 2004).

Sobre este último punto, cabe aclarar qué se entiende por *soberanía permanente* en relación a los pueblos indígenas y sus recursos. En palabras de la presidenta relatora del GTPI Erica-Irene Daes, "se puede describir correctamente como el derecho colectivo en virtud del cual el Estado está obligado a respetar, proteger y promover los intereses de los pueblos (y colectividades) indígenas, en términos de gobierno y propiedad, sobre sus recursos naturales (ibíd., parr. 40). Como se ve, no constituye un reconocimiento de soberanía en el sentido de otorgarle a su titular la calidad de Estado independiente –lo que violaría el principio de integridad territorial de los Estados–, sino que "se entiende [como] el derecho de los propios pueblos indígenas, de personas individuales o de otros a gestionar, gobernar o regular el uso de los recursos

---

61 Esta referencia a los pueblos como sujetos de derechos frente al individuo indígena se encuentra a lo largo de toda la Declaración.

62 En todo caso, su artículo 55 reconoce el principio de libre determinación de los pueblos.

63 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966) comparten el artículo 1 en los siguientes términos:
1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.
Además, el artículo 47 del PIDCP y el 25 del PIDESC establecen que "Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente *de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales*".

(ibíd., párr. 46)[64]. Por otro lado, se trata de una autoridad *permanente* sobre los recursos naturales, pues deriva de derechos fundamentales inalienables como el de autodeterminación, propiedad colectiva, vida y no discriminación. Además, busca reforzar esta soberanía frente a la amenaza de despojo mediante mecanismos violentos o fraudulentos. Por cierto, esto no implica que los pueblos indígenas no tengan derecho a disponer libremente de sus recursos, pero de lo que se trata es de que ese *libremente* sea sustantivo, lo que implica que dicha disposición se verifique "[libre] de presiones económicas, legales y políticas o de injusticias de cualquier tipo, lo que incluye las condiciones frecuentemente injustas y carentes de equidad del mercado privado" (ibíd., parr. 47).

La cuestión del derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales ha sido abordada aun antes de la firma de la DDPI, por el CCPR de las Naciones Unidas. Este recomendó al Estado de Chile –en relación con la cuestión de las "tierras antiguas" de los *mapuche*– "agilizar los trámites con el fin de que queden reconocidas tales tierras ancestrales". Para ello se fundó no solo en el artículo 27 del PIDCP interpretado evolutivamente, sino que invocó directamente el párrafo 2° del artículo 1 del PIDCP (NN.UU./CCPR 2007, 19). También la Corte IDH ha hecho lo propio, al invocar la interpretación del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) para declarar dicho artículo como aplicable a los pueblos indígenas (caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 93).

64 En relación al alcance de la expresión 'soberanía permanente', la relatora se explaya: "¿Qué significa 'soberanía permanente'? Como antes se ha examinado, estos términos tienen su origen en el contexto de la descolonización y hacen referencia a los derechos y poderes de las antiguas colonias que se convertían en Estados independientes. Por supuesto, todos los Estados tienen esta autoridad. *Cuando se utilizan estos términos haciendo referencia a los pueblos indígenas dentro de los Estados está claro que no implican que dichos pueblos tienen la condición de Estados independientes.* Hay que respetar el principio de integridad territorial. Como ya se examinó, *el término soberanía no se limita a los Estados independientes y se utiliza mucho para referirse a distintas autoridades con capacidad de gobierno dentro de los Estados, sin por ello socavar de ningún modo el estatuto de soberanía del Estado.* El término 'soberanía' se utiliza aquí en este sentido. Por este término se entiende el derecho de los propios pueblos indígenas, de personas individuales o de otros a gestionar, gobernar o regular el uso de los recursos" (NN.UU./CDH 2004, párr. 46).

2.2.1. LOS LÍMITES DE LA LIBRE DETERMINACIÓN: PROSCRIPCIÓN DE LA SECESIÓN, AUTONOMÍA INDÍGENA Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como consecuencia del reconocimiento de la existencia de un sujeto colectivo que "[posee] derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral" (Preámbulo DDPI), y de la proscripción de la discriminación, la Declaración reconoce a los indígenas su carácter de pueblos y el derecho a la libre determinación que les asiste. Sin embargo, este tiene características propias que emanan tanto de las propias aspiraciones manifestadas por los indígenas, como de las restricciones emanadas del principio internacional de integridad territorial de los Estados.

La autodeterminación de los pueblos indígenas no se manifiesta del mismo modo en que este derecho ha sido ejercido a lo largo del siglo xx. Desde la Paz de Westfalia, las ideas de pueblo y nación han sido consideradas como la base del Estado moderno y, de hecho, la conformación de los Estados nacionales ha sido verificada –especialmente la de los Estados poscoloniales– invocando el derecho a la libre determinación de los pueblos (Mereminskaya 2011). O sea, históricamente ha existido una asociación directa entre libre determinación y conformación de un Estado nacional, sea vía independencia o vía secesión[65]. De hecho, los Estados se resistieron durante décadas a reconocer este derecho a los pueblos indígenas por su "incapacidad de entender la libre determinación fuera de los esquemas conceptuales propios del Estado nación, de la soberanía estatal, de la unidad de poder y ordenamiento jurídico" (Aparicio 2006, 419)[66]. En el mismo sentido, Anaya señala que:

65 "Está claro que cuando la libre determinación llegó a ser un derecho, se consideraba originalmente como aplicable solo a un pueblo en el sentido de la suma de habitantes de un estado o territorio. Esta interpretación encaja con la incapacidad del derecho internacional convencional de reconocer otros sujetos legales que no sean el estado y los individuos" (Åhrén 2010, 212).

66 La relatora presidente Erica-Irene Daes señalaba en su informe final sobre la soberanía permanente de los pueblos indígenas a sus recursos naturales que: *"En el derecho y la práctica internacionales existe una tendencia cada vez más intensa y positiva a ampliar el concepto y el principio de autodeterminación para abarcar a los pueblos y grupos que existen dentro de los Estados actuales.* Aunque haya dejado de entenderse que incluye el derecho a la secesión o la independencia (salvo en unos pocos casos o en determinadas circunstancias excepcionales) sin embargo hoy en día el derecho de autodeterminación

Tal noción, que la libre determinación plena significa necesariamente un derecho a elegir un estado independiente, se basa, en último término, en una visión estrecha y estatalista de la humanidad y del mundo, es decir, una visión del mundo que considera que el estado moderno, la institución de origen teórico occidental, es la unidad de organización humana más importante y fundamental. Este marco de pensamiento oscurece el carácter de derechos humanos de la libre determinación y es ciego frente a las realidades contemporáneas de un mundo que se mueve simultáneamente hacia una mayor interconexión y descentralización, un mundo en el que las fronteras formales de la estatalidad no determinan totalmente el orden de las comunidades y de la autoridad (Anaya 2010, 199)[67].

Por ello, fue necesario que la DDPI esclareciera que la autodeterminación nunca puede dar paso a la secesión, aun cuando –como se ha dicho– ello nunca ha estado en las proclamas del movimiento indígena[68]. De hecho, durante la discusión del proyecto de DDPI, los propios pueblos indígenas desacreditaron un supuesto afán separatista en base a cuatro argumentos: a) la poca posibilidad práctica de llevarla a cabo; b) la visión indígena *no-estatalista* de la autodeterminación; c) la vigencia del derecho a la autodeterminación indígena fortalece el Estado, y d) la autodeterminación debe entenderse como un proceso más que como un resultado (Summers 2004). Al respecto señala la DDPI: "Artículo 46.1. "Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, *ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes*"[69].

Ahora bien, esto no significa que cualquier reivindicación separatista quede automáticamente deslegitimada. Esto por cuanto la Declaración debe ser armonizada con el resto de la normativa internacional que regula del derecho a la autodeterminación, particularmente con la Declaración sobre los Principios de Derechos Internacionales Referentes a las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre los Estados (1970) y la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993) (Regino y Torres 2010; también Charters 2010). Ambos textos –mencionados en el preámbulo de la DDPI– establecen que el principio de integridad territorial de los Estados es válido siempre que estos "se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente la totalidad del pueblo perteneciente al territorio sin distinción alguna"[70].

Ahora bien, la DDPI establece el modo específico en que la autodeterminación de los pueblos indígenas se ejerce legítimamente en el marco de un Estado respetuoso de dicho derecho: "Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen *derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales*, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

---

incluye varias alternativas entre las que figura el derecho a participar en el gobierno del Estado así como el derecho a diversas formas de autonomía y autogobierno. Esta idea moderna de la libre determinación ha de incluir lógica y legalmente, para ser significativa, el derecho esencial a la soberanía permanente sobre los recursos naturales" (NN.UU./CDH 2004, 17).

67 Un ejemplo de esta visión *estatalista* puede encontrarse en el trabajo de José Miguel Valdivia (Valdivia, 2011). Este argumenta que "las demandas indígenas no pueden conducir al control de una parte del territorio" pues sería incompatible con la coexistencia en el mismo territorio de otros grupos con la igual expectativa de constituir un Estado. De ahí el autor deduce que la autodeterminación de los pueblos no puede ser un derecho humano, por cuanto no todos los pueblos pueden constituir su propio Estado (Valdivia 2011, 62).

68 "En efecto, en Latinoamérica ninguna organización indígena con representación pretende declarar soberanía política, crear su propio estado nacional o pronunciarse por la independencia. Lo que desean los indígenas es mantener y desarrollar sus formas propias de vida sociocultural en el marco de las respectivas estructuras nacionales" (Diez Polanco 1991,162; citado en Meza-Lopehandía 2009a, 41. En el mismo sentido, Eide 2010). Por su parte, James Anaya señala que *"los propios pueblos indígenas han negado de manera casi uniforme que aspirasen a Estados independientes cuando pedían la libre determinación"* (Anaya 2010).

69 Este artículo fue incluido en las negociaciones llevadas a cabo en Nueva York para la aprobación del proyecto de DDPI por parte de la Asamblea General, particularmente por las aprehensiones manifestadas por los Estados del grupo africano y los cuatro Estados que finalmente rechazaron la Declaración (Regino y Torres, 2010).

70 En este sentido, durante la discusión del borrador de la DDPI, el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas señaló que *"la opción de secesión solo debe ser ejercida por los pueblos indígenas cuando el Estado falla en reconocer sus derechos y resulta tan abusivo y poco representativo que la situación sea equivalente al colonialismo clásico"* [traducción no oficial por el autor] (NN.UU/ CHR, *World Council of IndigenousPeoples* 1995, párr. 11).

Definir la autonomía indígena no es fácil. En forma negativa, se puede señalar que no se trata simplemente de ceder a los indígenas espacios de poder político-administrativo constituido (vg. municipio)[71]. Como se ha visto, tampoco implica la creación de un nuevo Estado. De lo que se trata es de transferir potestades públicas desde el aparato estatal a las instituciones propias –y libremente establecidas– de los pueblos indígenas de manera que les permita gobernar su vida interna y determinar sus formas de relación con el Estado y el resto de la sociedad (García Hierro 2004)[72].

Así, la autonomía constituye una forma de concreción de la libre determinación de los pueblos en el contexto de un Estado que, lejos de amenazar su integridad, favorece su integración al permitir el ejercicio de derechos fundamentales a los pueblos que habitan en su seno. Por esto mismo, la autonomía reconoce sus límites en la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos tanto a los miembros de los pueblos indígenas como a los no indígenas. El estatuto autonómico debe, por tanto, siempre fundarse en el reconocimiento de la igualdad entre los pueblos y el respeto para con los ciudadanos miembros de los diferentes grupos étnicos (Sánchez 1999). Así lo señala la propia DDPI:

> Artículo 46
>
> 2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, *se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos*. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y *serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás* y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.
> 3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

Por su parte, el Estado no solo tiene un deber pasivo de reconocimiento de la autonomía territorial indígena, sino que tiene la obligación de financiarla, conforme al artículo 4 de la DDPI[73]. Esto permite la verdadera gestión autónoma de sus asuntos y, al mismo tiempo, facilita el cumplimiento del Estado de sus obligaciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales de los indígenas (NN.UU./Consejo DD.HH 2008).

Los diversos organismos de NN.UU. han ido dando contenido a este derecho a la autonomía. Así, por ejemplo, aun antes de la aprobación de la DDPI, el CEDR recomendó al Estado de Guyana reconocer, apoyar y fomentar el establecimiento de los Consejos de Aldea en todas las comunidades indígenas, "dotadas de las competencias necesarias para que administren autónomamente y controlen el uso, la gestión y la conservación de las tierras y los recursos tradicionales" específicamente en cuanto a las decisiones que estos adopten en relación con proyectos de inversión a gran escala en sus territorios (Guyana, 04/04/2006, CEDR/C/GUY/CO/14, párrafo 15).

La presidenta relatora Erica-Irene Daes relevaba en su estudio sobre pueblos indígenas y sus tierras la intrínseca relación entre derechos territoriales y autonómicos, estableciendo como uno de los principios que debía orientar las acciones estatales e internacionales en lo que concierne a las tierras, los territorios y los recursos indígenas el siguiente: "e) En todas las acciones y medidas jurídicas estatales e internacionales en lo que concierne a las tierras, los territorios y los recursos indígenas se deberá reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y ajustarse a la obligación de tratar con las instituciones

---

71 A veces se ha pretendido que la *remunicipalización* con criterios étnicos constituye una transferencia de potestades públicas en el marco de la autonomía indígena. Es el caso de la *remunicipalización* en Chiapas, que constituyó la principal política gubernamental para descomprimir el conflicto étnico. Sin embargo, diversos actores como diputados de oposición, miembros de la Comisión Nacional de Intermediación, activistas y el propio EZLN, calificaron el proceso como un acto unilateral del gobierno, provocador, contrainsurgente y violador de los acuerdos de San Andrés (Leyva y Burguete 2007).

72 El caso de los *saami* de Groenlandia es paradigmático al respecto. Ellos cuentan con un gobierno y parlamento propio con competencia sobre todas las políticas sociales y culturales (incluyendo las educativas) y económicas (incluyendo impositivas y fiscales). Solo la política exterior, la moneda y los tribunales permanecen bajo competencia danesa. En cuanto a los recursos naturales (incluyendo los mineros) existe un consejo conjunto formado por parlamentarios groenlandeses y daneses. En todo caso, cabe señalar que, a partir de la Ley sobre Autogobierno de Groenlandia N° 473 de 2009, aprobada por el parlamento danés, se reconoció a los groenlandeses (*saami*) la posibilidad de independizarse en función de su derecho a la libre determinación en tanto pueblo indígena (Rasmussen 2010).

73 A modo de ejemplo, el gobierno danés entrega un subsidio anual de 3,4 billones de coronas danesas al gobierno groenlandés (saami) para el cumplimento de sus funciones autónomas mientras no pueda sostenerse completamente con sus propios ingresos (Rasmussen 2010).

indígenas de gobierno pertinentes y a *la obligación de respetar el derecho de los pueblos indígenas a controlar y proteger sus propias tierras, territorios y recursos*".

Por su parte, la Corte IDH estableció en el caso Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007) que el derecho al territorio incluye "administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales" (párr. 194 c).

3. Los derechos territoriales indígenas: tierra, territorio y recursos naturales

> *Los derechos sobre la propiedad de la tierra y la territorialidad constituyen uno de los problemas históricos más graves que afectan a los pueblos indígenas en Chile, ya que son el resultado de un largo proceso de despojo de sus tierras y recursos.*
>
> Relator especial
> Rodolfo Stavenhagen
> (NN.UU./CDH, 2003)

3.1. La especial relación entre los pueblos indígenas y su hábitat como objeto de protección

La protección de las tierras indígenas ha sido central en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto por dos razones. Primero porque como comunidad humana, los pueblos indígenas requieren de un espacio físico en el cual desenvolverse, tomar decisiones y donde encuentren recursos suficientes para su sobrevivencia y desarrollo. Así lo ha entendido la CIDH: "Para muchas culturas indígenas, la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio es esencial para su supervivencia, así como para su bienestar individual y colectivo. El control sobre las tierras refiera tanto a su capacidad de suministrar recursos que sustentan la vida y al "espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo" (OEA/CIDH 2007, cap. IX).

En segundo lugar, los pueblos indígenas están unidos a sus territorios por un vínculo existencial que condiciona su propia supervivencia como pueblos diferenciados al ejercicio de sus derechos territoriales. Se trata de un vínculo eminentemente colectivo que une a los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos y que tiene "diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas". Además tiene un aspecto *intergeneracional* que resulta "fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas" (NN.UU./CDH 2001b, párr. 20).

> En definitiva, y como los mismos pueblos indígenas señalan constantemente, la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de ejercer los derechos territoriales, resulta *muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra* (Berraondo 2006, 472).

De hecho, como ha señalado la relatora Daes, esta cuestión ha sido puesta en el centro de la discusión por el propio movimiento indígena internacional:

> Desde la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, los pueblos indígenas han puesto de relieve el carácter fundamental de la relación que mantienen con sus tierras ancestrales. Lo han hecho en el contexto de la necesidad urgente de que las sociedades no indígenas entiendan la importancia espiritual, social, cultural, económica y política que revisten para las sociedades indígenas sus tierras, territorios y recursos para asegurar su supervivencia y vitalidad (NN.UU./CDH 2001b, párr. 12).

La centralidad de esta cuestión fue recogida en el Convenio Nº 169 de la OIT[74]. Este reconoció expresamente la especial relación que une a los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, y la estableció como parámetro para la aplicación de sus disposiciones[75]. Consecuentemente

---

74 Aun antes, en el Convenio 107 de la OIT se reconocía la propiedad comunal y le daba protección (art. 11), pese a que se trata de un instrumento acordado durante la vigencia de concepciones *asimilacionistas*. Sobre este, ver introducción del capítulo relativo al Convenio Nº 169.

75 Artículo 13.1: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

con ello, amplió la protección a "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (artículo 13.2).

En el mismo sentido, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas "a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma" (art. 25).

CUADRO 2.
Artículo 26 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

El CEDR también ha reconocido esta relación fundamental. Así, por ejemplo, la decisión 2 (54) sobre Australia de 1999 (A/54/18) constató "que los derechos de tenencia de la tierra de las poblaciones indígenas son únicos en su género y comprenden la identificación tradicional y cultural de las poblaciones indígenas con su tierra que goza de reconocimiento general" (párr. 4).

Por su parte, la Corte IDH en la seminal decisión del caso *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) reconoció esta vinculación de los pueblos originarios con sus territorios en el sentido que venimos señalando:

> *La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.* Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive *para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras* (párr. 149)[76].

Posteriormente, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay (2005)*, la Corte IDH volvió sobre la misma idea, pero ahora predicada no solo sobre las tierras indígenas, sino que sobre sus territorios: "La protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre *sus territorios ancestrales* es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica *sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra*" (párr. 120 letra c).

Más recientemente, en la sentencia del caso *Xákmok Kásek vs. Parguay* (2010) señaló que: 175. Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, *la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad.* Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida.

3.2. La posesión y propiedad indígena

La consecuencia necesaria de reconocer el derecho de todo individuo a vivir en su cultura y de la conexión identitaria entre los pueblos indígenas y sus territorios, es la protección de dicha relación. En otras palabras, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a seguir existiendo como pueblos diferenciados implica legitimar sus formas de vida y sus concepciones jurídicas, particularmente aquellas que regulan su relación con sus territorios. Así, el artículo 26.1 de la

76 En el mismo sentido, en la sentencia del Caso de la comunidad *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) estableció que: "135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, *constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran*, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. [...] 146. Los Estados deben tener en cuenta que *los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado*, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los *miembros de las* comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural".

DDPI señala que "los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido".

Si bien la disposición citada no especifica los derechos que se tienen sobre dichas tierras, territorios y recursos, la interpretación sistemática de la DDPI permite concluir que se refiere a derechos culturales (art. 25) y de propiedad (art. 26.2) (Åhrén 2010). El camino para otorgar esta protección ha sido el ya revisado reconocimiento de la estrecha vinculación de los indígenas con sus territorios y, como veremos, el *ensanchamiento* del derecho de propiedad, de manera de que este contenga la propiedad comunal indígena.

Un hito en esta tarea fue la ya mencionada sentencia del caso *Awas Tingni*, particularmente en cuanto a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales. En esta, la Corte IDH vinculó el derecho a la propiedad con el derecho a la supervivencia cultural mediante una interpretación evolutiva del primero. Dijo la Corte:

> 148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos– , esta Corte considera que *el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal*, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Así, a partir del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH –y pese a su redacción de marcada inspiración individualista ("toda persona tiene derecho...")–, la Corte construyó la protección de los derechos territoriales indígenas. Más tarde, en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007) explicó que esta concepción plural de la propiedad protegida en el sistema interamericano respondía a la realidad *pluricultural* de las sociedades americanas, y su desconocimiento "equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas (párr. 120)[77].

77 Cabe señalar que la Corte IDH ha aclarado que la protección de la propiedad indígena a la que el Estado está obligado no queda satisfecha con las concesiones revocables que aquel pueda hacer en favor de las comunidades indígenas (Caso *Saramaka vs. Surinam*, párrafos 91 y 113).

Por su parte, el CEDR en la Observación General N° XXIII de 1997 sobre los derechos de las poblaciones indígenas, exhortó a los Estados a reconocer y proteger "los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales" (párr. 5)[78]. Hizo esto apelando también a una interpretación evolutiva del artículo 5° de la CIEDR que establece la obligación estatal de garantizar el goce del derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros (Mackay 2008)[79].

En el caso de la Ley Minera de Surinam, el CEDR recomendó que el Estado "vele por que se reconozcan legalmente los derechos de los pueblos indígenas y tribales a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas" (decisión 1 (67) sobre Surinam, párr. 4a).

Una consecuencia del reconocimiento de la propiedad indígena como emanación del pluralismo jurídico existente es que la validez de la posesión indígena sobre la tierra no está dada por la existencia o no de un título o inscripción estatal. La fuente principal de la posesión indígena es "la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización" (art. 26.2 DDPI). Como ha dicho la Corte IDH, "la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado" (*Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 128). En otras palabras, lo que hace el derecho internacional es reconocer el derecho consuetudinario y la costumbre indígena como causa suficiente para que "las comunidades indígenas que carezcan de

78 La relación entre protección de los territorios indígenas y proscripción de la discriminación racial ha sido recurrente en los diversos organismos de tratados de Naciones Unidas. Así por ejemplo, un estudio sobre las conclusiones de dichos órganos entre 2002 y 2006 revela que consideraron discriminatoria la falta de protección de las tierras tradicionales indígenas y sus recursos en casi todos los Estados revisados (Mackay 2008).

79 El artículo 5 señala: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] d) Otros derechos civiles, en particular; [...] v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros".

un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro" (*Awas Tingni*, párr. 151). Por cierto, la posesión y uso indígena de la tierra tiene sus propias particularidades e intensidades. De ahí que no pueda aplicarse a la prueba de la posesión (indígena) de la tierra las reglas de derecho común, esto es, la inscripción registral o los "hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión" (arts. 924 y 925 del Código Civil chileno).

Este reconocimiento de la posesión indígena está asociado al deber estatal de protección jurídica de las tierras, territorios y recursos naturales indígenas. Esto implica en la práctica –además de la entrega de títulos colectivos–, un deber de demarcación que debe llevarse a cabo respetando "las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate" (art. 26.3 DDPI). Se trata, por cierto, no de un mecanismo de constitución de la propiedad indígena sino solo de un medio para generar certeza jurídica y para facilitar la protección de los territorios.

A este respecto, la Corte IDH ha señalado que la falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de las tierras indígenas no constituye una excusa para que los Estados incumplan sus obligaciones emanadas del artículo 21 de la CADH. Para superar dichas dificultades, debe consultarse a los pueblos interesados, conforme a los estándares internacionales (Saramaka vs. Surinam, párr. 101). Así lo reconoce la propia DDPI:

> Artículo 27. Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Por su parte, el CEDR ha recomendado reconocer "los títulos de propiedad de la tierra de los pueblos indígenas y [demarcar] sus territorios y [adoptar] medidas para salvaguardar los derechos de los indígenas sobre sus tierras ancestrales, especialmente los lugares sagrados" (Observaciones Finales Argentina, CEDR/C/65/CO/1, 24/08/2004, párr. 16) y eliminar "la distinción discriminatoria que se hace entre comunidades que poseen títulos [de propiedad] y las que no los tienen" (Observaciones finales Guyana, CEDR/C/GUY/CO/14, 04/04/2006, 15)[80]. En este sentido, el relator especial Anaya ha señalado que en el caso de Chile, "es preocupante que al parecer no exista un mecanismo dentro del orden interno chileno que claramente permita reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral, sin que hubieran derechos inscritos anteriormente" (NN. UU./Consejo DD.HH 2009, párr. 26).

3.3. Los territorios, el hábitat indígena y el derecho a la autodeterminación

El reconocimiento de la propiedad indígena no se limita a la tierra en un sentido *productivo*, sino que –tal como lo señala el Convenio Nº 169 de la OIT–, incluye el territorio y el hábitat en su conjunto[81]. La DDPI enumera el alcance de la protección: "tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma". La lista es abierta a "otros recursos". Al respecto, la Corte IDH ha señalado explícitamente que el artículo 21 de la CADH "protege los elementos incorporales que se desprendan de ellos [de los territorios y recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren]" *(Yakye Axa vs. Paraguay* [2005], párr. 137; *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007), párr. 121). Así, por ejemplo, se debe entender protegido el paisaje, en tanto reelaboración cultural de la naturaleza (Bello 2008).

> Es necesario entender que en este contexto, el territorio puede abarcar no sólo la tierra como mercancía y fuente de riquezas, sino una cueva, la cima de un cerro o de una montaña, un lago o mar o un desierto, espacios o lugares que muchas veces son compartidos

---

80 "Asimismo, [el CEDR] insta al Estado Parte a que, en consulta con las comunidades indígenas afectadas, a) demarque o delimite de alguna manera las tierras que tradicionalmente éstas ocupan o utilizan" (Observaciones finales Guyana, CEDR/C/GUY/CO/14, 04/04/2006, párr. 16).

81 Cabe recordar –teniendo presente el persistente temor estatal a la secesión indígena– que el término 'territorio' utilizado en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas no equivale al de territorio nacional, sino que al de "espacio material que permite la supervivencia de los pueblos indígenas como tales" (Regino y Torres, 2007, 170).

por otros pueblos, como patrimonio común, por su dimensión simbólica y religiosa. Los rituales y los mitos asociados hacen de la tierra y del paisaje ritual un territorio en el sentido indígena (Regino y Torres 2007, 170).

Como ya hemos visto, el CEDR ha exhortado a los Estados para que "reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales" (RG N° XXIII 1997, párr. 5). Así mismo, ha establecido que deben reconocerse y protegerse "los derechos de todas las comunidades indígenas a poseer, explotar y controlar los territorios que han ocupado tradicionalmente, en particular los recursos hídricos y subterráneos" (Observaciones finales Guyana, CEDR/C/GUY/CO/14, 04/04/2006, párr. 16)[82]. En el caso específico de Chile a exhortado al Estado a que "revise su legislación sobre la tierra, el agua, las minas y otros sectores para evitar que puedan entrar en conflicto con las disposiciones de la Ley N° 19.253 y, a garantizar que primará el principio de protección de los derechos de los pueblos indígenas por encima de los intereses comerciales y económicos" (Observaciones Finales a Chile CEDR/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 23). A este respecto, el relator Stavenhagen recomendó al Estado de Chile que "tanto en la ley como en la práctica, deberán las comunidades indígenas *tener acceso privilegiado a los recursos acuíferos y marítimos que necesitan tradicionalmente* para su propia subsistencia por encima de intereses comerciales y económicos privados" (NN.UU/CDH 2003, párr. 58).

Esta *diversificación* del concepto de propiedad es una consecuencia de la incorporación de la cosmovisión indígena en el *corpus iuris internacional* y del compromiso por permitir a los indígenas seguir existiendo como pueblos organizados. En este sentido la Corte IDH ha señalado en el caso *Yakye Axa* que: *"Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos*, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros (párr. 147).

Así, la Corte IDH ha sostenido que la especial conexión de los indígenas con sus territorios, que justifica la protección del derecho de propiedad sobre estos, alcanza también a los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio, pues de otra manera "el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido" (*Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 122). Para ello, la Corte se ha apoyado no solo en el derecho a la propiedad entendido evolutivamente, sino que ha entendido dicha protección como un corolario del derecho a la autodeterminación que el derecho internacional ha reconocido a los pueblos indígenas. En la sentencia citada, la Corte IDH recordó que el CEDR ha establecido que el artículo 1 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a los pueblos indígenas y que "*en virtud del derecho a la autodeterminación* de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán 'provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural' y pueden 'disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales' para que *no se los prive de 'sus propios medios de subsistencia'* (párr. 93)[83].

En el mismo sentido, la presidenta relatora Erica-Irene Daes, en su informe final sobre soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales señaló que: "58. Los pueblos indígenas, si fueran privados de los recursos naturales que corresponden a sus tierras y territorios, *serían privados de una capacidad real de libre determinación económica y política y de autodesarrollo* y, en muchos casos, serían privados de hecho de su cultura y del disfrute de otros derechos humanos a causa de su extrema pobreza y de la falta de acceso a medios de subsistencia propios[84]".

---

82 En la compleja materia de los recursos minerales y del subsuelo, donde los Estados (especialmente latinoamericanos) suelen hacer reservas constitucionales de dominio, el CEDR ha sostenido que ello no implica que los Estados queden liberados de toda obligación con los pueblos indígenas. Por el contrario, en las observaciones que hizo en 2004 a Surinam señaló "que este principio debe ejercerse de manera compatible con los derechos de los pueblos indígenas y tribales" (CEDR/C/64/CO/9, Surinam, 12/03/2004, párr. 11).

83 De hecho, el Comité en su Observación General N° 15 de 2002 ha señalado respecto del recurso que: "Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo 'de sus propios medios de subsistencia', los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas (párr. 7).

84 También el relator especial Stavenhagen: "El respeto a los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, control y acceso a sus tierras tradicionales y recursos naturales representa una condición para el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda adecuada, a la cultura o al ejercicio de la religión" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2007, 43).

Íntimamente vinculado con el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas, está la protección del medio ambiente. Al respecto, el artículo 29 establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna".

Otra manifestación de los derechos territoriales indígenas es el libre tránsito al interior de los mismos, aun cuando se encuentren divididos por fronteras estatales. Así, la DDPI les reconoce el "derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras" (art. 36.1).

3.4. El derecho a la recuperación de las tierras antiguas y los límites del derecho de propiedad

3.4.1. LA RECUPERACIÓN

La Corte IDH ha recordado que los indígenas "por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios" (*Awas Tingni*, párr. 149). De ahí que la cuestión de la recuperación de las tierras antiguas y la reconstrucción de los territorios indígenas sea fundamental para la efectividad de los derechos reconocidos a estos pueblos, toda vez que históricamente se han visto desposeídos de los mismos mediante mecanismos fraudulentos como la violencia, el abuso de poder y el engaño[85]. Así es como la DDPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la reparación "por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" (art. 28.1). El mismo artículo establece como mecanismo prioritario la restitución "y cuando ello no sea posible" una indemnización "consistente en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada" (art. 23.2).

En el mismo sentido se ha pronunciado el CCPR[86], y con mayor énfasis en la restitución, el CEDR. Este último ha recomendado a los Estados parte que:

> En los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, que *adopten medidas para que les sean devueltos.* Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios (CEDR, RG N° XXIII, 1997, párr. 5).

La Corte IDH también ha reconocido este derecho a la recuperación de las tierras antiguas: Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, *tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.* Consecuentemente, *la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas* (Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2007), párr. 130.).

Concretamente ha señalado que la devolución de las tierras, "es la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*" y no es válida la entrega de "cualquier inmueble dentro del 'territorio histórico [...], sino el territorio que los miembros de la Comunidad han demostrado en este caso que es su territorio tradicional específico más apto para el asentamiento indígena" (*Xákmok Kásek vs. Parguay*, 2010, párr. 281). Como veremos más adelante, estas cuestiones deben

85 Para el caso *mapuche*, puede consultarse el trabajo de Correa, Martín y Mella, Eduardo, *Las razones del "ilikun"/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco* (Santiago: Lom Ediciones y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2010). La persistencia de la situación de violencia en el territorio *mapuche* y la reacción estatal ha sido caracterizada como criminalización de la protesta social, tanto por el relator especial Stavenhagen como por su sucesor James Anaya (cfr. NN.UU/CDH, 2003: parr 61 y NNUU/Consejo DD.HH, 2009, párr. 46).

86 En su Observación final al informe de Guatemala 2001, el CCPR lamentó, entre otras cosas, "que no haya sido posible la expedición de una legislación encaminada a garantizar plenamente el disfrute de todos sus derechos bajo el Pacto incluyendo el retorno de tierras comunales" (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala, 08/27/2001. CCPR/CO/72/GTM, párr. 28).

determinarse caso a caso, teniendo especialmente en cuenta la particular relación de los indígenas con sus territorios.

Consecuentemente con este desarrollo jurisprudencial, la Corte ha cuestionando la aplicación irreflexiva de las normas civiles sobre la posesión y propiedad cuando se trata de tierras indígenas. Al respecto, ha señalado que –a diferencia del derecho civil común, donde la prescripción extintiva opera fundamentalmente por el transcurso del tiempo– aquí lo decisivo es la vigencia del vínculo espiritual y material que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras originales[87]. Mientras esta subsista, mantendrán su derecho a la reivindicación de sus tierras, más allá de la aplicación de los plazos de prescripción de las acciones reivindicatorias del derecho común. La Corte lo expresa así:

> El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. *Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá... Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas* en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura (Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2007, párr. 131).

3.4.2. LOS DERECHOS DE TERCEROS Y EL INTERÉS SOCIAL

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que las tierras y/o recursos se encuentren actualmente en manos de poseedores de buena fe? La primera cuestión es que las comunidades indígenas mantienen su derecho a la restitución de *sus tierras tradicionales*, "aún cuando

87 133. "Los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación, continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias".
134. Por lo anterior, la Corte considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de recuperar sus tierras perdidas no ha caducado (*Sawhoyamaxa vs Paraguay*, 2007).

éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de las mismas" (*Sawhoyamaxa*, párr. 130). Ahora bien, ello no significa una descalificación automática del derecho a la propiedad privada civil. Por el contrario, se trata de una situación de colisión de derechos, por lo que corresponde es hacer un análisis caso a caso (*Yake Axa*, 2005, párr. 146; *Sawhoyamaxa*, 2007, párr. 138; *XákmokKásek*, 2010: párr. 286). En este debe tenerse especialmente en cuenta "que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida" (*Yake Axa*, párr. 146). Sin embargo, esto no significa que nunca se pueda restringir el derecho de los indígenas a sus territorios (en caso contrario no sería una ponderación de derechos). En la sentencia del caso *Yake Axa*, la Corte IDH recordó que el derecho a la propiedad puede limitarse en base a los intereses de la sociedad, siempre y cuando dichas restricciones estén establecidas por ley; sean necesarias y proporcionales; y tengan por finalidad lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (párr. 144). A estas cuestiones generales, la propia Corte ha agregado la condición de que dichas limitaciones "no implique[n] una denegación de su subsistencia como pueblo" (*Saramaka vs. Surinam*, 2007, párr. 128).

En los casos en que la devolución de las tierras y territorios no sea posible o la negativa a hacerlo esté debidamente fundamentada conforme a los criterios expuestos, procederá una indemnización alternativa consensuada con los propios afectados, consistente preferentemente en tierras de igual (o mejor) extensión y calidad[88]. Resulta pertinente señalar que la negativa del actual tenedor a ceder o vender las tierras o recursos reivindicados, no constituye una justificación para denegar la reivindicación indígena (*Sawhoyamaxa*, párr. 138)[89] ni tampoco el

88 "151. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario" (*Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005). En un caso más reciente, la Corte IDH ha justificado la negativa de la comunidad a recibir tierras alternativas por no cumplir con las calidades necesarias (*XákmokKásekvs. Paraguay*, 2010, párr. 118-119).

89 Esto es especialmente importante para el caso de Chile, ya que el legislador ha optado por un mecanismo de restitución de tierras que depende

hecho de la actual explotación razonable del predio (*XákmokKásekvs. Paraguay*, 2010)[90].

Para garantizar que las eventuales restricciones al derecho de propiedad no impliquen amenaza a la subsistencia, es necesario que el Estado asegure la participación efectiva de los miembros del pueblo indígena en conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo el plan que se pretenda implementar y que pueda afectarles. Además debe garantizarles que se beneficien razonablemente de los mismos –como forma de indemnización a la privación de uso y goce de su propiedad– y que no se realice ninguna inversión sin antes haber efectuado un estudio de impacto social y ambiental (*Saramaka*, párrs. 139 y 129 respectivamente). Es más, la Corte ha invocado el derecho al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas consagrado en el artículo 32 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión de gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio (párrs. 131 y 134).

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido una interpretación del derecho a la propiedad que incluye: 1) el derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, sus elementos incorporales y los recursos naturales presentes en ellas; 2) el derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan con ella sus vínculos particulares y subsidiariamente a obtener otras de igual valor con su consentimiento; 3) la ausencia de posesión material en sentido civilista no condiciona el derecho a recuperar sus tierras ancestrales; y 4) las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no

fundamentalmente de la voluntad del actual poseedor (Fondo de Tierras y Aguas establecido en la Ley 19.253).

90 Ha señalado la Corte que el hecho de que las tierras ancestrales reclamadas "se encuentran racionalmente explotadas" no exime al Estado de su deber de expropiarlas si es necesario (salvo imposibilidad justificada), pues lo contrario "no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social" (*Xákmok Kásekvs. Paraguay*, 2010, párr. 149).

constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones[91].

3.4.3. EL INTERÉS PÚBLICO (MILITAR)

Por otra parte, la DDPI establece otro límite al ejercicio de los derechos territoriales indígenas, particularmente en relación con el control de sus territorios: el interés público militar puede autorizar la realización de actividades militares en territorios indígenas (art. 30.1). En general estas pueden verificarse cuando los propios indígenas lo hayan solicitado o mediando un acuerdo libre con la autoridad. Sin embargo, cuando una razón de interés público así lo justifique, podrían llevarse a cabo aun sin las condiciones anteriores. Esto es sin perjuicio de la regla general de consulta previa, reiterada para el caso específico en el artículo 30.2, y siempre que las mismas no impliquen la denegación de la condiciones de subsistencia de los pueblos afectados.

3.5. La proscripción del desplazamiento forzado

Estrechamente vinculado con el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la cultura propia está la proscripción del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas. Esta prohibición ha sido consagrada en la DDPI, sin perjuicio de que ya con anterioridad la había recogido el Convenio Nº 169 de la OIT[92]. Señala la Declaración: "Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. *No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados*, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso".

Esta cuestión ha sido parte de las preocupaciones de los diversos órganos de NN.UU., particularmente del CEDR. Ya en 1993, este señalaba que un criterio que podrían activar las medidas preventivas (procedimiento de alerta temprana) eran las "corrientes significativas de refugiados o personas desplazadas resultantes de una pauta de discriminación racial o de la invasión de las tierras de las comunidades minoritarias" (NN.UU./CEDR 1993, párr. 9). Si bien no se trató la cuestión

91 Este último punto fue expresado en el caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 101.

92 Sobre el punto, puede revisarse el capítulo sobre Convenio Nº 169 de esta publicación.

específicamente indígena, sí era plenamente aplicable a estos, cuando fueran desplazados forzosamente de sus territorios. En 1997 el CEDR se refirió específicamente a que la "invasión de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas o el desplazamiento forzado de estos pueblos de sus tierras, en particular con el propósito de explotar sus recursos naturales", era uno de los indicadores para activar el procedimiento de alerta temprana y acción urgente (Mackay 2008, 60)[93].

4. Los derechos políticos de los pueblos indígenas

Como hemos visto anteriormente, el principal derecho político de los pueblos indígenas es el derecho a la autodeterminación. Este se concreta en la autonomía territorial en sus diversas facetas y en los derechos de participación política. A este respecto, el derecho internacional de los derechos humanos tiene una especial preocupación por la inclusión de los pueblos indígenas en los procesos de decisión que puedan afectar sus intereses específicos (derecho a la consulta), sin perjuicio de su derecho a participar, individual y colectivamente, en la vida pública del país si así lo desean.

Este derecho de participación en sus diversas expresiones cruza todo el *corpus internacional* del derecho de los pueblos indígenas. De hecho, ha sido considerado como la *piedra angular* de la aplicación del Convenio Nº 169 de la OIT y fundamento esencial del disfrute de la totalidad de los derechos humanos (NN.UU./MEDPI 2010, párr. 2). Además, según el relator Anaya, constituye uno de los desafíos principales del Estado de Chile en orden a permitir el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas en el país (NN.UU/Consejo DD.HH., 2009).

Así las cosas, podemos distinguir tres momentos de la participación política indígena. El primero, es el de la autonomía interna; el segundo, el de interacción con el Estado en relación con sus intereses específicos como pueblos diferenciados[94], y el tercero, su participación en la formación de la voluntad popular, en tanto individuos y/o pueblos.

93 Entre 2003 y 2008, de las 29 decisiones o cartas adoptadas por el CEDR bajo el proceso de alerta temprana y acción urgente, 23 han estado relacionadas con pueblos indígenas (Mackay 2008, 60).

94 La CIDH ha considerado que la falta de consulta implica *"la falta de un mecanismo de participación colectiva conforme a la ley, mediante las formas tradicionales de organización y participación como pueblo indígena"* puede implicar una violación al artículo 23 de la Convención Americana (Informe de admisibilidad caso Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos vs. Chile, P-415-07, párr. 62).

A continuación revisaremos los aspectos más importantes de cada uno de los momentos mencionados: la jurisdicción indígena, la consulta previa y la participación política.

4.1. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Una de las cuestiones relevantes del derecho a la libre determinación concretado en autonomía es el reconocimiento del pluralismo jurídico en la resolución de conflictos. Como ha señalado el MEDPI "los sistemas jurídicos indígenas, que incluyen aspectos legislativos (leyes indígenas), judiciales y procesales, son fundamentales para la adopción de decisiones internas" (NN.UU./MEDPI 2010, párr. 54). De hecho, la DDPI no solo reconoce en su artículo 4 el derecho a la autonomía en un sentido genérico, sino que especialmente el derecho a "conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales" (art. 5), lo cual comprende "sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, *costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, incluida la administración de justicia*" (arts. 34). Asimismo, la Declaración refiere a las costumbres indígenas en la resolución de los conflictos de tierras (art. 27) y en general, en los conflictos con el Estado (art. 40).

Pero la cuestión no se agota en el ejercicio de la jurisdicción indígena como derecho político, sino que también tiene implicancias en materia de no discriminación. Así lo ha destacado el CEDR en su Recomendación General XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal de 2005, donde hace un llamado a los Estados partes a "velar por el respeto y el reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos autóctonos, de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos" (párr. 5.e). En las Observaciones Finales al Estado de Guatemala (2006) ha señalado su preocupación "por las dificultades de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en particular por *la falta de reconocimiento y aplicación del sistema jurídico indígena* y la falta de suficientes intérpretes y defensores de oficio bilingües competentes en los procedimientos judiciales" (CEDR/C/GTM/CO/11, párrafo 15).

La vigencia de sistemas de resolución de conflictos propios, supone mecanismos de coordinación con la administración estatal que superen la mera subordinación, al tiempo que constituye un desafío a la universalidad de los derechos humanos, en la medida en que ambos sistemas deben respetar el núcleo de los derechos fundamentales[95]. Así por ejemplo, en la sentencia de reparaciones del caso *Aloeboetoe* y otros vs. Surinam (1993), la Corte IDH consideró que para determinar a quién debía indemnizarse se utilizaría el derecho consuetudinario *Saramaca* y no el derecho estatal. Sin embargo, en función del principio de no discriminación consagrado en la CADH, la Corte advirtió que "no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca" (párr. 62).

4.2. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO EN LOS ASUNTOS QUE LES AFECTEN

La DDPI hace especial hincapié en la cuestión del consentimiento libre, previo e informado, consagrándolo en diversas disposiciones. La norma constituyente está en el artículo 19 de la DDPI, que siguiendo de cerca lo establecido en el Convenio Nº 169 de la OIT señala que: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, *a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*"[96].

A su vez, el artículo 33.2 establece la plena autonomía indígena para determinar cuáles son esas instituciones representativas. A este respecto, el relator especial Anaya, tras su visita a Chile en 2009, recordó que la participación indígena en los mecanismos de interlocución con el Estado debe verificarse a través de las propias instituciones indígenas, a la vez que destacó la importancia de que dichos pueblos revisen sus instituciones y procedimientos para facilitar el diálogo intercultural (NN. UU./Consejo DD.HH., 2009). Por su parte, la Corte IDH ha señalado en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*, que "es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal" (párr. 19).

Esta obligación estatal de consulta previa deviene, bajo ciertas circunstancias, en un *derecho a otorgar o a retener el consentimiento informado*. Ya vimos que el artículo 10 de la DDPI prohíbe el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales sin su consentimiento. Asimismo, el artículo 11 establece el deber de restitución de las tierras de las que los pueblos indígenas hayan sido despojados sin su consentimiento. Por su parte el artículo 29.2 exige la obtención del consentimiento previo antes de almacenar materiales peligrosos en territorios indígenas.

Esta cuestión es considerada por los pueblos indígenas como un elemento fundamental del ejercicio de su derecho a la autodeterminación: "El consentimiento libre, previo e informado es lo que exigimos como parte de la autodeterminación y la no discriminación por parte de los gobiernos, las multinacionales y el sector privado" (Berraondo 2008, 100). Este vínculo ha sido reafirmado por el relator Stavenhagen[97] y por la propia DDPI que en su artículo 32.2 relaciona la obligación de consulta previa con el derecho al desarrollo autónomo:

> Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas *a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.*

El ámbito donde el reconocimiento del derecho a veto de los pueblos indígenas respecto de decisiones que los afecten directamente ha sido más completo ha sido en el CEDR. Ya en 1997, en la ya citada RG

95 Una solución interesante a esta cuestión ha ofrecido la jurisprudencia constitucional colombiana, la cual revisamos en el capítulo relativo al Convenio Nº 169 de la OIT.

96 El Convenio establece al respecto: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, *con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento* acerca de las medidas propuestas".

97 Así también lo ha considerado el relator especial Rodolfo Stavenhagen, en su informe al Consejo de Derechos Humanos en 2007: "La aplicación de este principio [del artículo 19 de la DDPI] en relación con los programas y proyectos de desarrollo dirigidos a las comunidades y a los pueblos indígenas es una precondición básica para el respeto al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2007, párr. 22).

N° XXIII, exhortó a los Estados a que "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que *no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado*". Junto con ello, el CEDR ha aplicado este estándar a los Estados. Así por ejemplo, en sus observaciones finales al Estado de Ecuador en 2003 señaló:

> 16. En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación (Obs. finales Ecuador, CEDR/C/62/CO/2, 21/03/2003).

El CEDR ha tenido oportunidad de ir determinando el ámbito de exigibilidad del consentimiento libre previo e informado, el que va más allá de la cuestión de los recursos del subsuelo, abarcando la explotación maderera (obs. finales Camboya, CEDR/C/304/Add.54, 31/03/1998); el establecimiento de áreas protegidas (obs. finales Botswana, CEDR/C/BWA/CO/16, 4/04/2006); la construcción de represas (obs. finales India, CEDR/C/IND/CO/19, 05/05/2007); las plantaciones agroindustriales (obs. finales Indonesia, CEDR/C/IDN/CO/3, 15/08/2007); la reubicación (entre otros, los ya citados casos de Botswana e India); la expropiación (obs. finales, Guyana, CEDR/C/GUY/CO/14, 04/04/2006), y el cambio de estatus de las tierras indígenas (obs. finales, CEDR/C/AUS/CO/14, 14/04/2005) (Berraondo 2008). Como se puede apreciar, se trata de situaciones que coinciden con el criterio establecido por la Corte IDH: es decir, actividades de gran escala (*Saramaka vs. Surinam*: párr. 136) y aquellas que puedan poner en riesgo la subsistencia de los pueblos indígenas como pueblos diferenciados (ibíd., párr. 124).

Coincidiendo también con la Corte, el CCPR –siguiendo su jurisprudencia asentada en los casos *Länsman y otros vs. Finlandia*– señaló que en aquellos casos donde las medidas tomadas por el Estado para promover el desarrollo económico "comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas", se requiere el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad afectada. Sólo así el proceso de consulta es efectivo (*Ángela Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/D/1457/2006, 24/04/2009, párr. 7.6).

En el mismo sentido, el relator Anaya ha señalado al Estado de Chile que "en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, *el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada*" (NN.UU./Consejo DD.HH. 2009, párr. 39).

El relator Stavenhagen, siguiendo las conclusiones del FPCI, ha enumerado y descrito los elementos que debe tener el consentimiento libre, previo e informado respecto de programas y proyectos de desarrollo que afecten o involucren a pueblos indígenas: el proceso de consulta debe ser llevado a cabo de buena fe; con la debida antelación; la información suministrada debe ser completa, precisa y comprensible para los pueblos afectados sobre el proyecto, y debe incluir sus finalidades e impactos; y los pueblos indígenas deben determinar sus propias instituciones representativas para expresar su consentimiento (NN.UU./Consejo DD.HH., 2007).

4.3. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA VIDA PÚBLICA NACIONAL

El artículo 5° de la DDPI señala que "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, *manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado*". O sea, los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su autonomía territorial y su derecho a participar en los asuntos que les conciernen en función de su especificidad, no buscan generar una suerte de *guetización* de los pueblos indígenas. De hecho, el artículo 2 de la DDPI proscribe la discriminación en el ejercicio de los derechos de los pueblos y personas indígenas. Por ello, los indígenas, en tanto ciudadanos[98], tienen plenos derechos de participación política, es decir, pueden participar en la dirección de los

98 El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI), organismo asesor del Consejo de DD.HH de NN.UU., ha manifestado su preocupación en relación con el gran número de indígenas apátridas que, en razón de estar desprovistos de ciudadanía, carecen de capacidad para

asuntos públicos, directamente o representados; votar y ser elegidos para ocupar cargos públicos, y tienen acceso igualitario a las funciones públicas del país[99].

Ahora bien, conforme al citado artículo 5, el titular del derecho a la participación política no es solo el individuo-ciudadano indígena, que ostenta los mismos derechos que un no indígena, sino también, los pueblos indígenas como sujetos colectivos. El ejercicio de estos derechos puede requerir la adopción de medidas especiales de adaptación del sistema político y electoral[100], tal como lo ha entendido la Corte IDH en cuanto a la interpretación del derecho de propiedad:

> 51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. *Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.* El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado (caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005).

De todos modos, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente respecto de la cuestión de la participación política indígena en el caso *Yatama vs. Nicaragua* de 2005. En este señaló que dicho Estado no adoptó medidas para garantizar el goce del derecho a ser electos de los candidatos de la organización indígena *Yatama*, compuesta por miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Dicha organización fue marginada de un proceso electoral municipal por no estar constituida como partido político. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que considerando las particulares características étnicas y culturales de los pueblos indígenas (en particular de la organización Yatama):

> Encuentra necesario indicar que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos(Ibíd. párr. 220).

En definitiva, la Corte consideró violado el derecho de participación política (art. 23), en relación con los artículos 1.1 (respeto de derechos sin discriminación); 2 (deber de adoptar disposiciones en el derecho interno), y el artículo 24 (Igualdad ante la ley) de la CADH. Se marcó así un precedente en esta materia, abriendo camino a una concepción plural de la participación en el Estado.

Por su parte, el MEDPI ha señalado que puede ser necesario, no solo que se adapte el sistema electoral a la realidad indígena, sino que también los partidos políticos mayoritarios adopten medidas que aseguren la diversidad en su interior, asegurando una representación adecuada de los indígenas en sus propias estructuras (NN.UU./MEDPI, 2010).

5. Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo

Actualmente existe un consenso en torno a la interdependencia entre el desarrollo y los derechos humanos[101]. A este respecto, como

---

participar en los asuntos públicos en sus países de nacimiento (NN.UU./MEDPI, 2010).

99 Cfr. artículo 25 del PIDCP y artículo 23 CADH.

100 Un caso particularmente interesante en esta materia es el establecimiento de la circunscripción especial indígena en la Constitución colombiana de 1991, la cual fue discutida en una asamblea constituyente, en la que dos dirigentes indígenas participaron como asambleístas. Esta permite a los pueblos originarios del país elegir a dos senadores (de un total de 102) y un diputado (de un total de 166). Sin perjuicio de esto, los indígenas pueden participar presentando candidatos a la circunscripciones electorales ordinarios, cosa que han hecho exitosamente (Londoño 2002).

101 La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social (1996), señala que "el desarrollo social y la justicia social no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad o si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales" (art. 5) y reconoce el derecho al desarrollo como universal e inalienable (art. 29.n). Consecuentemente con ello, las partes

ha señalado el relator Stavenhagen, la DDPI proporciona un marco normativo preciso para la formulación, aplicación y evaluación de políticas de desarrollo dirigidas a los pueblos indígenas, el cual se basa en el principios de la libre determinación y sus concreciones: "el consentimiento previo, libre e informado; la participación y el empoderamiento; la autonomía y la autogestión; el reforzamiento del control territorial y la no discriminación" (NN.UU./Consejo DD.HH 2007, párr. 67). Se trata, por tanto, de un enfoque que se centra en sujetos colectivos y no solo en las 'poblaciones', como tradicionalmente se ha hecho con las políticas de superación de la pobreza. De ahí que los derechos sociales, económicos y culturales reconocidos a los pueblos indígenas tengan un marcado enfoque de autonomía.

La norma marco en materia de desarrollo –consagrado en el artículo 21[102]– está en el artículo 23 de la DDPI que establece su "*derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo*. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, *a administrar esos programas mediante sus propias instituciones*".

Además, existen diversas disposiciones relativas a sus derechos económicos, sociales y culturales que reflejan este enfoque[103]. Así, por ejemplo, junto con consagrar el acceso igualitario de los indígenas a la educación, la DDPI establece el derecho de estos pueblos a "establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje" (art. 14.1). Una disposición similar se encuentra en el artículo 24 relativo al derecho a la salud[104].

6. La emergencia de la cuestión de los conocimientos tradicionales indígenas

La cuestión de los conocimientos tradicionales indígenas ha comenzado a llamar la atención de los organismos de derechos humanos del sistema internacional. De hecho, el FPCI ha remarcado –desde su creación en 2000– la necesidad de revisar el asunto y diversas organizaciones intergubernamentales están trabajando en torno al mismo: por ejemplo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el PNUD, la Conferencia sobre el Convenio de Diversidad Biológica y la UNESCO, entre otras (NN.UU./FPCI, 2007).

En términos generales, se trata del problema de la protección de las prácticas tradicionales, la cultura y los conocimientos relativos a la biodiversidad y sus métodos de transmisión, sus rituales, normas comunitarias y los conocimientos relacionados con la ordenación del

---

se comprometen a "promover el respeto universal, la observancia y la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, incluido el derecho al desarrollo" (art. 26.j). Por su parte, la Declaración del Milenio (2000) también menciona los derechos al desarrollo como un derecho humano internacionalmente reconocido (art. 24).

102 "Artículo 21
1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas".

103 Cabe recordar lo señalado por el relator especial Stavenhagen en torno a la aguda brecha de implementación de los DESC: "9. El Relator Especial ha podido observar en estos años que es principalmente en relación con los derechos económicos, sociales y culturales donde se advierte la existencia de una gran distancia entre los objetivos declarados por los gobiernos y la realidad vivida por los pueblos indígenas, una brecha que en vez de ir desapareciendo se sigue ensanchando" (NN.UU/Consejo DD.HH., 2007). En particular, en el caso de Chile, el relator manifestó su preocupación en relación a que "la mayoría de los indígenas vive en situación de pobreza y marginación, resultado de la discriminación histórica de la que han sido víctimas." (NN.UU./CDH 2003, párr. 3). Más tarde, el relator Anaya, haciendo seguimiento a las recomendaciones del relator anterior, señaló que "aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas" (NN.UU./Consejo DD.HH 2009, párr. 8).

104 Al respecto, el Comité de DESC ha señalado que: "Los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales [...]. Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que [...] la [...] pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones" (Observación General N° 14 2000, párr. 27).

ecosistema frente a la apropiación ilegítima (sin consentimiento previo) por parte de terceros (NN.UU./FPCI, 2007). Esto por cuanto pareciera que la legislación nacional e internacional sobre propiedad intelectual "en su mayor parte, no protege los derechos e intereses indígenas porque la noción occidental de la propiedad intelectual se centra en los conocimientos y la creatividad individuales, y no en los *conocimientos comunales de múltiples generaciones*" (ibíd. párr. 20). Por ello, el FPCI propone un enfoque nuevo, sui generis, para abordar la problemática, puesto que no se trataría de un tipo distinto de propiedad intelectual, "sino que constituyen una entidad completamente diferente" (ibíd. párr. 21).

Sin perjuicio de lo anterior, el deber de protección de estos conocimientos tradicionales está recogido en diversas normas internacionales como el artículo 27.2 de la DUDH y el artículo 15.1.c del PIDESC. Sin embargo, ambos instrumentos pueden resultar, en principio, inapropiados por consagrar derechos individuales, en circunstancias que estos conocimientos constituyen, generalmente, patrimonio colectivo[105]. Ahora bien, cabe recordar que, mediante una interpretación evolutiva del derecho (individual) de propiedad, se ha dado protección a la propiedad colectiva indígena sobre sus tierras y territorios. De hecho, el Comité DESC ha señalado que el artículo 15 del PIDESC protege "los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas o locales" (Observación General N° 17 2005, párr. 9). Es más, el Comité ha reconocido que las producciones indígenas "a menudo son expresiones de su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales" y que por lo mismo, los Estados deben reconocer, registrar y proteger no solo la autoría individual, sino también la autoría colectiva en el caso de los pueblos indígenas. Para ello, debe respetarse "el principio del consentimiento libre, previo y fundado de los autores indígenas en cuestión y las formas orales u otras formas consuetudinarias de transmisión de la producción científica, literaria o artística y, de proceder, [los Estados] deberían velar por que los pueblos indígenas administren de forma colectiva los beneficios derivados de sus producciones" (ibíd. párr. 32).

Por otra parte, existen instrumentos que reconocen la necesidad de protección de estos cocimientos. Así, la Convención sobre la Diversidad Biológica en su artículo 8.j señala el deber estatal de respetar, preservar y mantener "los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica", además de promover su aplicación a sectores más amplios de la población con la participación de quienes los poseen.

Por su parte, la DDPI señala al respecto en su artículo 31:

> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, *sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas*, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. *También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*

Como ha sido dicho, se trata de una cuestión emergente en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo abordaje adecuado requerirá de la coordinación de las diversas agencias intergubernamentales competentes y, particularmente, de la participación de los propios indígenas en la definición del problema y sus soluciones.

7. Los derechos de los niños indígenas

Los derechos que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido a los pueblos indígenas y sus integrantes incluyen y protegen a los niños y niñas indígenas. Se trata de un segmento de la población especialmente vulnerable, y que en el caso chileno merece particular atención, debido a las denuncias de organizaciones nacionales e internacionales en relación con la vulneración de sus derechos[106].

---

105 La DUDH señala que "toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Por su parte, el PIDESC reconoce a las personas el derecho a "beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Al respecto el FPCI ha señalado que "en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, la protección que otorga esa disposición [el art. 15 del PIDESC] es limitada, lo que se puede ilustrar considerando la noción problemática de 'autor', que evoca la idea de una persona y no se extiende fácilmente a la creación y la propiedad comunales" (NN.UU./FPCI 2007, párr. 14).

106 A modo de ejemplo, en 2004 el Servicio de Salud de la Araucanía Norte constataba en un documento titulado "Informe de diagnóstico y de

La Convención de Derechos del Niño proscribe la discriminación en la aplicación de los derechos que establece en base a criterios étnicos, entre otros (art. 2.1). En esta materia, el Comité de Derechos del Niño, ha señalado que esta proscripción alcanza no solo al Estado, sino que también al sector privado (Observación General N° 11 2009, párr. 23) y ha establecido la necesidad de implementar medidas de acción afirmativa culturalmente pertinentes en materia de salud, nutrición, educación, recreación, vivienda, saneamiento y justicia juvenil respecto de los niños y niñas indígenas.

Así mismo, la DDPI, siguiendo el artículo 27 del PIDCP, reconoce el derecho que los niños y niñas indígenas tienen a su "propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma" (art. 30). Esta cuestión es fundamental, ya que para establecer el interés superior del niño debe tenerse en "cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo" (OG N° 11 2009, párr. 31). Por lo mismo, debe considerarse especialmente "la importancia cultural de las tierras tradicionales y de la calidad del medio ambiente natural al proteger, en toda la medida de lo posible, el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo" (ibíd. párr. 35).

A este respecto, la Corte IDH ha señalado que el mencionado artículo 30 dota de contenido a la obligación estatal de protección a los niños establecida en el artículo 19 de la CADH. De esta manera, el Estado debe "promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo a su propia cultura, su propia religión y su propio idioma" (caso *Xákmok Kásek vs Paraguay*, 2010, párr. 261). Asimismo, ha señalado que,

> La Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, *afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura* si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de esos derechos (ibíd., párr. 263).

Por otra parte, conforme al artículo 17 de la Convención, los Estados deben promover que los medios de comunicación tomen en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños indígenas. En cuanto a la educación, en general, esta debe preparar al niño para vivir armónicamente en una sociedad pluricultural (art. 29.1.d) y, en particular, debe permitirle a los pueblos indígenas organizar sus propios medios de educación, conforme a las disposiciones del Convenio N° 169 en la materia (OG N° 11, párr. 60).

Particularmente relevante resulta la interpretación que el Comité de Derechos del Niño ha hecho del derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectarles (art. 12.2). Este ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas deben incluir a los niños indígenas, especialmente cuando se trate de adoptar medidas especiales para protegerlos y aquellas que afecten su entorno escolar (OG N° 11 2009, párr. 12 y 39).

En materia de justicia juvenil, el Comité promueve el uso de sistemas tradicionales de justicia restaurativa (párr. 75), siempre que sean compatibles con el interés superior del niño. Asimismo, explicita la necesidad de capacitar a los miembros de las fuerzas de seguridad y orden acerca de los alcances de los derechos de los niños indígenas reconocidos en la Convención (párr. 77). Al respecto, el Comité ha recomendado al Estado de Chile que "vele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos" (Observaciones finales a Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párr. 74.d).

8. derecho a la protección judicial

El derecho a la protección judicial es un derecho individual que está reconocido en los principales tratados internacionales de derechos humanos[107]. Sin perjuicio de ello, este derecho tiene una dimensión

---

intervención Comunidad Cacique José Guiñón-Ercilla" que "a los niños les han amenazado, golpeado contra el suelo y la pared, dado culatazos con armas de fuego y les han hecho presenciar fuertes escenas en que sus padres, cuidadores o familiares son agredidos física y psicológicamente" (citado en Seguel 2007, 121). También los tribunales han reaccionado ordenando ajustar los procedimientos de Carabineros a los estándares de derechos internacionalmente reconocidos a los niños (Cfr. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol 545-2010 y Millanao contra Carabineros de Malleco, Rol 666-2010; también CORTE SUPREMA, Millan contra Carabineros de Cautín, Rol N° 8903-2010).

107 Artículo 14.1 del PIDCP y artículos 8.1 y 25 de la CADH.

colectiva particularmente importante en el caso de los indígenas, por cuanto los derechos que les han sido reconocidos requieren de la legitimación de un actor colectivo para exigir su vigencia ante tribunales.

La cuestión de la personalidad jurídica ha sido recurrente en diversas sentencias de la Corte IDH relativas a pueblos indígenas[108]. También el CEDR ha relevado la cuestión por su íntima relación con la vigencia de los demás derechos. Así, en el caso de la Ley minera de Surinam que no permitía a las comunidades indígenas interponer recursos ante la justicia frente a la concesión minera otorgada por el poder ejecutivo, el CEDR señaló su preocupación por el hecho de que "los pueblos indígenas y tribales no puedan reclamar el reconocimiento de sus derechos tradicionales ante los tribunales porque no se los reconoce legalmente como personas jurídicas" y recomendó "que se otorgue a los pueblos indígenas y tribales el derecho de recurrir a los tribunales, o a cualquier órgano independiente creado especialmente con este fin, para defender sus derechos tradicionales y su derecho a ser consultados antes de que se otorguen concesiones, así como a recibir una indemnización justa por cualquier perjuicio sufrido" (Decisión 3 (66) sobre Surinam, 2005)[109].

Por otra parte, la DDPI ha reconocido directamente el derecho de los pueblos indígenas a acceder a la justicia en tanto sujetos de derecho. Señala su artículo 40 que:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Anteriormente, la relatora Daes había enfatizado en la necesidad de poner "a disposición de *los pueblos y las personas indígenas* recursos que se puedan hacer cumplir legalmente" (NN.UU./CDH 2001b, 144a).

108 Cfr. *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007) y *Saramaka vs. Surinam* (2007).

109 Esta materia también ha sido objeto de especial preocupación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. caso *Yakye Axa* (2005) y *Xákmok Kásek* (2010), ambas contra Paraguay.

Consecuentemente con lo señalado, en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH dispuso que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o recurso efectivo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales –en tanto pilares básicos de la CADH y del Estado de derecho en una sociedad democrática– era aplicable a los pueblos indígenas, particularmente en relación con la protección de sus derechos territoriales (párr. 106-139). En el caso de la comunidad *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), la Corte fue más específica para referirse a las implicancias de este derecho en relación con los pueblos indígenas, estableciendo que: "En lo que respecta a pueblos indígenas [en relación al debido proceso legal y a los recursos efectivos para garantizar los derechos], es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (párr. 63)[110].

110 En la misma línea, y más recientemente, en el caso de la comunidad *Saramaka vs. Surinam* (2007), especialmente, párrafo 178.

Bibliografía

Alfonso Martínez, Miguel. 1999. *Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas (informe final)*, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio.

Anaya, James. 2005. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.

_____."Why there should not be a Declaration on the Right of Indigenous People". 2006a. *52 Congreso de Americanistas, Sevilla*.

_____. 2006b. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas", en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto.

_____. 2007. "The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment". Disponible en <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>.

_____. 2010. "El Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas tran la adopción de la Declaración". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA.

Aparicio, Marco. 2006. "El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación". En Berraondo, Mikel (coord.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Åhren, Mattias. 2010. "Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA.

Barume, Albert K. 2010. "Respondiendo a las preocupaciones de los Estados africanos". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA.

Bello, Álvaro. 2008. "Los Pueblos Indígenas y las contradicciones de la globalización". En Bello, Álvaro y José Aylwin (comps.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Temuco (Chile): Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Berraondo, Mikel. 2005. "Pueblos indígenas frente a los derechos humanos". En Cabodevilla, M.A, y Berraondo, M. (coords.), *Pueblos Indígenas No contactados ante el Reto de los Derechos Humanos. Un camino de Esperanza para los Tagaeri y Taromenani*. Quito: Ed. CICAME y CDES, 59-104.

_____. 2006. "Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente". En Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

_____. 2008. "Avances de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Nuevos mecanismos y nuevas oportunidades", en Berraondo, Mikel y otros, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas*. IPES-Elcartea.

Clavero, Bartolomé. 2009. *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4.

Colchester, Marcus et al. "Conservación y Pueblos Indígenas: Evaluando progresos desde Durban (Informe preliminar, borrador para la discusión)". Disponible en <http://www.forestpeoples.org/documents/conservation/wcc_conservation_and_ips_interim_rep_sept08_sp.pdf>,

Charters, Claire. 2010. "La legitimidad de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen, (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA.

Díaz Polanco, Héctor. 1991. *Autonomía Regional. La Autodeterminación de los Pueblos Indios*. México: Siglo XXI.

Dulitzky, Ariel. 1997. "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En *Revista IIDH*, N° 26. San José, IIDH, 137-188.

Eide, Asbjorn. 2010. "Los pueblos indígenas, el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas y la adopción de la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas", en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA.

García Hierro, Pedro. 2004. "El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades". *Revista de Asuntos Indígenas* [4]: 1, IWGIA.

Leyva, Xochit y Aracely Burguete (coords.), 2007. *La remunicipalización de Chiapas. La política y lo político en tiempos de contrainsurgencia*, México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores de Antropología Social.

Londoño, Beatriz. 2002. "La Constitución de 1991 y los indígenas. Nuevos espacios de participación política". En *Revista Credencial Historia*, N° 146, febrero.

Mackay, Fergus. 2008. "Los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial". En BERRAONDO, Mikel et al. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas*. IPES-Elcartea.

Martínez Cobo, José. 1987. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, vol. v. "Conclusiones, propuestas y recomendaciones". Nueva York: Naciones Unidas.

Mereminskaya, Elina. 2011. "El Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencia comparada". *Estudios Públicos*, 121 (verano): 213-273.

Meza-Lopehandía, Matías. 2009a. *Territorio y Autonomía de los pueblos originarios en Chile: una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del reconocimiento*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Naciones Unidas. 1993. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), *Prevención de la discriminación racial, en particular procedimientos de urgencia y alerta temprana: documento de trabajo aprobado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Doc. A/48/18, anexo III.

_____. 1995. Commission on Human Rights (CHR), *Information received from non-governmental and indigenous organizations*, E/CN.4/1995/WG.15/4, 10 de octubre.

_____. 1996. Working Group on Indigenous Populations (WGIP), *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of "indigenous people"*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

_____. 2000. Comisión de Derechos Humanos (CDH). *Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas* (por Sra. Erica-Irene Daes y al Sr. Asbjørn Eide), E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 de julio.

_____. 2001a. Comisión de Derechos Humanos (CDH), *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2001/85, anexo II, 6 de febrero.

_____. 2001b. Comisión de Derechos Humanos (CDH). *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio.

_____. 2002. Comisión de Derechos Humanos (CDH). *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión*, E/CN.4/2002/97, 04 de febrero.

_____. 2003. Comisión de Derechos Humanos (CDH), *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. Adición Misión a Chile*, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre.

_____. 2004. Comisión de Derechos Humanos (CDH), *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 14 de julio.

_____. 2006. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI), *Informe del Seminario técnico internacional sobre conocimientos tradicionales indígenas*, E/C.19/2006/2, 15 de diciembre.

_____. 2007. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI), *Informe de la Secretaría sobre conocimientos tradicionales indígenas*, E/C.19/2007/10, 20 de marzo.

_____. 2007. Comité de Derechos Humanos (CCPR), *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos*. Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril.

_____.2007. Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.HH). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, A/HRC/6/15, 15 de noviembre.

2008. Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.HH). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya*, A/HRC/9/9, 11 de agosto.

_____. 2009. Foro permanente de Naciones Unidas para las cuestiones indígenas (FPCI), *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14.

_____. 2009. Consejo de Derechos Humanos (Consejo DD.UU). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre.

_____. 2010. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Derechos de las minorías: normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, HR/PUB/10/3.

_____. 2010. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI), *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, A/HRC/EMRIP/2010/2.

Organización de Estados Americanos. 1983. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, 29 de noviembre.

_____. 1997. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la situación de Derechos Humanos de Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril.

_____. 2000. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre.

Organización Internacional del Trabajo. 1999. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT.*

_____. 2006a. *Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*, Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

_____. 2007a.*Un Manual: Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Publicación OIT*, edición preparada por Henriette Rasmussen y Chandra Roy y actualizada por Egalité et al.

_____. 2009b. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio número 169 de la OIT*. Departamento de normas internacionales.

Osborne, Raquel. 1996. "¿Son las mujeres minoría?". En *Isegoría*, N° 14, 79-93.

Rasmussen, Henriette. 2010. "Derechos culturales en Groenlandia". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas.* Copenhagen: IWGIA.

Regino, Adelfo y Gustavo Torres. 2010. "La Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas.* Copenhagen: IWGIA.

Sánchez, Consuelo. 1999. *Los Pueblos Indígenas: del indigenismo a la autonomía*. México: Siglo XXI.

Seguel, Alfredo. 2007. "Crónica de desencuentros: Gobierno de Ricardo Lagos versus movimiento social *mapuche*". En Yáñez, Nancy y José Aylwin (eds.), *El gobierno de Lagos, los indígenas y el Nuevo Trato*, Santiago: LOM Ediciones.

Stavenhagen, Rodolfo. 2007. "Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Dr. Rodolfo Stavenhagen, con motivo de la adopción de la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre". Disponible en: <http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/6B74CFC18196996EC1257356004963OF?opendocument>.

_____.2010."Cómo hacer para que la declaración sea efectiva". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas.* Copenhagen: IWGIA.

Summers, James. 2004. *The idea of People. The Right of Self-Determination, Nationalism and the Legitimacy of International Law*. Tesis para optar al grado de doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Helsinski, 346h.

Tauli-Corpuz, Victoria. 2007. "Los pueblos indígenas y los conocimientos tradicionales". En *Peripecias* Nº 56, 11 de julio.

Valdivia, José Miguel. 2011. "Alcances jurídicos del Convenio Nº 169". *Estudios Públicos* 121 (verano): 35-70.

Willemsen Díaz, Augusto. 2010. "Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU". En Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas.* Copenhagen: IWGIA.

Zalaquett, José. 2008. "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas". En *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

CAPÍTULO IV

Los derechos de pueblos indígenas en América Latina*

Introducción

En este capítulo se analiza la situación jurídica y las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas en América Latina, con especial énfasis en los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

En la primera parte se incorporan antecedentes históricos y actuales relativos a los pueblos indígenas en la región, así como a la situación sociodemográfica de la población que los integra y a su relación con las tierras y territorios. Se esbozan, además, las principales instituciones, normas y políticas aplicadas a los pueblos indígenas durante el periodo colonial y, más tarde, durante el periodo republicano, las que resultaron muchas veces en su asimilación, y en ocasiones en su exterminio, y en el despojo de parte importante de sus territorios ancestrales. Se da cuenta de las reformas agrarias y de las políticas indigenistas impulsadas por los Estados de la región durante la segunda mitad del siglo XX, así como de sus implicancias para estos pueblos. Se analizan, además, los procesos organizativos de los pueblos indígenas, los que en muchos contextos los han convertido en actores políticos gravitantes en la región, así como las demandas que han sido levantadas por sus comunidades y organizaciones representativas en las últimas décadas, en particular en relación con sus tierras y territorios.

---

* Capítulo elaborado por José Aylwin. Para su confección se ha tomado como base el documento sobre "Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: Situación jurídica y políticas públicas" que fuera presentado en el "Seminario sobre situación jurídica, políticas públicas, buenas prácticas y acciones afirmativas", organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington DC el 21 de enero de 2011.

Posteriormente se analizan los ciclos o etapas del reconocimiento jurídico constitucional de estos derechos por parte de los Estados verificados en las últimas décadas. Se describen además algunas de las políticas públicas a que este reconocimiento jurídico ha dado origen en diversos Estados de la región en materia de derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de los pueblos indígenas, y en relación con el deber de consulta de los Estados frente a las medidas administrativas y legislativas que les afectan, en particular frente a proyectos de inversión.

Asimismo, se describe el impacto que en la región ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas, en particular el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI). Se analizan, además, las implicancias que la jurisprudencia desarrollada en este ámbito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en base a los instrumentos de derechos humanos regionales y universales, así como su incorporación por los órganos jurisdiccionales de diversos Estados, han tenido para los pueblos indígenas en la región.

Con posterioridad se analizan con mayor profundidad y detalle los marcos jurídicos y políticas públicas existentes en materia de derechos territoriales y derecho de consulta en tres Estados de la región (Bolivia, Brasil y Colombia), intentando ilustrar a través de estos casos la evolución y tendencias existentes en la relación con estos derechos en la región.

Finalmente se analizan, a modo de reflexión conclusiva, los aspectos más valorables y los más deficitarios de la legislación y políticas públicas impulsadas en la región en relación con estos pueblos y sus derechos a la tierras, el territorio, y sus derechos políticos como la participación, la consulta y la autonomía, y se evalúan las tendencias prevalecientes, identificando algunos desafíos que ellas plantean para los Estados.

1. Antecedentes generales

1.1. POBLACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS

Si bien las definiciones de los que son considerados como indígenas son diversas y los antecedentes censales en relación con ellos son, en muchos casos, poco confiables, se estima que la población indígena actual en América Latina asciende a entre cuarenta y cincuenta millones, cifra que representa alrededor de un 10% de la población total de la región (Bello y Rangel, CEPAL, 2000; PNUD 2004). Dicha población está agrupada en más de seiscientos pueblos o grupos identificables, los que van desde los pequeños grupos selváticos amazónicos, hasta las sociedades campesinas de los Andes, las que en muchos casos suman varios millones de personas. Junto con ello cabe agregar a la población indígena que habita en áreas urbanas del continente, la que a consecuencia de procesos migratorios, es hoy demográficamente muy significativa. Barrios indígenas proliferan en la actualidad en grandes ciudades como Lima, Bogotá, Quito y Santiago, dando origen a una nueva realidad de marginalidad indígena (Chase Smith 2002).

El peso demográfico de los indígenas al interior de los Estados latinoamericanos varía también de un caso a otro, siendo México y Perú, con alrededor de diez millones de indígenas cada uno, los países con mayor población indígena en la región. Poniendo en crisis el concepto de minorías tradicionalmente utilizado para denominarlos, en países como Bolivia y Guatemala los indígenas constituyen la mayoría de la población, en tanto que en Perú representan cerca de un tercio de la población total. Ello en contraste con países como Brasil o Venezuela donde la población indígena es cercana al 1% de la población total (CEPAL 2006).

1. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Numerosos pueblos indígenas habitaban el continente americano a la época de la llegada de los europeos. Aunque sus formas de organización social y política variaban desde aquellas complejas de los *inca*, mayas y aztecas, hasta las más simples de las sociedades silvícolas de la Amazonía, se trataba en general de pueblos soberanos que regían sus destinos libremente. Dicha soberanía se manifestaba en la existencia de sistemas normativos que regulaban la vida comunitaria y familiar entre sus integrantes, así como su relación con la tierra y con los recursos naturales. También se manifestaba en su capacidad para formar alianzas con otros pueblos para distintos objetivos. Cada uno de estos pueblos tenía una base territorial, dentro de la cual sus autoridades ejercían jurisdicción, la que incluía potestades judiciales, políticas y militares, entre otras (Aylwin 2002).

Como viéramos en el capítulo 1 al referirnos a los *mapuche*, los europeos que arribaron a América generalmente concibieron a los indígenas como salvajes e inferiores, como pueblos "sin dios ni ley". De acuerdo con estas percepciones dominantes desarrollaron diferentes doctrinas (descubrimiento, *terra nullius*, entre las más

importantes), en base a las cuales reclamaron soberanía sobre los territorios "conquistados" o "descubiertos", imponiendo, como regla general[1], sus sistemas jurídicos y políticos sobre los pueblos que aquí habitaban. A través de procesos que el relator especial de Naciones Unidas sobre Tratados Miguel Alfonso Martínez (1999) denomina de "domesticación", los pueblos indígenas fueron despojados de sus atributos esenciales como naciones soberanas, entre ellos, de sus territorios, de su capacidad para suscribir tratados, y de sus formas específicas de gobierno[2]. A diferencia de los colonizadores ingleses y franceses en Norteamérica, los españoles no suscribieron con los indígenas, por regla general, acuerdos o tratados que reconocieran a estos últimos como naciones con soberanía política y territorial. Una de las pocas excepciones conocidas a esta regla, como vimos en el capítulo 1, serían los parlamentos celebrados a lo largo del periodo colonial entre españoles y *mapuche* en la parte austral del territorio actual de Chile, mediante los cuales se reconoció a estos últimos la soberanía política y territorial sobre sus territorios a cambio de la paz[3].

La conquista de nuevas tierras constituyó uno de los objetivos centrales de españoles y portugueses que arribaron al llamado "nuevo mundo". En base a las bulas papales de Alejandro VI de 1493, en que se autorizaba a los monarcas de España y Portugal a tomar control de las tierras "descubiertas", así como de sus habitantes –los que debían ser convertidos al cristianismo– los conquistadores reclamaron para sí el dominio de las tierras indígenas, sin mayor consideración por sus derechos posesorios. La apropiación de las tierras indígenas fue consecuencia de las guerras de conquista impulsadas por los europeos en contra de sus ocupantes.

1 Algunos autores (Bronstein 1998) señalan, sin embargo, que durante la colonia española se habría reconocido a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, las que en los asuntos internos aplicaban su derecho propio. Esta situación habría cambiado a contar de la llegada de los Borbones al trono español.

2 Entre los efectos negativos que para los pueblos indígenas produjeron los procesos de colonización Miguel Alfonso Martínez identifica "la extinción (o una reducción substancial) de su base territorial, así como el menoscabo de su orden político, económico, judicial, cultural y social en general, e incluso su supervivencia como sociedad diferenciada". (Martínez, 1999, parág. 204).

3 Según la interpretación de algunos juristas, así como de los propios indígenas, tales parlamentos, al igual que los tratados en Norteamérica, constituirían instrumentos jurídicos de carácter internacional que mantienen su valor original y siguen estando vigentes, son fuentes de derecho y obligaciones para todas sus partes originales (o sus sucesores), las que deberán respetar sus disposiciones de buena fe (Martínez 1999).

Ella fue también la consecuencia de diversas instituciones que los colonizadores aplicaron en el llamado "nuevo mundo", como la encomienda hispana o la *sesmaria* portuguesa[4].

De especial importancia fue la encomienda hispana, institución que además de constituir el pilar en que se sustentaron las economías coloniales, permitió establecer el control sobre los indígenas. Los excesos cometidos en virtud de esta institución serían denunciados desde temprano por los misioneros católicos en la región –en particular por dominicos, franciscanos y jesuitas– quienes cuestionaron el sometimiento de los indígenas y defendieron su dignidad y derechos naturales frente a las instituciones y políticas hispanas.

Las ideas liberales que inspiraron los procesos de independencia de los Estados de la región significaron, por regla general, el término de las instituciones coloniales aplicadas a los indígenas, el reconocimiento jurídico de la igualdad de los indígenas con los demás habitantes y el sometimiento de las tierras indígenas a las normas del derecho común. Las constituciones de las nacientes repúblicas, inspiradas en los principios de la Revolución francesa, si bien liberaron –al menos formalmente– a los indígenas de la servidumbre a la que habían sido sometidos durante el periodo colonial y los declararon ciudadanos libres con capacidad contractual, desconocieron y negaron la diversidad étnica y cultural que existía al interior de los nacientes Estados.

Sobre la base de estas concepciones, y empeñados en la construcción de los "Estados nación"[5] en la región, los gobiernos republicanos dieron impulso a políticas que persiguieron la asimilación de los indígenas a las culturas dominantes. Dichas políticas se manifestaron en particular en el ámbito de la educación, donde los indígenas fueron progresivamente integrados a escuelas que negaban sus lenguas, culturas e historias.

4 La *sesmaria* era una antigua institución portuguesa que beneficiaba a colonizadores con tierras "no aprovechadas", otorgándoles un plazo de cinco años para su demarcación y aprovechamiento. Cumplidos estos requisitos, las sesmarias eran confirmadas a sus titulares. Sin considerar los sistemas de cultivos rotatorios de los indígenas, las sesmarias fueron aplicadas en Brasil sobre tierras indígenas, resultando en su apoderamiento por los colonos portugueses (Marés 2000).

5 Concepto originado en la Europa del siglo XIX que hasta nuestros días constituye la principal forma de organización sociopolítica a nivel mundial. Ello a pesar de que los cerca de doscientos Estados modernos, supuestamente "Estados nación", agrupan a alrededor de cinco mil grupos étnicos diferenciados (Kymlicka 1996), muchos de los cuales se identifican como pueblos o naciones.

Se expresaron además en el ámbito religioso, encomendándose a los misioneros la tarea de cristianizar y "civilizar" a los indígenas por parte de los gobiernos de la época. La legislación también jugó un rol central como herramienta de unificación nacional. Es por ello que los sistemas normativos de los indígenas, así como la jurisdicción de sus autoridades, sería desconocida por las nacientes repúblicas, imponiéndose sobre estos la normatividad e instituciones emanadas de los Estados.

El sometimiento de los pueblos indígenas a los nacientes Estados en todas las esferas de sus vidas –culturales, jurídicas y políticas– dio origen a lo que algunos cientistas sociales han denominado, no sin fundamento, un sistema de colonialismo interno (Stavenhagen 1981; Bengoa 2000). Tal sistema, a juicio de dichos analistas y de líderes indígenas de la región, se mantendría vigente hasta la fecha, dado que estos pueblos no pueden ejercer el derecho a la libre determinación.

En este periodo también se despojó a los indígenas de grandes porciones de tierra, las que fueron apropiadas por no indígenas en base a la legislación civil que promovió la propiedad inscrita o enajenadas a través de contratos fraudulentos o, simplemente, a través de la expulsión. Por otro lado, las incursiones de los ejércitos republicanos en tierras hasta entonces en poder de indígenas, como aquellas ocurridas en Argentina y Chile a fines del siglo XIX con el objeto de ampliar las fronteras agrícolas o para hacer posible su colonización con personas no indígenas –preferentemente de origen europeo–, constituyó otro de los mecanismos de usurpación de sus tierras. Luego de estos procesos, legislaciones y políticas proteccionistas fueron impulsadas en algunos países reservando algunos espacios territoriales a sus antiguos habitantes. Es el caso de las leyes que reconocieron los resguardos o tierras comunales indígenas en Colombia a contar de 1850 y hasta 1890, y de aquellas dictadas en Chile a entre 1860 y 1880 dando origen al proceso de radicación de los *mapuche* en "reducciones" (Aylwin 2002).

A lo largo del siglo XX se emprenderían en distintos países de la región programas de reforma agraria tendientes a enfrentar el problema de la concentración de la propiedad de las tierras rurales en pocas manos y lograr su más justa distribución. Se trata de reformas que, bajo el lema "la tierra para quien la trabaja", estaban destinadas a posibilitar el acceso de campesinos pobres a la tierra. Siguiendo el ejemplo de México en que desde la década del 10, se restituyó a los indígenas, a través de la figura de las comunidades, tierras de las que habían sido despojados, o se les dotó de tierras mediante la figura del ejido, parte importante de los países de América del Sur impulsaron, a contar de la década de los 60 en el contexto de las políticas propiciadas por Estados Unidos en el marco de la Alianza para el Progreso, con distintos énfasis y con diversos resultados, reformas que buscaban una distribución más justa de la propiedad agraria. Si bien en países como Bolivia, Perú y Chile los indígenas resultarían beneficiados con dichas reformas, accediendo a tierras de las que antes habían sido despojados, lo hicieron en su calidad de campesinos pobres y no de indígenas. Como regla general, no se consideraba la especificidad cultural indígena en la implementación de estos programas. Tampoco se reconoció a través de ellas el carácter comunal que la tierra tiene para los indígenas al dotárseles, en muchas ocasiones, en forma de parcelas individuales y no como tierras colectivas[6].

En el caso de Brasil, donde los procesos de reforma agraria impulsados desde los 60 no estuvieron orientados hacia la población indígena, sino hacia campesinos sin tierra, los indígenas serían tutelados desde 1910 por el Servicio de Protección a los Indios, otorgándose también amparo legal a sus tierras. Dichas tierras, sin embargo, serían consideradas como *devolutas* (vacantes) resultando en su apropiación por no indígenas. Para mediados de siglo, muchas de sus tierras ancestrales en el nordeste y el sur estaban controladas por no indígenas, siendo los indígenas incorporados a las haciendas como trabajadores rurales. Con la instauración de la dictadura militar en 1964, se impulsaron programas geopolíticos que resultaron en la ocupación de las regiones más apartadas de Brasil, como la Amazonía, y la invasión de las tierras ancestrales de pueblos indígenas, provocando la muerte y el desplazamiento de miles de sus integrantes (Heck y Prezia 1999).

A contar de mediados de la década de 1940, y bajo la influencia del Gobierno de México, las políticas asimilacionistas hasta entonces impulsadas por los gobiernos de la región en relación con los indígenas fueron sustituidas por otras de carácter indigenista. El indigenismo reconoció y denunció la situación de pobreza y opresión en que se encontraba. No obstante, consideró a la población indígena como un obstáculo tanto para la integración y la unidad nacional de los países de la región como para su progreso y desarrollo. En lo fundamental, el indigenismo postulaba la integración de los indígenas a las sociedades nacionales. Sin embargo, en teoría, al menos, sus tierras, lenguas y costumbres debían ser protegidas por los Estados a través de legislaciones e instituciones indigenistas.

6 Cabe señalar además, que las reformas agrarias no fueron aplicadas a los indígenas de las denominadas tierras bajas, tales como las de la Amazonía, ya que las tierras fueron concedidas fundamentalmente con fines agrícolas.

Su desarrollo económico debía fomentarse a través del impulso de políticas especiales de apoyo al indígena.

La efectividad de las políticas indigenistas para conseguir los objetivos que se habían propuesto es hoy cuestionada no solo por diversos analistas (Bengoa 2000; Del Val 1996), sino también por los propios indígenas. Demostración de lo anterior es que la población indígena se ubica hoy, por regla general, entre los sectores más pobres de los países en que habitan. Sus niveles de pobreza son muy superiores a los de la población no indígena. Entre los factores que resultan determinantes en la situación de pobreza en que hoy viven los indígenas en la región se encuentra la pérdida progresiva de sus tierras ancestrales, el quiebre de sus economías comunitarias tradicionales, y el desplazamiento y migración que estos fenómenos han provocado desde el campo hacia los centros urbanos. La discriminación de la que son objeto los indígenas por parte de los sectores no indígenas y los problemas de inserción laboral que encuentran en dichos centros son también factores gravitantes de la pobreza indígena (Bello y Rangel, CEPAL, 2000; CEPAL 2006).

2. Los movimientos indígenas

2.1. EMERGENCIA Y DEMANDAS

Un conjunto de factores explica la emergencia, a contar de la década del 70, de movimientos indígenas en casi todos los países de la región. Entre ellos se cuentan las frustraciones provocadas por las reformas agrarias y políticas indigenistas impulsadas por los gobiernos; las amenazas que para su subsistencia significaron proyectos de inversión, tales como iniciativas mineras y forestales, carreteras, represas hidroeléctricas, etc. llevadas a cabo por los Estados o por particulares en sus territorios ancestrales; la marginación política y económica de la que siguieron siendo objeto al interior de los Estados, y su creciente vinculación con movimientos indígenas emergentes en otras partes del mundo, así como con entidades de cooperación internacional, organismos no gubernamentales y de derechos humanos.

Gradualmente dichos movimientos se fueron convirtiendo en actores políticos relevantes, cada vez más visibles en las arenas políticas de América Latina en general. A ello contribuyeron también los procesos de democratización política experimentados en diversos países de la región en las dos últimas décadas, así como la conmemoración del llamado "quinto centenario" de la llegada de Colón a tierras americanas, lo que fortaleció la organización de los indígenas, que se manifestó, entre otros hechos, en reuniones continentales, levantamientos, marchas, etc. (Assies, en Assies et al. eds. 1999).

Como consecuencia de estos fenómenos, en las últimas décadas han proliferado, en la mayor parte de los países de la región, organizaciones indígenas con una representación que va desde lo local hasta lo supranacional, pasando obviamente por el nivel nacional. En efecto, a partir de conflictos y luchas locales, los pueblos indígenas se han organizado en comunidades, generalmente de base territorial, a través de las cuales han canalizado sus demandas y desarrollado estrategias de acción frente a las autoridades. Con el tiempo, muchas de estas organizaciones se integraron a federaciones indígenas de mayor alcance, sean estas de carácter regional, provincial o estatal. Tales instancias, a su vez, dieron vida a otras organizaciones mayores de carácter nacional que las representaron frente a los Estados e instancias internacionales como la ONU y la OEA. Ejemplo de ello son la constitución de la Organización de Nacionalidades Indígenas de Colombia (ONIC), en 1982; de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), en 1986; la creación, en el mismo periodo, de la Unión de Nacionalidades Indígenas (UNI) de Brasil, y de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB)[7]. A través de dichas organizaciones de nivel estatal, los pueblos indígenas se han convertido en actores de primer orden al interior de los Estados, poniendo término a su marginación de la vida política característica del pasado.

Cabe destacar, por último, la existencia de organizaciones indígenas supraestatales que han emergido en la región en las últimas décadas, posibilitando la representación de los pueblos indígenas en instancias internacionales de discusión de derechos indígenas (ONU, OIT, etc.) y apoyando la organización y luchas indígenas en distintos contextos geográficos. Es el caso del Consejo Indio de Sud América (CISA), entidad que surgió a comienzos de los 80 al alero del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas que, con su postura indianista, ejerció gran influencia en los procesos de organización política y social del mundo indígena, en especial en los países andinos. Más tarde, en el contexto de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río, de 1992, se crea la Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), entidad que agrupa a organizaciones indígenas de diversos países del área amazónica. Dicha

7 Entidad creada inicialmente en 1982 agrupando a los pueblos indígenas del oriente boliviano.

organización ha jugado un rol relevante en la definición de una estrategia de acción común de los pueblos indígenas del área frente a los procesos de expansión de los Estados e intereses privados hacia la Amazonía, logrando que los gobiernos escuchen su voz en materias que atañen a la demarcación de sus territorios y la defensa de sus comunidades y el medio ambiente. A ellos se agrega el Parlamento de la Nación *aymara*, instancia creada en los años 90 con participación de antiguos integrantes del CISA (Aylwin 2004)[8]. En años recientes (2006) se conformó en los países andinos la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, que agrupa a organizaciones representativas de pueblos indígenas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile, la que ha jugado un importante papel en la defensa de los intereses indígenas frente a los impactos de la globalización económica en sus territorios.

Si bien es efectivo que en el surgimiento inicial de varias de estas organizaciones indígenas, los movimientos sociales y políticos no indígenas, en especial los partidos políticos y las iglesias[9], jugaron un rol fundamental, no es menos cierto que en los últimos años dichos movimientos han reforzando su autonomía, estableciendo alianzas estratégicas con distintos sectores de la ciudadanía y sectores políticos, como los que posibilitaron la elección de Evo Morales como presidente de Bolivia el 2005, y su reelección para un nuevo periodo presidencial el 2010.

A lo largo de las últimas décadas, dichos movimientos han ido levantando un conjunto de demandas que han dirigido hacia los Estados en los que habitan. Entre estas se identifican las que apuntan a poner término a las situaciones de discriminación económica, social, cultural y política de la que los indígenas son objeto en la totalidad de los Estados del continente. Sin embargo, el mayor énfasis de los movimientos indígenas ha estado centrado en aquellas demandas de carácter colectivo, que apuntan a la introducción de modificaciones jurídicas y políticas que permitan enfrentar los problemas estructurales que afectan a sus pueblos en su relación con los Estados y las sociedades no indígenas y que no les permiten desarrollarse como pueblos. Stavenhagen (2000) identificaba como las demandas más gravitantes de los pueblos indígenas aquellas referidas al reconocimiento por los Estados del derecho a la autodefinición y a un estatus legal; al derecho a la tierra y al territorio; al derecho a la identidad cultural, así como a la organización social y costumbre jurídica y a la participación política. CEPAL (2006) distingue la existencia de tres grandes tipos de demandas indígenas dependiendo de la situación demográfica en que estos pueblos se encuentran al interior de los Estados que habitan. De acuerdo con CEPAL en el caso de los pueblos que constituyen minorías demográficas en sus países, estos demandan regímenes de autonomía para proteger sus territorios frente al asedio de los intereses económicos. En el caso de los pueblos que constituyen mayorías demográficas, ellos demandan la trasformación del Estado y el establecimiento de regímenes democráticos plurales. Otra realidad es la de los pequeños pueblos en aislamiento voluntario, los que luchan por mantener su supervivencia física frente a la expansión de proyectos de inversión.

El énfasis de las luchas indígenas en los últimos años, sin embargo, como veremos más adelante, se ha centrado en las demandas por derechos territoriales y políticos, en particular por la autonomía y la libre determinación. Ambas exigencias se encuentran estrechamente relacionadas. Así, las demandas por la protección jurídica de la tierra, el territorio y los recursos naturales que hay en ellas, van generalmente aparejadas con aquellas vinculadas al logro de una mayor participación (cogestión) y/o control (autogestión, autonomía) en los procesos económicos, jurídicos y políticos al interior de los espacios territoriales en que habitan los indígenas, así como con la introducción de reformas al Estado para hacer posible estas aspiraciones (Assies 1999; Aparicio ed. 2011).

3. Antecedentes del reconocimiento jurídico de los derechos de pueblos indígenas en América Latina

Los procesos organizativos y las movilizaciones de los pueblos indígenas en reclamación por sus derechos han tenido como consecuencia la reforma gradual de los ordenamientos jurídicos y políticos de los Estados de América, ordenamientos que les han dado un progresivo reconocimiento a ellos y a sus derechos en las últimas décadas. La acción colectiva de los pueblos indígenas habría posibilitado lo que algunos autores han denominado la "reforma del Estado" en América Latina (Assies, en Assies et al. eds. 1999).

---

8 Más que una instancia de representación permanente de los *aymara*, es un foro que se ha reunido en varias ocasiones con participación de dirigentes *aymara* de Chile, Bolivia y Perú, concentrándose en temas de conservación de la cuenca interna del altiplano.

9 De gran influencia fueron en el pasado los partidos de izquierda y la Iglesia católica, los que apoyaron a las organizaciones campesinas y sindicales en el contexto de los procesos de reforma agraria, organizaciones de las cuales emergerían muchas de las actuales organizaciones indígenas.

Es así como los llamados "Estados nacionales" conformados hace doscientos años en la región, los que negaban la diversidad etnocultural hasta entonces existente, se van progresivamente repensando para pasar a identificarse en las últimas décadas como Estados multiculturales y pluriétnicos y, más recientemente, al menos en el caso de Bolivia y Ecuador, como Estados plurinacionales e interculturales, poniendo con ello término a la ficción del Estado uninacional. Como consecuencia de las transformaciones introducidas en la región en relación con los pueblos indígenas, en varios Estados se comienza a dar lugar a nuevas formas de ciudadanía, la que deja de entenderse como una de carácter liberal basada en el ejercicio de derechos individuales y pasa a ser una ciudadanía diferenciada que permite grados crecientes de ejercicio de derechos colectivos, entre ellos los derechos sobre la tierra y el territorio, la autonomía como expresión del derecho de libre determinación y los derechos de representación especial y participación política (Bello 2004). Analizaremos a continuación los ciclos de esta transformación y reconocimientos.

3.1. LOS PRIMEROS CICLOS DEL RECONOCIMIENTO

El proceso de reformas jurídico-políticas de los Estados de la región en relación con los pueblos indígenas ha sido gradual. Raquel Yrigoyen (2009) reconoce la existencia de tres ciclos a través de los cuales estas se han ido materializando. Así, un primer momento se desarrolla durante la década del 80, antecediendo la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Las reformas impulsadas en esta etapa en Guatemala (1985), en Nicaragua (1987) y en Brasil (1988), si bien centradas en el reconocimiento y protección de la plurietnicidad y del derecho a la identidad cultural –tanto individual como colectiva–, establecen derechos específicos para estos pueblos sobre la tierra y algunas formas de autonomía.

Se trata de reformas que encuentran su explicación en los particulares contextos políticos en que algunos de estos Estados vivían, tales como el término de la guerra civil en el caso de Guatemala, los conflictos de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, en particular de los *miskito*, con la Revolución sandinista entonces impulsada en ese país, o las luchas de pueblos indígenas y organizaciones ambientales por la protección de la Amazonía en el caso de Brasil. De especial interés es el caso de Nicaragua que, junto con reconocer las formas comunales de propiedad de la tierra, estableció para las comunidades de la Costa Atlántica un régimen de autonomías, el primero constitucionalmente establecido en la región. También resulta interesante el caso de Brasil, cuya Constitución Federal, como veremos más adelante, reconoció el derecho originario de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como el usufructo exclusivo sobre los recursos naturales que hay en ellas.

Un segundo ciclo de reformas se desarrolló en la década de los 90, luego de la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT. Tales reformas constitucionales, impulsadas en el contexto de gobiernos de sesgo liberal, enfatizaron la naturaleza multicultural o pluricultural de los Estados (Colombia, 1991; México, 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998)[10].

Como parte de este ciclo, numerosos Estados introdujeron reformas constitucionales en que, en general, reconocieron a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía; de derechos territoriales relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales, y de derechos de carácter lingüístico y cultural.

En el marco de estas reformas, la existencia de los indígenas como pueblos diferenciados fue reconocida por las constituciones de Argentina (1994), Bolivia (1994), Colombia (1991), Ecuador (1994, 1998), México (1992 y 2001), Paraguay (1992) y Venezuela (1999). El derecho propio o consuetudinario, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de los sistemas de justicia indígena, fue reconocido por los mismos Estados (México, Ecuador, Colombia y Perú). Derechos de representación política especial indígena fueron establecidos en Colombia (1991) y Venezuela (1999).

Los derechos a la tierra y/o a los territorios indígenas fueron recogidos en varias constituciones. Así, Argentina (1994) reconoció en su Constitución a los pueblos indígenas derechos de propiedad y posesión comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente habían ocupado. Bolivia, Colombia y Ecuador reconocieron en sus textos derechos a la demarcación, saneamiento y titulación sobre sus territorios comunitarios, estableciendo su protección como inalienables y/o indivisibles, así como también los derechos de usufructo sobre los recursos naturales existentes en ellos. La protección y la participación de las comunidades indígenas frente a la explotación de recursos

---

10 Ello determina que este ciclo haya sido denominado el del constitucionalismo multicultural liberal (Aparicio 2011).

naturales en territorios indígenas fueron establecidas en la Constitución de Colombia. Igualmente, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas fueron establecidos en Colombia (1991) –a través de las figuras de los resguardos y de las entidades territoriales indígenas– y en México (2001) –a través de la elección por medio de sus normas de autoridades para el gobierno interno–, como lo habían sido por Nicaragua en 1987.

3.2. POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS A LOS DERECHOS TERRITORIALES Y AL DERECHO DE CONSULTA

Diversas iniciativas, con variada efectividad, han sido impulsadas por los Estados a objeto de materializar los derechos reconocidos a pueblos indígenas a través de estas constituciones. Dos han sido los ejes centrales de las políticas públicas desarrolladas en esta perspectiva: los derechos que los pueblos indígenas reclaman sobre sus tierras y territorios, y el derecho de consulta de los pueblos indígenas frente a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, en particular frente a proyectos de inversión.

En el primer ámbito algunos Estados han logrado avances significativos en los procesos de identificación, demarcación, saneamiento y/o titulación de tierras y/o territorios de ocupación ancestral de los pueblos indígenas. A los casos de Bolivia, Brasil y Colombia que analizaremos en profundidad en este artículo, cabe agregar, entre otros, los de Nicaragua y Venezuela.

En efecto, en Nicaragua, la sentencia de la Corte IDH en el caso de la comunidad de *Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001 tuvo importantes repercusiones en materia de derechos territoriales indígenas. Fue así como luego de la aprobación de la Ley sobre el Régimen de Propiedad Comunal para pueblos indígenas y comunidades étnicas en la Costa Atlántica (Ley N° 445 de diciembre de 2002), se puso en marcha, con apoyo internacional[11], un proceso para la demarcación y titulación de territorios indígenas. Al 2010 se habían aprobado y entregado títulos de 16 de los 23 territorios indígenas y afrodescendientes con una superficie aproximada de 22 500 kilómetros cuadrados, correspondientes a 214 comunidades con 103 790 integrantes, lo que representa el 70% de los territorios por estos reclamados en la costa Atlántica (Alfred-Cunningham 2011). Este proceso incluyó la demarcación de la propiedad de la comunidad *Mayagna* de Awas Tingni, espacio territorial que en diciembre de 2008 quedó finalmente, luego de larga espera, registrado legalmente a nombre de la comunidad.

En el caso de Venezuela, de acuerdo a información oficial, entre 2005 y 2008 se otorgaron 36 títulos de propiedad colectiva a comunidades por un total de 950 000 hectáreas en diferentes Estados. El proceso de demarcación, que fue realizado por la Comisión Nacional de Demarcación conforme a las disposiciones legales que reconocen a los pueblos indígenas "su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", sigue siendo, de acuerdo con la información disponible, insuficiente en relación con las necesidades de los pueblos indígenas. Tomando en consideración que en Venezuela existen 36 pueblos indígenas y más de 2 000 comunidades (2 295) se estima que la culminación de la demarcación tomará entre 10 a 15 años (IWGIA 2009)[12].

En materia del derecho de consulta previa, en varios Estados de la región se han establecido, a través de legislación y reglamentación, procedimientos para hacer efectivo este deber estatal frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (artículo 6.1 del Convenio N° 169). Dicha normativa, sin embargo, no parece haberse adecuado en muchos casos al alcance y sentido que la OIT ha dado a este derecho.

Así, Ecuador y Perú tienen un marco jurídico avanzado en este ámbito, pero por diversas razones, estos no han tenido aplicación plena en la práctica a la fecha. En el primer caso la CP de 2008 reconoce a los pueblos indígenas derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, y a la participación en los beneficios de su explotación (art. 57). La Corte Constitucional de Ecuador dispuso en una sentencia (001-10-SIN-CC) de marzo de 2010 ante una acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) frente a la aprobación de la Ley de Minería de 2009, que la Asamblea Nacional tiene obligación de implementar una consulta prelegislativa dirigida a los pueblos y nacionalidades indígenas antes de la adopción de medidas legislativas que pueden afectar sus derechos. La Corte dispuso además que el Estado tenía el deber de desarrollar una consulta antes del otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales que les afecten, y que en tanto la Asamblea Nacional no dictase la ley

---

11 La demarcación y titulación de tierras fue financiada por un proyecto del Banco Mundial.

12 Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas de N° 37.118 de 2001.

correspondiente, tales consultas debían desarrollarse conforme a las reglas que ella establezca.

Aun cuando tal legislación no ha sido dictada, el Gobierno de Ecuador informó al relator especial de derechos indígenas de la ONU (RE) James Anaya de diversas medidas adoptadas o en adopción para aplicar el derecho de consulta en casos de proyectos en evaluación. Tales mecanismos incluyen la aplicación de actual reglamentación existente en la Ley de Minería sobre información, participación y consulta frente a daños ambientales; el trabajo del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables para el desarrollo de modelos de relación entre empresas mineras y petroleras y comunidades indígenas en que se encuentren proyectos de inversión, y la aplicación de los reglamentos existentes bajo la Ley de Hidrocarburos, los que permiten que las comunidades se beneficien de la renta petrolera y sus derechos sean respetados. A ello se agrega el trabajo conjunto del Ministerio de Justicia y derechos Humanos y la Secretaría de Pueblos Indígenas para elaborar un mecanismo específico de consulta previa a las comunidades en relación con proyectos de desarrollo (Anaya, Ecuador, 2010).

La falta de implementación de este derecho en el caso de Ecuador se debería a, entre otros factores, la ausencia de un desarrollo legislativo que establezca procedimientos claros para la realización de las consultas y a la inexistencia de una institucionalidad estatal adecuada, así como de presupuestos destinados para estos efectos. A ello se agrega una creciente conflictividad y enfrentamiento entre los pueblos indígenas y el Estado como consecuencia de los intentos de este último de imponer iniciativas que afectan directamente a las comunidades indígenas, y que siguen sin serles consultadas. Ejemplo de ello son la aprobación de una ley de aguas y el otorgamiento de concesiones a empresas mineras, iniciativas que han generado paros, bloqueos y levantamientos indígenas (Due Process of Law Foundation 2011), y represión por parte del Estado ecuatoriano.

En el caso de Perú, luego de años en que este derecho no tuvo una regulación adecuada, caracterizada por una normativa legal y reglamentaria dispersa e inadecuada, y limitada a algunas actividades, como la minería, en que la consulta previa dio origen a procesos meramente informativos, en mayo de 2010 fue promulgada una ley marco sobre la consulta previa a los pueblos indígenas. Dicha ley estableció los medios para hacer efectiva la participación indígena en los procesos de consulta, la que se canalizaría a través de sus instituciones y organizaciones representativas elegidas de acuerdo a sus costumbres.

De acuerdo a la ley, los puntos de vista de los pueblos indígenas expresados en una consulta no tendrían carácter legalmente vinculante dado que la decisión final sobre la aprobación recae sobre la entidad estatal correspondiente. Sin embargo, la misma sostenía que la finalidad de la consulta era "alcanzar un acuerdo o consentimiento" entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Esta ley, sin embargo, fue objetada por el presidente Alan García quien reparó distintos aspectos de la misma, en particular la disposición referida al acuerdo o consentimiento sobre la medida consultada, estableciendo que en última instancia la decisión sobre estas medidas corresponderá a la autoridad estatal.

Ello motivó una nueva discusión de la ley por el Congreso peruano, el que finalmente aprobó en agosto de 2011 un texto sustitutivo[13]. La ley aprobada por la unanimidad del pleno establece que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos originarios frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten directamente "a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y de adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (art. 3). Entre los principios que rigen la consulta se identifican interculturalidad, oportunidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción, información oportuna (art. 4). Los acuerdos logrados a través de la consulta son exigibles, en caso de incumplimiento, en vía administrativa y judicial. La ley dispone que el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas como resultado del proceso de consulta es de carácter obligatorio para ambas partes. La misma ley agrega que "en caso no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos" (art. 15).

La ley peruana sobre consulta indígena ha sido valorada por diversos actores, incluyendo los pueblos indígenas de Perú. Ello en razón de que constituye la primera ley en la región en regular este derecho en forma amplia para todas las medidas administrativas y legislativas que afecten los derechos colectivos de estos pueblos, y por establecer nítidamente, en consistencia con la interpretación de la OIT, que la

---

13 Texto sustitutorio de los proyectos de ley N° 6-2011/CR,29-2011/CR.47-2011/CR 49-2011/ y Cr 89-2011 relativos a Ley de Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

finalidad de la consulta es alcanzar el acuerdo o consentimiento entre los pueblos indígenas y el Estado. En abril de 2012, por medio del Decreto Supremo 001-2012-MC, del Ministerio de Cultura, entró en vigencia el reglamento de la ley de consulta, el cual debería ser aplicado a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha. Cabe señalar que el reglamento de la consulta no tiene necesariamente un efecto vinculante, salvo en aquellos aspectos sobre los cuales exista acuerdo entre las partes[14].

3.3. LA BRECHA DE IMPLEMENTACIÓN Y LAS FRUSTRACIONES DE LAS REFORMAS

Las expectativas que estas reformas generaron en los pueblos indígenas, sin embargo, se vieron frustradas. Ello en gran medida debido a las contradicciones existentes entre las políticas impulsadas en los 90 por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través de la región y acogidas por los Estados en el contexto del consenso de Washington, una política que, entre otros aspectos, promovió la apertura de los mercados a la inversión extranjera y la privatización de los servicios sociales básicos –agua, electricidad, salud– y que amenazó abiertamente los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, en particular aquellos referidos al control de sus tierras y recursos, los que fueron objeto de procesos de apropiación por capitales privados nacionales y extranjeros.

Como algunos analistas han señalado (Hale, Díaz Polanco y Burguette en Leyva et al. 2008) el constitucionalismo de sello multicultural de los 90, si bien brindó un reconocimiento formal a los pueblos indígenas marginados, legitimó un modelo económico social, sin introducir cambios sustanciales a la estructura uninacional, mono cultural y hegemónica de los Estados. Fue durante ese periodo que se generó lo que el entonces relator especial de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2006), identificó como la "brecha de implementación". Dicha brecha se evidenció, entre otros aspectos, en la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigente, la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente y la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos.

Como era esperable, los pueblos indígenas reaccionaron ante una realidad que no logró alterar el despojo de sus tierras y recursos y su marginación de las instancias de adopción de decisiones políticas y económicas más relevantes. Tales reacciones incluyeron desde los procesos de movilización, resistencia y/o desobediencia civil indígena, como los desarrollados por los pueblos indígenas de Chiapas y en el caso de los *mapuche* en Chile, hasta las estrategias de participación política al interior de los Estados, como las verificadas en diversos estados de México, como Oaxaca, y en los países andinos (Perú, Bolivia y Ecuador) donde la demografía indígena es relevante. Tales estrategias indígenas incluyeron tanto el espacio de la política local o municipal, así como también el espacio de la política estatal. Los ejemplos más relevantes de este tipo de participación han sido, sin duda, los de Bolivia y Ecuador[15].

---

14 Algunas observaciones de expertos y organizaciones indígenas respecto del reglamento apuntan críticamente a que, entre otros aspectos, el Estado se liberará del deber de consultar con los pueblos indígenas antes de otorgar concesiones mineras (sino solo las fases de exploración y explotación), producto de lo cual no se adecuaría satisfactoriamente al estándar internacional. Se observa además que tampoco será el Estado el que consulte a los pueblos indígenas cuando sea necesario que cedan derechos sobre su territorio, sino que lo harán las empresas concesionarias directamente. Tampoco se ha incluido el requisito del consentimiento previo de los pueblos indígenas para que el Estado otorgue en concesión megaproyectos con impacto significativo en sus condiciones de vida, tal como exige la jurisprudencia de la CIDH (Comunicación de la Asociación Pro Derechos Humanos APRODEH del Perú, junio 2012).

15 En el primer caso (Bolivia), los pueblos indígenas fueron gravitantes en las luchas por el agua de Cochabamba a inicios de la década del 2000, en las protestas que derivaron años más tarde en la salida del presidente Sánchez de Losada, y en la conformación del MAS (Movimiento al Socialismo) liderado por Evo Morales, quien el 2005 fuera electo como presidente de Bolivia, siendo posteriormente reelecto, también con apoyo de los pueblos indígenas, el 2010. En el segundo caso (Ecuador), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, y su brazo político, *Pachakutik*, se convirtieron en actores claves de la política de ese país, participando en procesos eleccionarios a través de los cuales obtuvieron importante representación parlamentaria, así como de la conformación de gobiernos, aunque fueran de corta duración, como el de Lucio Gutiérrez y, posteriormente el 2007, dando su apoyo a la elección de Correa como presidente de Ecuador. En años recientes, sin embargo, el movimiento indígena de Ecuador se ha distanciado del Gobierno de Correa, dado el apoyo gubernamental a la inversión productiva y extractiva en sus territorios.

3.4. TERCER CICLO DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS: DE LA MULTICULTURALIDAD A LA PLURINACIONALIDAD E INTERCULTURALIDAD

No es casualidad que haya sido precisamente en estos dos últimos contextos donde se haya avanzado hacia lo que Yrigoyen reconoce como el tercer ciclo de reformas del Estado y de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas en la región. El apoyo indígena fue central en los procesos que llevaron a la aprobación de las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), países andinos donde la demografía indígena es significativa, alcanzando al 35% del total en el primer caso y a entre el 60 y 80% de la población total en el segundo.

Aunque diferentes en muchos aspectos, ambas constituciones tienen en común el haber emanado de asambleas constituyentes electas por voto popular, con la participación activa de los pueblos y nacionalidades indígenas, y luego ratificadas mediante referéndum. También común a ambas es el hecho de que reconocen que un Estado unitario no es incompatible con la existencia de una pluralidad de naciones ni con el reconocimiento de sus derechos colectivos, incluyendo entre ellos los de libre determinación y autonomía[16].

En cuanto a los derechos que en ellas se reconocen a los pueblos indígenas, ambas cartas están claramente marcadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI) de 2007, la que fue aprobada por la Asamblea general con el voto favorable de ambos Estados. La Constitución Política (CP) de Ecuador reconoce un conjunto de derechos colectivos de pueblos indígenas que incluyen entre otros el derecho a la identidad y tradiciones; el derecho a las propias formas de organización social; a mantener, proteger y desarrollar conocimientos colectivos, ciencias, tecnologías, recursos genéticos; a participar mediante representantes en organismos públicos, y a ser consultados frente a medidas legislativas, todo ello conforme a la CP y los tratados internacionales y sin discriminación alguna. En materia de derechos territoriales dicha CP incluye como tales el derecho a conservar la propiedad de sus tierras comunitarias, "a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita", "a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables", derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, y a la participación en los beneficios de su explotación (art. 57).

También relevante es el reconocimiento de las formas de autoridad indígena al interior de sus territorios legales o de propiedad ancestral (art. 57.9) y del derecho de los pueblos indígenas a conformar circunscripciones territoriales para la preservación de sus culturas (art. 60). Por otra parte, la CP reconoce los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos con base en sus tradiciones ancestrales y en su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (art. 171).

La Constitución Política (CP) de Bolivia, como veremos más adelante en detalle, incluye un amplio catálogo de derechos políticos, territoriales y culturales de los pueblos indígenas inspirados en la Declaración de la ONU sobre la materia. Entre estos derechos incluye "el dominio ancestral de sus territorios", y el derecho que estos tienen a la libre determinación (art. 2). Igualmente en su artículo 30 reconoce derechos a la gestión territorial autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de recursos naturales renovables. También reconoce la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. A ello agrega derechos de la "autonomía indígena originaria campesina", reconociendo, como también se detallará más adelante, que estas pueden ser constituidas por territorios, municipios y regiones territoriales, todas ellas indígenas, originarias o campesinas (arts. 290-292). Además, se suman las disposiciones que ambas cartas consideran para hacer efectiva la plurinacionalidad[17] y la interculturalidad[18] a las que

16 Así, en su nueva Constitución Ecuador se define como "un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, intercultural, plurinacional y laico" (art. 1). La misma Constitución reconoce que la unidad nacional está cimentada en la diversidad (art 3). Similarmente, Bolivia se define como un "Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías" (art. 1).

17 La plurinacionalidad en el caso de la CP de Bolivia se ve reflejada, entre otros aspectos, en la conformación de una Asamblea Legislativa Plurinacional compuesta por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores garantizando la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originarios y campesinos (art. 147); la creación de un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición, con representación de diferentes pueblos y naciones (art. 178), y la existencia de una jurisdicción indígena originaria campesina ejercida por sus propias autoridades (art. 179).

18 En relación con la interculturalidad, la CP de Ecuador establece el deber del Estado de promover el buen vivir como legado cultural de los pueblos

apuestan. Una expresión del reconocimiento de la interculturalidad es la consideración que hace la CP de Ecuador a los derechos de la naturaleza. Rompiendo con el paradigma predominante de que solo los individuos o los grupos pueden ser sujetos de derechos, la constitución afirma que "la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" (art. 71), estableciéndose el derecho de toda persona, comunidad o pueblo de exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza[19].

Como sabemos, sin embargo, la realidad es siempre más compleja que los enunciados de una constitución. Así, los conflictos interétnicos siguen afectando a los pueblos indígenas, incluso en el caso de Ecuador y Bolivia después de la aprobación de las nuevas cartas fundamentales antes referidas[20]. A pesar de ello no cabe duda de que

indígenas (*samak kawsay* en *quechua*) (preámbulo), el que refleja la internalización del *ethos* indígena en la matriz del estado. En el caso de Bolivia, la CP dispone que el Estado "asume y protege como principios ético-morales de la sociedad plural" los conceptos indígenas (*quechua* y guaraní entre otros) de *"ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) (art. 8).

19 Como señala el jurista argentino Raúl Zaffaroni, tal reconocimiento viene a establecer un nuevo paradigma en que la tierra asume la condición de persona, teniendo ello como efecto el que cualquiera puede reclamar sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente para hacerlo. Se trata, según señala Zaffaroni, de una contribución de las culturas andinas al constitucionalismo moderno y en general a la humanidad (Zaffaroni 2009).

20 A poco de entrar en vigencia estas constituciones, los pueblos indígenas se han manifestado en protesta por la falta de implementación de políticas públicas para hacer efectivos los derechos que en ellas se les reconoce, o frente a la dictación de legislación que los vulnera. En el caso de Ecuador, en octubre de 2009 un indígena fue muerto por la policía en el contexto de movilizaciones convocadas por las organizaciones indígenas en contra de la legislación sobre aguas y minería afectando sus derechos impulsadas por el presidente Correa. En el caso de Bolivia, los problemas de la implementación de la CP se han evidenciado de manera nítida en el caso del conflicto generado el 2011 por el plan para construir una carretera a través del territorio indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), conflicto al que nos referiremos más adelante en esta sección. Ello da cuenta de que las constituciones, por si solas, no garantizan, sino van acompañadas de procesos de participación y movilización indígena, la exigibilidad de los derechos que en ellas se establecen. También evidencia

en ellas se introducen reformas profundas a la concepción clásica de los Estados para dar cuenta de su diversidad. Aún más, se establecen nuevos paradigmas que han dado lugar a lo que algunos analistas han llamado un "nuevo constitucionalismo" de creación propia, "de reivindicación del poder del pueblo, del principio democrático, que está ofreciendo a la humanidad, desde nuestro punto de vista, un aporte que será histórico, que es una nueva forma de relación entre el Estado y la sociedad, entre la sociedad y su constitución" (Martínez 2008).

4. Directrices internacionales de derechos humanos y sus implicancias para los pueblos indígenas en América Latina

Las implicancias del derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina abordado en los dos capítulos anteriores, han sido significativas. En ello ha incidido, en primer término, el importante número de Estados de América Latina que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT –15 del total de 22 a nivel global–. A ello se agrega la adhesión, que al menos en el plano formal, han hecho los Estados de la región a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI)[21]. A la protección de estos derechos en la región ha contribuido de manera fundamental la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) frente a las denuncias que los pueblos indígenas han presentado por la violación de derechos humanos amparados en las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención)[22]. Los derechos de pueblos indígenas se han visto, además, reforzados por la incorporación de los derechos humanos de instrumentos internacionales referidos a ellos en los ordenamientos jurídicos internos de los

que la interculturalidad y la plurinacionalidad, así como el derecho a la libre determinación, deben ser consideradas como propuestas por construir.

21 Colombia se abstuvo de dar su aprobación a esta Declaración en la votación de la Asamblea general de la ONU el 2007. El 2009, sin embargo, adhirió a ella.

22 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cuenta con un instrumento específico referido a los pueblos indígenas y sus derechos. Un proyecto de Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas se debate en el seno de la Comisión Interamericana desde mediados de los 90, pero aún no ha sido aprobado.

Estados, así como su recepción por la jurisprudencia de los tribunales de justicia y/o de las instancias de control constitucional.

4.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De especial relevancia para los pueblos indígenas de la región ha sido en este sentido la innovadora jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos que han sido sometidos a su conocimiento frente a la violación de sus derechos por los Estados. A través de esta jurisprudencia dicha Corte ha otorgado creciente protección jurídica no solo a sus derechos civiles y políticos, sino también de los derechos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales.

Así, la Corte IDH ha reconocido la dimensión colectiva del derecho a la vida y a la integridad personal de los pueblos indígenas (art. I Declaración; arts. 4 y 5 de la Convención) en relación con el derecho a la cultura (arts. III y XIII de la Declaración; arts. 12 y 26 de la Convención). En efecto, en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004) motivado por la muerte ocurrida en 1982 de al menos 88 personas de origen maya en el contexto de la guerra civil vivida en ese país, la Corte IDH tomó en cuenta las dimensiones colectivas de las violaciones a estos derechos que apuntaron no solo en la perspectiva del exterminio de personas, sino también del exterminio de pueblos y culturas. La sentencia de la misma Corte sobre reparaciones ordenó medidas para resarcir a los familiares directos de las víctimas, así como otras orientadas a la comunidad Plan de Sánchez en su conjunto por el sufrimiento y por los daños cometidos en contra de la supervivencia de su lengua y cultura. Igualmente, la dimensión colectiva de la violación a los mismos derechos en el caso *Comunidad Moiwan vs. Surinam* (2006) originado en el asesinato de 40 personas del pueblo *n´djuka* por la fuerzas armadas de ese país, llevó a la Corte a ordenar reparaciones que iban más allá de las familias directas de las víctimas, incluyendo actos de resarcimiento simbólico y el reconocimiento de los títulos propietarios de la comunidad.

El derecho a la participación política (art. XX de la Declaración; art. 23 de la Convención) de los pueblos indígenas también ha sido reconocido por la Corte IDH en un fallo sin precedentes, como el dictado por la Corte en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (2005). En dicho fallo la Corte dispuso que Nicaragua no adoptó medidas para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos de Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de ese país, ya que se vieron afectados por una discriminación legal que impidió su participación, en condiciones de igualdad, en las elecciones municipales de noviembre de 2000. Dada la violación en este caso del derecho de participación política, en relación con el artículo 1.1 (respeto de derechos sin discriminación alguna); 2 (deber de adoptar disposiciones en el derecho interno), y 24 (Igualdad ante la ley) de la Convención, la Corte dispuso que el Estado de Nicaragua debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de los indígenas a participar, en condiciones de igualdad, en la toma a de decisiones en asuntos políticos, integrándose en los órganos estatales en forma proporcional a su población. Para ello obligó a Nicaragua a reformar su legislación electoral tomando en cuenta las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos indígenas[23].

Pero sin duda uno de los ámbitos en que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido más rica e innovadora, es el que dice relación con el reconocimiento y protección de los derechos de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Ello al hacer una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada (art. XXIII de la Declaración; art. 21 de la Convención). Así, en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte reconoció a la luz del artículo 21 de la Convención Americana la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra[24]. Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea

---

23 La Corte IDH sostuvo en este caso: "No existe disposición en la Convención americana que permita sostener que los ciudadanos solo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado. Incluso, la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario "el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005, párr. 215).

24 Corte IDH, Sentencia *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001, párr. 148-149.

reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica[25].

En años posteriores la Corte IDH ratificó su interpretación sobre la materia al reconocer los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay[26]. A diferencia del caso *Awas Tingni*, en que la tierra reclamada por los indígenas estaba en poder del Estado, en estos casos ella era detentada por propietarios privados que la habían adquirido. No obstante aquello, y tomando en cuenta las implicancias que estas tierras tienen para las culturas y supervivencia de estos pueblos, la Corte IDH estableció la necesidad de restringir la propiedad privada de los particulares para el logro del objetivo colectivo de preservar las identidades culturales, siempre que se pagase una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención[27]. Igualmente relevante, dicha Corte se pronunció sobre la persistencia en el tiempo de los derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales de pueblos indígenas cuando estos han perdido la posesión sobre las mismas. Al respecto en su sentencia en el caso *Sawhoyamaxa* la Corte IDH sostuvo que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extinguía mientras estas mantuviesen su relación, sea material o espiritual, con dichas tierras[28].

Otro ámbito en que la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia gravitante es el referido a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, así como a la consulta y/o consentimiento frente a planes de desarrollo o inversión de gran escala. Cabe destacar en este sentido la decisión adoptada por esta Corte en el año 2007 en el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Estableciendo nuevos estándares, la Corte IDH concluyó, siempre al amparo del artículo 21 de la Convención, que los pueblos indígenas tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia sobrevivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. La Corte IDH se pronuncia, además, de manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada[29], sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones[30].

Al amparo del artículo 21.2 de la Convención[31], la Corte IDH dispuso, además, que este pueblo tiene derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia[32].

---

25 Ibíd., párr. 151.

26 Corte IDH, *Sentencia Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005; Corte IDH, Sentencia *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006. Más recientemente, en su sentencia en el caso de la *Comunidad de Xamok Kásek vs. Paraguay* (2010), la Corte IDH acogió el reclamo de esta comunidad por la violación del derecho de propiedad ancestral de carácter colectivo en base al artículo 21 de la Convención Americana (además de la violación del derecho a la vida, la integridad personal, los derechos del niño, la protección judicial, la personalidad jurídica, etc.), condenando a este Estado a devolver al 2013 las 10700 hectáreas reivindicadas por la comunidad.

27 Corte IDH, Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 149.

28 Así la Corte sostiene que "mientras que esta relación exista, el derecho de reivindicación permanecerá vigente". Corte IDH, sentencia caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006, párr. 131.

29 Respecto a las características de la consulta a los pueblos indígenas frente a planes de desarrollo, la Corte IDH sostiene: "Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado" (Corte IDH, sentencia caso *Saramaka* vs. *Surinam*, 2008, párr. 134).

30 En relación con el consentimiento, la Corte IDH sostiene: "Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio *saramaka*, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los *saramaka*, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones" (ibíd. párr.135).

31 "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley" (art 21.2. Convención Americana).

32 "La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka" (párr. 139). Al respecto concluye: "En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los

4.2. EL *CORPUS JURIS* DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se debe subrayar que la jurisprudencia de la CIDH en los casos aquí referidos se ha nutrido de la evolución normativa del derecho internacional referido a pueblos indígenas, en particular, del Convenio N° 169 de la OIT así como de la DNUDPI. En efecto, tal como la misma Corte IDH ha señalado, el *corpus juris* de los derechos humanos aplicables a pueblos indígenas "está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)"[33]. La misma Corte IDH especifica que en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, tal *corpus juris* está conformado por el conjunto de normas de derechos humanos que establecen la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, contenidas en los instrumentos internacionales antes referidos (*Yakye Axa vs. Paraguay*, parág. 127). La Corte IDH, además, ha recurrido y tenido presentes las interpretaciones que los órganos de tratado, en particular del sistema de la ONU, han realizado sobre el alcance y sentido de las disposiciones de otros instrumentos de derecho internacional aplicables a los pueblos indígenas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010).

Resulta evidente en este sentido que la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos territoriales ha tomado en consideración no solo el artículo 14 del Convenio N° 169 referido a los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan[34], sino también la interpretación que los órganos de la OIT han hecho de su alcance. En efecto, los fallos de la Corte IDH, reconociendo la propiedad ancestral indígena, han sido coincidentes con la visión que los órganos de supervisión de la OIT han dado en la materia al señalar que los derechos de propiedad y posesión de que trata el artículo 14 del Convenio N° 169 no solo se refieren a aquellas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha señalado al respecto:

> Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido...La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado (Conferencia Internacional del Trabajo CEACR 2009, 742).

La jurisprudencia de la Corte IDH es también coincidente con el reconocimiento explícito que hace la DNUDPI del derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otra forma tradicional de ocupación. (art. 26.1) Asimismo, es coincidente con el reconocimiento que la misma DNUDPI hace del derecho de los pueblos indígenas a que las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído u ocupado les sean restituidas y/o compensados cuando ellas hayan sido confiscadas sin su consentimiento[35].

Lo mismo cabe señalar en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, los que han sido reconocidos por el artículo 15

---

beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka" (Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 141).

33 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/199, párr. 115.

34 El artículo 14 del Convenio N° 169 dispone: "1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan [...] "2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

35 "Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" (art. 28.1).

del Convenio que dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos[36] y reconoce el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas ante toda actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras de dichos pueblos[37]. También dispone el deber de compensar por daños y de garantizar su participación en los beneficios de dicha explotación.

Otro ámbito en que la jurisprudencia de la Corte IDH se ha nutrido de la evolución del derecho internacional referido a pueblos indígenas es el referido a la consulta previa y al control del desarrollo. Especialmente relevante en este sentido es el Convenio Nº 169, el que, en sus disposiciones sobre la materia, establece que la consulta debe hacerse mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6.1), y que las mismas deben hacerse de buena fe de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2). Igualmente relevante son las disposiciones del Convenio que establecen que los pueblos indígenas tienen derecho 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. 7.1).

Significativa en este sentido es la interpretación que sobre este derecho han hecho los órganos de supervisión del Convenio N° 169.

36 Artículo 15. 1. "Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos".

37 Artículo 15.2. "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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

Así, la CEACR ha definido los requisitos que considera necesarios para que la consulta a los pueblos indígenas sea aceptable al sostener:

> La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos" (Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009, 731).

Como sabemos, la DNUDPI en esta materia va más allá que el Convenio al disponer que los Estados tienen la obligación no solo de consultar, sino también de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan[38]. Entre las decisiones que de acuerdo a esta Declaración requieren del consentimiento de estos pueblos se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (artículo 10); aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con "el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art. 32.2). Ello es consecuencia del reconocimiento explícito que la Declaración hace a los pueblos de un derecho humano que hasta ahora les había sido negado, el derecho a la libre determinación[39], así como también del derecho a la autonomía en asuntos internos y locales

38 El Convenio había establecido el deber de los Estados de recabar el consentimiento indígena únicamente en el caso del traslado. Así, el Convenio dispone que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan, y que en caso excepcional cuando el traslado se considere necesario, este solo pueda ser efectuado con el consentimiento libre y con conocimiento de causa (artículo 16).

39 "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (artículo 3).

como derivación de la libre determinación[40]. También es consecuencia del derecho a determinar y elaborar prioridades en materia de derecho al desarrollo reconocido por el Convenio[41].

Cabe señalar que el consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un derecho de los pueblos indígenas frente a proyectos de explotación de recursos naturales que afecten sus territorios por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR). Tal derecho, que ha sido afirmado en años recientes por el Comité en sus informes relativos a numerosos Estados, incluyendo en América latina a, entre otros, Argentina (2010), Colombia (2009), Chile (2009) y Perú (2009), deriva de su Recomendación General N° XXIII de 1997 referida a pueblos indígenas en que exhorta a los Estados a que respeten los derechos de estos pueblos a poseer y controlar sus tierras, territorios y recursos, aun aquellos de los que han sido privados sin su consentimiento[42].

Como se señalara, es esta la perspectiva que en materia de consulta ha sido asumida por la Corte IDH en su decisión en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en que requiere al Estado recabar el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad involucrada frente a proyectos de inversión de gran escala.

4.3. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a pueblos indígenas al que aquí nos hemos referido, como señaláramos anteriormente, no solo está siendo aplicado de manera

---

40 "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas" (artículo 4).

41 "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo" (artículo 23).

42 5. El Comité exhorta especialmente a los Estados partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas 1997, párr. 5).

evolutiva por los órganos de tratado y los organismos para su supervisión, como lo ha hecho la Corte IDH, sino también está encontrando creciente acogida directa en los Estados de la región. Ello tanto por la vía de su incorporación explícita a través de disposiciones constitucionales, como también a través de su aplicación directa por los tribunales de justicia o por las instancias de justicia constitucional.

Al respecto debe señalarse que varias constituciones de la región –incluyendo entre otras las de Argentina, Chile, Colombia Costa Rica, Ecuador y Bolivia– incorporan de diversas maneras los derechos humanos de tratados internacionales en su ordenamiento jurídico interno, muchas veces a un nivel jerárquico superior. De especial interés en este sentido es la reciente CP de Ecuador, la que dispone que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, sin limitarlos a los ratificados por el Estado, son de "directa e inmediata aplicación" y "serán plenamente justiciables" (art. 11.3)[43]. Consistente con ello, establece una acción "por incumplimiento" ante el Tribunal Constitucional a objeto de garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (art. 93).

Igualmente relevante es el hecho de que los tribunales de justicia (Corte Suprema) y órganos de control constitucional (Cortes o Tribunales constitucionales) de diversos Estados de la región han venido incorporando progresivamente a través de una jurisprudencia innovadora no solo los tratados internacionales de derechos humanos, los que han pasado a formar parte del "bloque de constitucionalidad" de dichos Estados, sino lo que es más importante, la jurisprudencia de los órganos de tratado sobre estos derechos.

Es el caso, por ejemplo, de la Corte Suprema de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional Costa Rica, las que han aceptado en sus decisiones como parte de ese bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte IDH, incluyendo aquella recaída en los casos de derechos de pueblos indígenas antes

---

43 Así dispone que los jueces, las autoridades administrativas y servidores públicos "aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente" (art. 426).

expuestos[44]. Todo ello comienza a generar un nuevo escenario jurídico en la región en que los derechos humanos que el derecho internacional ha reconocido en forma específica a los pueblos indígenas o aquellos derechos humanos individuales y colectivos que les son aplicables, pasan a formar parte del orden jurídico interno de los Estados al más alto nivel jerárquico.

5. Análisis de casos

A continuación analizaremos algunos casos de marcos jurídicos y políticas públicas relativos a los derechos de los pueblos indígenas en la región que ilustran la evolución y tendencias en ella existentes en la materia. El énfasis en estos estudios de caso estará puesto en los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, así como el derecho a la consulta y al consentimiento frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente.

5.1. BOLIVIA

Con un 62% de población que se autoidentifica como indígena, Bolivia es el país de más alta demografía indígena en América Latina. En total existen 37 grupos étnicos reconocidos, un 55% de los cuales vive en áreas rurales donde la pobreza extrema supera en un 100% a la de los indígenas que habitan en áreas urbanas. Los pueblos indígenas de mayor población son el *quechua*, el *aymara*, el guaraní, el chiquitano y el mojeño. Los *quechua* y *aymara*, con 30,7% y 25,2% de la población indígena total respectivamente, son los pueblos indígenas más numerosos. Habitan en las tierras altas de Bolivia, en la zona andina, así como en los valles occidentales y en áreas urbanas. En el oriente, el Chaco y la Amazonía, que son denominadas tierras bajas, en tanto, solo el 17% de la población es indígena, y ella está agrupada en 32 pueblos distintos. Hoy en Bolivia se reconocen dos grandes categorías de indígenas de acuerdo con su ubicación y origen: los coya o indígenas andinos, que son mayoría demográfica en tierras altas, y los cambas de tierras bajas, donde la mayoría de la población se define como mestiza (Stavenhagen 2008).

La política de Bolivia en relación con las tierras y territorios de los pueblos indígenas tiene sus antecedentes en el Convenio

44 Para un análisis de la evolución normativa y jurisprudencial en la materia ver Nash, 2010.

N° 169 de la OIT (Ley 1.257/91) y la Constitución Política de 1994. Esta última reconoció sus "tierras comunitarias de origen" (TCO) así como el uso y aprovechamiento indígena de los recursos naturales (art. 171. 1). En base a esta figura, entendida como territorios indígenas a la luz de la definición del Convenio N° 169, y a la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA N° 1715) de 1996[45], se impulsó desde entonces un proceso de protección de las tierras indígenas a través de la titulación y saneamiento colectivo en favor de pueblos indígenas, en particular, en las tierras bajas de Bolivia en el Chaco y la Amazonía.

Tal normativa se ha visto reformada con la nueva Constitución Política (CP) de Bolivia de 2009, en la que este es definido como un "Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías" (art. 1). En ella se reconoce a estos pueblos "el dominio ancestral de sus territorios", y se garantiza a estos de modo explicito su libre determinación manifestada "en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales" (art. 2)[46].

La CP reconoce a los pueblos indígenas originarios campesinos (PIOC) en su art. 30, entre otros derechos:

> 4. A la libre determinación y territorialidad; [...] 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios"; [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado,

45 Esta ley fue reformada el 2006 por la Ley de "Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria" (N° 3545), la que favoreció la distribución de tierras a los pueblos indígenas que no poseían tierra suficiente o requerían de tierras adicionales para complementar su territorio. La Ley incorporó como causal de reversión el incumplimiento de la función económico-social de la propiedad, y toda tierra expropiada por causa de utilidad pública pasó a ser dotada "exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios" que carecieran de tierras suficientes (artículo 43). Esta ley vino a agilizar y flexibilizar el procedimiento de saneamiento de tierras, a precisar las definiciones de la Función Social y Función Económica Social (FES) de la tierra y permitir su reversión por incumplimiento de la misma.

46 La CP de Bolivia recoge muchos elementos de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), la que fue convertida en ley de Bolivia por el Congreso en noviembre de 2007 (Ley N° 3760).

de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan; 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por tercero.

En su artículo 394 (III) la CP reconoce la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino (TIOC), las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas. Esta propiedad es declarada indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable y exenta de impuestos[47].

De acuerdo con antecedentes del INRA, entre 1996 y 2009 fueron saneadas 149 TCO con una superficie total de 15,5 millones de hectáreas, que constituyen el 41,2% de la superficie saneada y titulada en el país, las que en total suman 37,7 millones de hectáreas (Chumacero, en Chumacero coord. 2010)[48]. En su mayor parte estas tierras corresponden a aquellas consideradas por el Estado como fiscales, en las que los pueblos indígenas tienen ocupación y propiedad ancestral. Parte significativa de las TCO saneadas y tituladas corresponden a tierras bajas en el Chaco y Amazonía de Bolivia (53% del total), en contraste con aquellas localizadas en tierras altas en la zona andina donde el avance es mucho menor (ibíd.). (Ver cuadro N°1).

Si bien la superficie promedio de las TCO es de 65 000 ha, en el caso de los TCO de tierras altas estas no alcanzan a las 1000 hectáreas, como ocurre, por ejemplo, en los *ayllus* del Departamento de Potosí. Esta realidad se explica por la alta fragmentación en los derechos propietarios de la tierra allí existente, la que se remonta a los procesos de reforma agraria impulsada por el Estado boliviano a contar de la década del 50, cuestión que dificulta seriamente el saneamiento comunitario. Se trata de una realidad compleja, puesto que en tierras altas reside el 83% de la población rural del país (ibíd.).

47 La disposición transitoria séptima de la misma CP dispone que las TCO se sujetarán a un trámite administrativo de conversión a TIOC en un plazo de año que vence en enero de 2011.

48 Del total de 106 millones de hectáreas en proceso de saneamiento, 37,7 millones han sido saneadas, 13, 3 millones están en proceso de saneamiento, y 55,6 millones están aún por sanear (INRA, Somos Tierra N° 10, octubre de 2009, Chumacero, en Chumacero coord., 2010).

Los problemas que han encontrado los pueblos indígenas en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de sus tierras mediante el saneamiento a través de la figura de las TCO –cuya conversión a TIOC propone la nueva constitución– sin embargo, no han sido pocos. Del total de TCO saneadas al 2009 por el Estado, 68 con 5,7 millones de hectáreas fueron tituladas en el periodo comprendido entre 1996 y 2005, en tanto que 81 TCO con una superficie de 9,8 millones de hectáreas han sido tituladas bajo el gobierno de Evo Morales (2006-2009). Ello evidencia las trabas que el proceso de saneamiento de TCO enfrentó en un su primera etapa, en parte importante debido a la falta de voluntad política del Estado para su implementación, a la falta de recursos destinados para su materialización –la gran mayoría de ellos de cooperación internacional– y a su obstaculización por parte de sectores no indígenas que alegaban derechos propietarios en tierras indígenas[49].

En efecto, los intereses de no indígenas –ganaderos o empresarios agrícolas y también colonos– cuyas tierras se encuentran dentro de aquellas demandadas por indígenas, frenaron el reconocimiento de las TCO. Las demandas interpuestas por estos "terceros" ante el Tribunal Agrario Nacional (TAN) impugnando los procesos de saneamiento en base a sus derechos propietarios, muchos de ellos de dudosa legalidad, contribuyeron a retrasar, con la complacencia de los gobiernos anteriores, los procesos de saneamiento[50]. En muchos casos los derechos propietarios de estos terceros fueron reconocidos y regularizados como parte de los procesos de saneamiento de TCO, utilizándose para estos efectos recursos de la cooperación internacional.

Como consecuencia de ello, las tierras reconocidas a indígenas a través de esta modalidad han sido bastante menores a las demandadas, y muchas comunidades perdieron continuidad territorial al verse fragmentadas por la presencia de terceros en su interior[51]. Es así como hoy se estima que alrededor del 50% de las TCO de tierras bajas son discontinuas en distintas proporciones, lo que además de afectar el reconocimiento

49 En la primera etapa del saneamiento de TCO se introdujeron en el reglamento de la ley INRA los denominados "estudios de necesidades espaciales" cuya finalidad era el cálculo de la superficie de la TCO que se estimaba necesaria para el pueblo demandante, lo que resultó en la disminución de muchas demandas de tierras indígenas (Aylwin, CEPAL, 2002).

50 La duración promedio del saneamiento de TCO es estimada en 7 años (Salgado, en Chumacero, 2010).

51 Ibíd. Para un análisis sobre los problemas del saneamiento de TCO en esta primera etapa de implementación, ver Aylwin (CEPAL 2002).

propietario, dificulta su gestión y el control territorial indígena sobre las mismas (Salgado, en Chumacero coord., 2010).

La demora en el proceso de saneamiento de TCO también estuvo relacionada con la oposición de los intereses económicos vinculados a la explotación de recursos naturales existentes en las tierras reclamadas por los indígenas. En el caso de las tierras bajas, ella se vio facilitada por la permanencia y consolidación en las áreas demandadas por los indígenas de empresas forestales de explotación de bosques tropicales, cuya actividad lesionaba abiertamente el derecho al uso y aprovechamiento sostenible exclusivo que la CP de 1994 y la ley forestal de 2006 (N° 1700) aseguraban a los pueblos indígenas. Lo mismo ocurrió con las concesiones de hidrocarburos y mineras otorgadas por el Estado en su interior[52].

Se trata de una realidad que, si bien con el nuevo marco constitucional que refuerza los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y que con las nuevas orientaciones de la política pública ha tendido a mejorar, aún persiste. En efecto, se mantiene a la fecha la sobreposición de varias TCO, tanto en zonas altas como bajas, con áreas de manejo forestal e incluso con parques y áreas de reserva, así como con zonas de exploración y explotación minera y petrolera (Chumacero, en Chumacero coord., 2010).

Al 2008 existían en Bolivia 44 TCO tituladas y/o demandadas por pueblos indígenas que se encontraban relacionadas con las áreas protegidas. De estas TCO, 5 estaban totalmente superpuestas a áreas protegidas (2 de doble condición y 3 dentro de AP); 9 parcialmente superpuestas, y 30 en la zona de amortiguamiento. En los últimos años se han impulsado desde el Estado (SNAP) procesos de Gestión Territorial Indígena –a través de los planes de gestión territorial indígena (PGTI), planes de vida compartidos con áreas protegidas y otros–, los que han permitido avanzar en la gestión compartida de estos territorios. A la fecha existen 16 Comité de Gestión con participación indígena que involucran 22 áreas protegidas. Una de ellas es el caso del Pilón Lajas, donde se ha logrado establecer el modelo de gestión compartido

52 Una reclamación a la OIT presentada en 1999 por la Central Obrera Boliviana daba cuenta de la existencia de 27 concesiones madereras renovables otorgadas por el Estado sin procesos de consulta previa por 40 años se sobreponían a seis territorios indígenas tradicionales. Aun cuando la Ley de Hidrocarburos no contemplaba la superposición de concesiones sobre las TCO, las concesiones de exploración de petróleo o de gas al 2000 afectan al 49,6 % de los territorios de todas las TCO demandadas (Aylwin, CEPAL, 2002).

entre la TCO y el AP (Zambrana 2008). En relación con los proyectos extractivos, los impactos contaminantes de estas actividades, tanto en TCO de tierras altas como en Oruro y Potosí, así como de la extracción de hidrocarburos en el Chaco y en la Amazonía en tierras bajas, han tenido graves consecuencias para los pueblos indígenas concitando preocupación internacional (Stavenhagen 2008).

Uno de los temas críticos en este sentido es el de la efectividad de la consulta y del consentimiento previo, libre e informado de pueblos indígenas previsto frente a actividades de exploración y explotación de recursos naturales y tierras y territorios por el Convenio N° 169 de la OIT, así como por la DNUDPI, instrumentos que Bolivia ha ratificado o a los que ha adherido. En este sentido, resulta relevante la Ley de Hidrocarburos (N° 3058) de 2005 y su reglamento (DS 29033) de 2007 que considera el derecho a la consulta y el monitoreo socioambiental y reconoce el derecho consuetudinario y las formas de organización interna de las comunidades. De conformidad con esta reglamentación, los Estudios de Evaluación del Impacto Ambiental (EEIA) deben recoger el impacto social, económico y cultural a los pueblos indígenas, así como considerar medidas de prevención y reparación medioambiental (ibíd.).

En base a esta ley, luego de aprobado un EIA, la empresa debe dialogar con los pueblos indígenas para determinar el monto de la compensación financiera por los impactos ambientales no mitigables. Si bien la reforma de esta legislación está hoy en debate, de acuerdo a información del Ministerio de Hidrocarburos, este ha impulsado 15 procesos de consulta con pueblos indígenas en caso de proyectos petroleros que afectan sus tierras y territorios entre 2007 y 2010 en base a ella[53]. Vinculado con ello, la ley 3058 de 2005 (ley de hidrocarburos) estableció un porcentaje para los pueblos indígenas del 5% sobre el denominado impuesto directo de los hidrocarburos (IDH), impuesto que es destinado al Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Originarios que está administrado por un directorio compuesto por las cinco confederaciones sociales rurales e

53 El Ministerio de Hidrocarburos ha anunciado que se limitará mediante una nueva norma el pago a los miembros de las TCO que surja producto de las negociaciones (por presuntos daños socioambientales) a un rango entre el 0,5% al 1,5% del monto a invertir, puesto a que a su juicio las empresas petroleras habrían pagado en demasía (hasta USD 10000 por hectárea) por este concepto. Bilder, Gastón: disponible en <http://prensa.politicaspublicas.net/index.php/alatina/bolivia-algunas-consideraciones-sobre-la-consulta-publica-y-la-compensacion-por-dano-ambiental> [Consultada el 10 de enero de 2011].

indígenas[54]. El impuesto directo a los hidrocarburos habría generado un fondo de aproximadamente USD 100 millones. No está claro, sin embargo, cómo este fondo habría beneficiado a las TCO. De acuerdo con lo señalado por el relator especial Stavenhagen, dicho mecanismo ha sido infrautilizado y contaba con una cartera muy limitada de proyectos para su implementación efectiva (Stavenhagen 2008).

Con todo, y no obstante la intensificación del saneamiento de TCO desde el gobierno de Evo Morales, las TCO saneadas a favor de pueblos indígenas a la fecha corresponden a un 49,5% de la superficie total que estos demandan, cifra que evidencia el rezago significativo en el cumplimiento de la obligación del Estado de restituir sus tierras de propiedad ancestral de conformidad a la CP 2009 y a los estándares internacionales (Chumacero, en Chumacero coord., 2010).

Uno de los problemas más críticos de las TCO hasta antes de la CP de 2009 es que estas no permitían el control territorial por parte de los pueblos indígenas. En efecto, no existía la legislación que permitiera articular las potestades administrativas y jurisdiccionales reconocidas a los indígenas en la CP 1994 y el sistema de descentralización político administrativo impulsado en los últimos años en base a la Ley de Participación Popular (1994) y la Ley de Descentralización Administrativa (1995). Así era común que las TCO se superpusieran a municipios, provincias y departamentos, lo que dificultaba significativamente el gobierno y la gestión territorial indígena. También, como fuera señalado, era común la sobreposición de TCO con áreas protegidas del Estado. Esta problemática viene a ser abordada por la nueva CP, la que establece distintos niveles para el ejercicio de la autonomía incluyendo, entre ellos, los departamentos, los municipios y la autonomía de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos. Esta última autonomía está concebida como una expresión del derecho de autodeterminación de las naciones y PIOC cuya población "comparte un territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas sociales y económicas propias" (art. 289).

---

54 Este directorio fue establecido por Decreto Supremo N° 29.664 de 2008 y en él participan las más importantes organizaciones y confederaciones indígenas de Bolivia. El impuesto directo a los hidrocarburos habría generado un fondo de aproximadamente USD 100 millones. No está claro cómo este habría beneficiado a las TCO. De acuerdo con lo señalado por el RE Stavenhagen, dicho mecanismo ha sido infrautilizado y contaba con una cartera muy limitada de proyectos para su implementación efectiva (Stavenhagen 2008).

Para su implementación, estas autonomías requieren de la creación de entidades territoriales indígenas basadas en la consolidación de sus territorios. Dichas entidades territoriales pueden estar constituidas por territorios, municipios y regiones territoriales, todas ellas indígenas, originarias o campesinas (art. 292). Cabe señalar que las entidades territoriales autónomas no están subordinadas entre ellas y tienen igual rango constitucional (art. 276). La autonomía indígena originaria campesina (AIOC) tiene competencias exclusivas definidas por la CP, entre otras, la definición de sus propias formas de desarrollo económico, social, político, el desarrollo de sus instituciones democráticas conforme a sus normas; el ejercicio de la jurisdicción indígena; participar de los mecanismos de consulta previa libre e informada frente a medidas legislativas y administrativas; la planificación y gestión territorial; y la gestión y administración de recursos naturales renovables (art. 304.1).

Al 2010 se habían conformado once autonomías indígenas originarias campesinas (AIOC) a través de la vía municipal, nueve en municipios de tierras altas y dos en tierras bajas en el Chaco. Para la transformación de un municipio en AIOC se requiere de un referéndum de conformidad a la CP (art. 294). Las posibilidades que existen de conformación de otros municipios como AIOC en las tierras altas son significativas, dado el porcentaje mayoritario de población que se identifica como indígena (Albó 2010). A las competencias que estas tienen como municipios, se agregan aquellas que son exclusivas de la AIOC, lo que hace más relevante su conformación como tales.

En cuanto a las AIOC conformadas a través de las TCO, según el artículo 294. 1 de la CP estas deberán ser adoptadas de acuerdo con las normas y procedimientos de consulta, conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la ley[55]. Se trata de una alternativa de gran potencialidad para los pueblos indígenas minoritarios de tierras bajas, ya que sus posibilidades de ejercer autonomía

---

55 Los requisitos específicos para estos fueron definidos por la Ley Marco de Autonomías (N° 031) promulgada en julio de 2010. Para la conformación de una AIOC en un TIOC se deberá certificar la condición de territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones demandantes, la viabilidad gubernativa –que se acredita por el Ministerio de Autonomía que comprueba la existencia de representatividad, y funcionamiento efectivo de una estructura organizacional y un plan de desarrollo integral– y la base poblacional, que implica que debe existir una población igual o mayor a diez mil habitantes en el caso de los pueblos indígenas de tierras altas, e igual o mayor a mil habitantes en el caso de tierras bajas (arts. 56 a 58 Ley Base Autonomías).

a través de los municipios dada su situación demográfica son menores. No ocurre lo mismo en la región andina, donde esta alternativa autonómica resulta menos práctica. Ello ya que existen pocas TCO. También en razón de que la población indígena es mayoritaria, lo que determina que las posibilidades de establecer la autonomía por la vía municipal sean mucho mayores (ibíd.).

Los problemas en la implementación de la CP de Bolivia se hicieron visibles a contar del 2010 cuando los pueblos indígenas de tierras bajas impulsaron una marcha para hacer efectivo el derecho a la autonomía en sus territorios, reclamando en contra de las políticas impulsadas por el Gobierno de Evo Morales. Tales tensiones se agudizaron el 2011 con el conflicto generado con los planes del Gobierno de construir una carretera (Villa Turani-San Ignacio de Mojos) atravesando el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), el que a la vez tiene estatus de área protegida, en abierta violación de los derechos consagrados en la nueva CP de Bolivia, planes que de ser materializados, provocarían graves impactos sociales, ambientales y culturales afectando los planes de vida de las comunidades que allí habitan.

La amenaza que este plan carretero generó en comunidades, unido a la demora en los procesos de titulación de tierras indígenas (TIOC) y a la continuidad de proyectos de explotación de hidrocarburos respaldados por el Gobierno, y la inexistencia de una ley de un desarrollo normativo del derecho de consulta, gatillaron una gran marcha de pueblos indígenas a las que se unió la CIDOB y las más importantes organizaciones de pueblos indígenas del país. Luego de la represión de que esta marcha fue objeto por la policía en septiembre de 2011, el Gobierno de Evo Morales revisó sus planes en octubre del mismo año, decidiendo suspender la construcción de la carretera por las tierras de TIPNIS y logrando un acuerdo sobre 16 demandas de los pueblos indígenas (SERVINDI 2011). Ello llevó a la aprobación de la Ley Nº 180/11 de 24 de octubre de 2011 mediante la cual se daba protección al TIPNIS al disponerse textualmente que no se construiría dicha carretera "ni ninguna otra" por este territorio indígena.

No obstante, el 10 de febrero de 2012 se aprobó la Ley Nº 222/12 mediante la cual se establece un procedimiento para consultar la forma en que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Mojos atravesaría el TIPNIS, reponiendo de esta manera el proyecto de Gobierno. Dicha ley aprobada por el Congreso fue rechazada por los pueblos indígenas generando a contar de abril de 2012 una nueva marcha indígena que concluyó en julio en La Paz, sin ser recibida por el presidente Morales. Ambas leyes fueron objeto de una impugnación ante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia por los pueblos indígenas afectados, la que fue desechada por este[56]. Todo ello determina que en la actualidad el Gobierno esté impulsando un proceso de consulta en relación con este proyecto carretero, el que no tan solo involucra a las 48 comunidades indígenas que habitan en TIPNIS, sino a sectores no indígenas (cocaleros) afines a él. Para estos efectos, el Gobierno presentó un anteproyecto de ampliación del plazo de la consulta hasta el 7 de noviembre de 2012[57]. Esta situación ha generado no solo un clima de enfrentamiento entre los pueblos indígenas y el Gobierno de Evo Morales –así como también entre pueblos indígenas– sino también una pérdida de credibilidad en el compromiso de su administración con los derechos que la CP de 2009 tan nítidamente les reconoció.

5.2. BRASIL

La población indígena de Brasil ha sido estimada en 734 127 personas, representando el 0,4% de la población del país, la que totalizaba 169 872 856 personas (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 2005). Tal población se agrupaba en 225 pueblos que hablaban cerca de 180 lenguas. Solo 4 de estos pueblos tienen una población superior a 20 000, en tanto que la mitad de ellos tiene una población que no alcanza a los 500 individuos. Se estima que en Brasil viven alrededor de 70 grupos indígenas en aislamiento voluntario (*isolados*) (Anaya 2009), llamados así por cuanto su contacto con el órgano indigenista oficial de Brasil (Fundación Nacional del Indio) no ha sido establecido. Por lo mismo, no se sabe exactamente quiénes y cuántos son, dónde están y cuántas lenguas hablan. Parte importante de estos pueblos vive en las que el Estado reconoce como tierras indígenas, las que se concentran casi en su totalidad (98,61%) en la denominada Amazonía Legal[58]. Un número creciente de indígenas, sin embargo, han sido

---

56 Ver <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=12362> [Consultada el 20 de julio de 2012].

57 Se trata de 15 comunidades indígenas que componen el denominado Conisur y que habitan el Polígono 7, colindante hacia el sur con el territorio indígena TIPNIS, las que habían renunciado por voluntad propia a ser parte de ese territorio. Ver <http://servindi.org/actualidad/71309> [Consultada el 30 de agosto de 2012].

58 Dichos Estados incluyen Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, y Tocantins.

obligados a abandonar sus tierras y viven en los suburbios marginales de la grandes ciudades. Al año 2000, 383 000 indígenas, que representan el 52% del total, residían en zonas urbanas (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 2005).

El marco jurídico de los derechos de pueblos indígenas en Brasil está determinado por la Constitución Federal (CF) de 1988. En su título VIII, capítulo VIII, la CF reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como los "derechos originarios" sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, estableciendo la obligación de la Unión de demarcarlas, protegerlas y hacer respetar sus bienes (art. 231). La CF define como tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas que, además de haber sido habitadas por ellos con carácter permanente, son utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones (art. 231 Nº 1). Dispone que tales tierras deben destinarse a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo sobre las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (art. 231 Nº 2). A ello agrega que el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluidos el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas, solo puede ser efectuado con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción (art. 231 Nº 3). Dispone también que las tierras indígenas son de carácter inalienable y que son nulos los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión recaídos sobre ellas y el reasentamiento de no indígenas ocupantes de tierras indígenas (art. 231 Nº 5 y 6)[59].

59 Como consecuencia de la disposición constitucional antes citada, la legislación ha resuelto que en el proceso de demarcación se debe procurar el reasentamiento de los ocupantes no indígenas en las áreas de demarcación. Así, el art. 4 del Decreto 1775/96 entrega al órgano agrario federal (INCRA) la responsabilidad del reasentamiento, en carácter de prioritario, de los ocupantes no indígenas cuya presencia sea detectada en las áreas de demarcación (Lacerda 2000).

Recuadro Nº 1

Tierras indígenas en la Constitución Federal de 1988

La CF define como tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas que, además de haber sido habitadas por ellos con carácter permanente, son utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones (art. 231 Nº 1). Dispone que tales tierras deben destinarse a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo sobre las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (art. 231 Nº 2). Establece que el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluidos el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas, solo puede ser efectuado con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de ley (art. 231 Nº 3).

Agrega que dichas tierras tienen el carácter de inalienables, indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles (art. 231 Nº 4). Por lo mismo, son nulos y no producen efecto alguno los actos que tengan por objeto su ocupación, dominio o posesión, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo que dispusiese una ley complementaria, no generando, la nulidad y extinción, derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma de ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe (art. 231 Nº 6). La Constitución, además, prohíbe el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo catástrofe que ponga en riesgo su población o en interés de la soberanía, debiendo ser aprobado por el Congreso Nacional, y garantizado su derecho al retorno luego del cese del riesgo (art. 231 Nº5).

En forma pionera en la región, la CF reconoce que se trata de "derechos originarios", admitiendo por tanto que son anteriores al Estado brasileño. Consecuentemente, el objetivo de la demarcación de las tierras indígenas es solo precisar su extensión para asegurar la efectividad de la obligación que la CF impone al Estado de darles protección. La CF, además, pone término a la tutela jurídica ejercida por

el Estado sobre los indígenas, al disponer su capacidad para ser parte en juicio (art. 232), lo que se ha reafirmado con el nuevo Código Civil de 2001 que eliminó la incapacidad relativa de los pueblos indígenas hasta entonces vigente. La protección jurídica de los indígenas y de sus derechos sobre sus tierras y recursos se vio fortalecida el 2002 con la ratificación por Brasil, luego de un largo debate, del Convenio Nº 169 de la OIT.

Desde 1988 a la fecha, la demarcación y protección de las tierras indígenas ha correspondido a la FUNAI (Fundación Nacional del Indio), creada por la Ley Nº 5371 de 1967[60]. El procedimiento administrativo para la demarcación de las tierras indígenas establecido por el Decreto (1.775/96) consta de seis etapas[61]. Ello determina, en la práctica, que la demarcación sea un proceso complejo y de lata tramitación. Con todo, se reconoce este como un proceso avanzado, que incluye estudios multidisciplinarios y el involucramiento activo de los pueblos indígenas o de entidades de protección de sus derechos (Anaya 2009). En efecto, en las metodologías que han sido desarrolladas para los procesos de demarcación, la participación indígena lejos de ser considerada un formalismo, ha sido entendida como un medio para alcanzar una adecuada identificación de las tierras indígenas considerando los criterios del 231.1 de la CF, esto es, incluir en ella las tierras necesarias para la preservación ambiental y la reproducción física y cultural (Kasburg y Gramkow org. 1999).

Al 2011, las tierras indígenas en Brasil sumaban en total 672, ocupando una extensión de 110 387 058 hectáreas, representando el 13% de las tierras del país. De ellas 396 tierras, con 97 405 142 hectáreas, habían finalizado el proceso de demarcación, encontrándose inscritas como

60 Las reformas legales a FUNA han determinado que su principal responsabilidad sea hoy la protección de tierras y usufructo de recursos naturales de los indígenas. Ello además de la tutela sobre los indígenas, que no obstante ser contradictoria con las disposiciones y el espíritu de CF de 1988, sigue siendo ejercida por la FUNAI de múltiples formas.

61 De acuerdo con este Decreto, las tierras indígenas deben pasar por seis etapas para ser demarcadas; identificación, mediante un grupo de trabajo que presenta un informe circunstanciado de la tierra indígena y que es aprobado por la FUNAI; contradictorio, etapa en que se da oportunidad a terceros de impugnar administrativamente el proceso de demarcación; declaración de los limites mediante Portaría (Decreto) del Ministro de Justicia; demarcación física de la tierra, etapa en que debería realizarse el reasentamiento de los eventuales ocupantes no indígenas; homologación por medio de decreto presidencial; y registro en el Registro de Inmuebles de la localidad y en la Secretaría de Patrimonio de la Unión.

tales en los registros correspondientes. La mayor parte de estas tierras –409 con 108 720 018 hectáreas, que representaban el 21,67% del territorio amazónico y el 98,61 % del total de tierras indígenas del país– se concentraban en la Amazonía Legal, área que comprende 9 estados amazónicos. 288 de estas tierras indígenas, con 96 336 190 hectáreas se encontraban inscritas como tales en los registros correspondientes (Instituto Socioambiental 2011)[62]. (Ver cuadros Nº 2 y Nº 3).

En contraste con ello, en otras áreas del país, incluyendo el nordeste, el sur y el suroeste, los avances demarcatorios han sido exiguos, áreas que en total concentran solo el 1,39% de las tierras indígenas del país (ibíd.). Ello se debe a la ocupación de las tierras indígenas por no indígenas, quienes, en muchos casos, como en el nordeste, han detentado su propiedad legal por largo tiempo. Tales ocupantes han opuesto fuerte resistencia a la demarcación de tierras indígenas haciendo en muchos casos no solo engorroso, sino más bien imposible su materialización. La lentitud de este proceso fuera de la Amazonía Legal estuvo relacionada también con la ausencia de recursos destinados por el Estado brasileño (FUNAI) para estos efectos[63].

Los obstáculos enfrentados por los indígenas para la demarcación de sus tierras en la última década han sido numerosos. Detrás de ellos han estado sectores latifundistas, mineros y extractivistas en general, así como militares. Tales sectores ven en los indígenas una amenaza a sus derechos propietarios o a sus actividades económicas y, en particular en sectores de frontera, a la soberanía nacional; en cualquier caso, ven en ellos obstáculos a ser removidos en pro del desarrollo. Por lo mismo, estos han tomado la ofensiva en los últimos años impidiendo de múltiples formas –lobby legislativo y político[64], acciones ante las instancias

62 Antecedentes correspondientes al 4/11/2010, disponible en <http://pib.socioambiental.org/pt/c/o/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje> [Consultada el 5 de enero de 2011].

63 La demarcación de tierras indígenas en esta área ha contado con el apoyo del Grupo de los 7 países más ricos del mundo, el que dio origen al Proyecto Integrado de Protección a las Poblaciones y Tierras de la Amazonía Legal (PPTAL). Dicho programa ha apoyado la identificación y delimitación de 40 millones de hectáreas en la Amazonía legal. El relator especial James Anaya sostiene que la acción de FUNAI se ha visto afectada por los significativos cortes presupuestarios y la falta de personal (Anaya, Brasil, 2009).

64 Las críticas a los procesos demarcatorios de tierras indígenas existentes en sectores conservadores les han llevado en los últimos años a proponer una serie de reformas jurídicas a fin de limitar los derechos reconocidos en la constitución a los pueblos indígenas o de dificultar, en particular, el

judiciales, amenazas y violencia física en contra de los indígenas– los avances en la demarcación, o la ocupación efectiva por los indígenas de las tierras que han sido identificadas como tales.

Posiblemente como resultado de esa presión es que el proceso de demarcación se desaceleró en los últimos años. Ello se evidencia en el número de tierras indígenas declaradas como tales (79 con 13 158 924 ha) y de tierras homologadas (87 con 18 785 766 ha) bajo los dos últimos gobiernos de Luiz Inácio da Silva (enero de 2003 a diciembre de 2010), las que son sustancialmente inferiores a aquellas que en un periodo similar (enero de 1995 a diciembre de 2002) fueron declaradas (118 con 33 900 910 ha) y homologadas (145 con 41 043 606 ha) bajo la administración de F.H. Cardoso (Instituto Socioambiental 2011)[65].

A ello cabe agregar la desprotección en que se encuentran muchas de las tierras indígenas, las que han sido objeto de invasiones por grupos interesados en explorar los recursos naturales que hay en ellas o en su posesión. Los invasores incluyen a poseedores, hacendados, madereros, garimpeiros, empresas nacionales y trasnacionales. Tal situación afecta a muchos pueblos indígenas considerados aislados (*isolados*) o en aislamiento voluntario que habitan la Amazonía, a pesar de que muchos de ellos viven en tierras demarcadas y de los esfuerzos de FUNAI por proteger dichas tierras y mantener su asilamiento (Anaya, Brasil, 2009). Otro caso crítico es el de Mato Grosso del Sur (MS) donde la población indígena mayoritariamente guaraní ha sido desposeída de sus tierras ancestrales y carece hoy de tierras para asegurar su sobrevivencia material y cultural. Así, se estima que al 2008 el total de tierras de los guaraní alcazaba a 50000 hectáreas, esto es, alrededor de una hectárea por persona. Los intentos indígenas de recuperar sus tierras ancestrales han sido resistidos por los latifundistas, quienes los han expulsado violentamente de ellas. Las tasas de homicidio de indígenas son las más elevadas del país (33 de los 60 casos de homicidio ocurridos el 2009 en contra de indígenas se verificaron en este estado) (Conselho Indigenista Missionario 2010). Muchos de ellos están relacionados con las luchas por la tierra. A ello se agregan las dificultades que para la restitución de las tierras ancestrales representa la expansión de la actividad agroindustrial, la que a través de la plantaciones de soja y caña de azúcar para biocombustibles, ocupan hoy parte importante de las tierras del estado (Aylwin 2009)[66].

Otra situación que ha afectado la demarcación ha sido la sobreposición de unidades de conservación sobre tierras indígenas. El caso de la tierra indígena Raposa Serra do Sol, a la que se sobrepone la totalidad del Parque Nacional Monte Roraima con 116 000 ha, es uno de ellos. El otro caso es el del Parque Nacional do Araguaia, el que de acuerdo a la homologación de la tierra indígena *Inawébohona* de los *Javea*, persiste en su interior, debiendo ser, al igual que en el primer caso, administrado en forma conjunta por FUNAI e IBAMA (Instituto Brasileño de Medio Ambiente) y las comunidades indígenas (Ricardo 2006).

La política contradictoria del Estado brasileño en materia indígena se manifiesta también a través de la imposición, sin procesos de consulta conforme al Convenio Nº 169, de iniciativas como el Plan de Aceleración del Crecimiento (PAC) impulsado por el presidente L. I. da Silva el 2007. Dicho plan propuso grandes inversiones públicas hasta el 2010 (R$ 503,9 billones) en infraestructura en todo el país a objeto de acelerar el crecimiento económico. De acuerdo a CIMI, al 2010 se encontraban en desarrollo 426 proyectos de inversión afectando tierras indígenas, fundamentalmente de explotación minera e hídrica, maderera y agroindustrial, muchos de ellos apoyados o financiados por el Gobierno federal e insertos dentro del PAC (Liebgott 2010).

Un caso emblemático es el que afecta a las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en Pará, cuya integridad física y cultural se encuentra seriamente amenazada por la construcción de una empresa pública (Electronorte) de la central hidroeléctrica Belo Monte. Como consecuencia de una medida cautelar planteada por la comunidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), esta solicitó al Estado de Brasil suspender el proceso de licencia del proyecto de la central e impedir la realización de cualquier obra material hasta que se observen, entre otras condiciones, la realización de procesos

---

reconocimiento de sus derechos sobre las tierras. El relator especial Anaya da cuenta en su informe sobre Brasil de la existencia de 5 propuestas de reforma constitucional para debilitar la protección de derechos de pueblos indígenas, y de 19 propuestas legislativas en el Senado y 15 en la Cámara de Diputados para suspender los efectos de los decretos de demarcación de tierras o cambiar los procedimientos de identificación y demarcación de tierras indígenas (ibíd.).

65 Instituto Socioambiental, disponible en <http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-cinco-governos> [Consultada el 3 de enero de 2011].

66 Un reciente estudio sobre Mato Grosso del Sur da cuenta que de las 78 tierras indígenas existentes en este estado, al menos 30 están en municipios con más de 10000 hectáreas de soja (Karon 2010).

de consulta "previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares" y la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú[67]. Las presiones del Gobierno de Brasil llevaron en agosto de 2011 a la CIDH a modificar la medida cautelar, dejando sin efecto aquella anteriormente otorgada y limitándose a solicitar a las autoridades información a Brasil sobre la situación de comunidades indígenas y campesinas afectadas por este proyecto[68].

Otro factor que ha obstaculizado la demarcación ha sido la jurisprudencia contradictoria de los tribunales de justicia, que en ocasiones ha reafirmado los derechos constitucionales a la tierra de los indígenas, mientras que en otras los ha desconocido. Frente a diversas acciones posesorias, la justicia ha concedido medidas cautelares para asegurar la presencia de los supuestos propietarios de áreas en demarcación de tierras de ocupación tradicional. Ello a pesar de haberse concluido el proceso administrativo para tales efectos.

Un caso emblemático en este sentido es el de la TI Raposa Serra do Sol en el Estado de Roraima, en la frontera brasileña con Venezuela y Guyana. En esta TI, que tiene una extensión de 1,74 millones de ha (16 788 Km2) que representan el 7,78% del Estado de Roraima, viven cerca de 20000 indígenas de los pueblos *Macuxi*, *Wapixana*, *Taurepang*, *Patamona* e *Ingarikó*. Después de treinta años de lucha, el gobierno la homologó el 2005, lo que obligaba a la salida de los empresarios agrícolas allí presentes. Dada su negativa a salir de ellas, en marzo de 2008 el Gobierno Federal decidió enviar fuerzas policiales para la retirada de los arroceros[69]. Todo ello generó un clima de grave violencia en contra de los indígenas, a consecuencia del cual en los últimos años al menos diez de ellos han resultado heridos. Luego de una larga disputa, el Tribunal Federal Supremo, en un fallo de mayoría, confirmó la legalidad del modelo de demarcación allí implementado, concibiendo la tierra indígena como un territorio contiguo de ocupación tradicional y no como pequeñas parcelas, negando además las alegaciones de que la demarcación amenazara el desarrollo o la seguridad del Estado brasileño.

A pesar de constituir una victoria para los pueblos indígenas y ordenar la salida de los agricultores no indígenas allí asentados, el Tribunal estableció una serie de condiciones (19 en total) a través de las cuales, en la perspectiva de los miembros del Tribunal se delinea el contenido del derecho constitucional de los indígenas sobre las tierras. Entre estas condiciones, en las que el Tribunal claramente excede sus facultades como órgano judicial, se confirma la protección de las tierras indígenas, por ejemplo, a la exención tributaria, prohibiéndose la caza, pesca y recolección por parte de los no indígenas en ellas. Otras condiciones, sin embargo, limitan la protección constitucional sobre estas tierras al especificar el poder estatal sobre ellas, en la asunción de que se trata de tierras de propiedad estatal. Otras condiciones afirman la facultad de los órganos del Estado a controlar la extracción de recursos naturales en las tierras indígenas, a instalar proyectos públicos y a establecer en ellas presencia militar o policial sin tener que consultar a los pueblos indígenas. Finalmente, autorizan a entes públicos a ejercer poderes de monitoreo en tierras indígenas, en especial en materia ambiental y a regular la entrada de no indígenas en ellos (Anaya, Brasil, 2009).

Este fallo dejó en evidencia una de las limitaciones más graves del marco jurídico y de la política pública sobre tierras y recursos existente en Brasil, las que se basan en la premisa de que se trata de tierras de propiedad estatal[70]. Tal como advierte el RE Anaya en su informe sobre Brasil (2009), el reconocimiento por la CF del carácter originario de las tierras indígenas implica que este derecho no emana del Estado y de sus actos de demarcación, sino que estos últimos constituyen un reconocimiento del mismo. Como sostiene el mismo RE Anaya, los compromisos asumidos por el Estado brasileño al ratificar el Convenio Nº 169 y al aprobar la DNUDPI, cuyas disposiciones reconociendo los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas son claros (art. 14 del Convenio Nº 169 y art. 27 de la Declaración), deberían llevar a una interpretación de su normativa interna de modo de asegurar que los intereses propietarios del Estado

---

67 MC 382/10 - *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011.

68 La decisión de la CIDH motivó la protesta de más de doscientas organizaciones no gubernamentales de la región y de Canadá en carta dirigida a Santiago Cantón, secretario de la CIDH, el 21 de febrero de 2012. Disponible en <http://servindi.org/pdf/carta_CIDH_21feb2012.pdf> [Consultada el 10 de marzo de 2012].

69 Disponible en <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=ES&cod=32951> [Consultado el 6 de enero de 2011].

70 De acuerdo a la CP Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, son bienes de la Unión (art. 22 xi)

sobre las tierras indígenas operen solo como forma de protección pero no interfieran con el control indígena sobre las mismas.

El mismo fallo, además, dejó al descubierto otro de los problemas de la política de Brasil sobre los pueblos indígenas, el que está relacionado con la persistencia del tutelaje del Estado brasileño sobre la población indígena. Se trata, como se señalara, de un tutelaje que hoy, en base a la CF y al Código Civil, carece de todo fundamento jurídico, pero que se expresa a través de la tuición que FUNAI y otros órganos públicos mantiene sobre la población indígena y el control de sus asuntos internos incluso al interior de las tierras indígenas[71]. Más aún tal tutelaje, como señala el RE Anaya es abiertamente contradictorio con los derechos y deber de consulta establecidos en el Convenio Nº 169 (arts. 6 y 15.2), con el derecho de libre determinación reconocido a los pueblos indígenas en la Declaración de la ONU (art. 3), así como con el deber de recabar su consentimiento libre, previo e informado frente a iniciativas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles, en especial aquellas relacionadas con los derechos sobre sus tierras, territorio y recursos naturales (arts. 19, 30 y 32) (Anaya, Brasil, 2009). Por lo mismo, obliga al Estado a adecuar su normativa y política pública a las directrices establecidas en la materia en estos instrumentos internacionales.

Con todo, deben valorarse los esfuerzos desarrollados por el Estado brasileño a contar de la CF de 1988, los que han permitido la demarcación y protección como tierras indígenas, en particular en los estados amazónicos, de más de un 20% del total de las tierras del área. De particular relevancia ha sido la voluntad de incorporar los criterios definidos en el artículo 231.1 de la CF para la definición de una tierra indígena, lo que ha determinado la demarcación como tales no solo de las tierras habitadas o utilizadas para actividades productivas, sino las imprescindible para la preservación ambiental y para la reproducción física y cultural, criterios que se vieron refrendados, al menos en parte en la sentencia del Supremo Tribunal federal en el caso de la TI Raposa Serra do Sol. También destacables son las metodologías que han sido desarrolladas para los procesos de demarcación, en las que la participación indígena ha permitido en muchos casos la inclusión como tierras indígenas de aquellas necesarias para la preservación ambiental y la reproducción física y cultural.

---

71 Para un análisis de las formas de tutelaje por parte del estado brasileño sobre la población indígena aún vigente, en particular en el caso de Mato Grosso del Sur, ver Aylwin (2009).

5.3. COLOMBIA

La población indígena en Colombia alcanza a 1,3 millones, lo que equivale a alrededor del 3% de la población total del país. Dicha población se agrupa en 87 pueblos (DANE 2005)[72]. De estos pueblos, 18 se encuentran en peligro de extinción (ONIC). Tres de estos grupos étnicos, los *Wayuu*, los *Paéz* y los *Embera*, tienen una población superior a los 50 000 miembros, en tanto que 30 grupos tienen menos de 500 miembros. La mayor parte de la población indígena vive en comunidades rurales e incluye a agricultores, recolectores, y pescadores. Existe hoy, sin embargo, un creciente número de indígenas urbanos (Stavenhagen 2005). Como consecuencia del conflicto armado, se estima que hoy en Colombia existen 70 000 desplazados internos que son indígenas (ACNUR s/f).

El marco jurídico relativo a los derechos de los pueblos indígenas en Colombia está constituido por la Constitución Política de 1991 (CP 1991) y el Convenio Nº 169 de la OIT ratificado por el Estado colombiano el mismo año (Ley Nº 21 de 1991). La CP de 1991, junto con establecer el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana[73], reconoce a estos pueblos un conjunto de derechos culturales[74], así como derechos de representación especial indígena[75] y contiene diversas disposiciones referidas a las tierras, los territorios de los pueblos indígenas y la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

Así, en el artículo 329, la CP establece que "los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable". Los resguardos son instituciones de origen colonial que constituyen formas de propiedad colectiva indígena. Ellos han sido definidos por el Decreto 2001 de 1998 como "una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por

---

72 La Organización Nacional Indígena de Colombia estima que el total de pueblos indígenas en Colombia alcanza a los 102 (ONIC, disponible en <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>) [Consultada el 10 de enero de 2012].

73 El artículo 7 de la CP 1991 dispone: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

74 El artículo 10 de la misma CP establece: "El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe".

75 El artículo 171 de la CP dispone que los pueblos indígenas estarán representados por dos senadores elegidos mediante circunscripción electoral nacional y un número de representantes determinado por ley.

una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales" (art. 2). Si bien de esa época subsisten cerca de 50 resguardos, especialmente en el Cauca y Nariño, la mayor parte de ellos ha sido creado en años recientes a través del proceso de la reforma agraria (Londoño Toro et al. 2004).

El artículo 286 de la Constitución reconoce los territorios indígenas y les otorga la calidad de entidades territoriales (ETI) para efectos político-administrativos. En el artículo 287, además, dota a estas entidades de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro del marco legal y constitucional[76]. La CP entrega la conformación de las entidades territoriales indígenas a la ley orgánica de ordenamiento territorial, estableciendo que su delimitación se hará con la participación de las comunidades indígenas. Dispone además que una ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las que forman parte (art. 329).

De relevancia también son las disposiciones de la CP de 1991 que reconocen diversas esferas para el ejercicio del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas. Entre ellas destacan el artículo 330 que dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres[77]. Además, reconoce en su artículo 246 a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, estableciendo como límites adicha jurisdicción, el que no sean contrarias a la misma CP y a las leyes[78]. Tales funciones jurisdiccionales son hoy reconocidas y ejercidas por las autoridades indígenas. Ello en virtud de la jurisprudencia sostenida de la Corte Constitucional de ese país, a pesar de no haberse dictado la ley de coordinación dispuesta para estos efectos. Finalmente, la CP de 1991, si bien no reconoció en forma explícita el derecho a la consulta previa, dispuso que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas debe ser realizada sin desmedro de la integridad de las comunidades y que en las decisiones relativas a ella se propiciaría la participación de sus representantes[79].

Los antecedentes de la actual política de tierras indígenas en Colombia se encuentran en la ley de Reforma Agraria (Ley 135 de 1961), a través de la cual se facultó al Instituto de Reforma Agraria a constituir resguardos de tierras en beneficio de los "grupos o tribus indígenas que no la posean". Ello dio impulso a un importante proceso de titulación colectiva de tierras a pueblos indígenas bajo la figura de resguardos en el periodo anterior a la aprobación de la CP de 1991. A ello cabe agregar un total de 74 reservas indígenas que se adjudicaron a pueblos indígenas sobre tierras baldías en la región amazónica. Tales reservas, que otorgaban a los indígenas el usufructo pero no el título propietario, fueron posteriormente asimiladas legalmente a los resguardos a contar de 1977 (Houghton 2008).

Hacia finales de los 80 se habían titulado como resguardos un área de 25 447 348 ha (Roldan 1993, en Organización Nacional Indígena de Colombia, 2009). Para el año 2007, las propiedades colectivas legalizadas por el Estado[80] bajo la figura de resguardo alcanzaban a 31 695 421

---

76 El artículo 287 dispone: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1.Gobernarse por autoridades propias 2. Ejercer las competencias que les correspondan 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones 4. Participar en las rentas nacionales".

77 Entre las funciones de estos consejos, la CP establece en el mismo artículo 330 que ejercerán las siguientes funciones: "1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Recibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio".

78 El artículo 246 de la CP de 1991 establece que: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

79 Artículo 330: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

80 El órgano encargado de la titulación era el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), que fue posteriormente transformado en el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). Mediante el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), la competencia sobre los procesos de constitución, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas se trasladó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia. Dicha ley, sin embargo, fue declarada inconstitucional por la Corte

hectáreas, un 22% del territorio nacional (Houghton 2008)[81]. Se trata de una cifra bastante significativa si se tiene en consideración que la población indígena de Colombia no supera el 3% del total del país (ver cuadro N° 4).

Los problemas de la política de tierras indígenas impulsada por el Estado colombiano, sin embargo, no han sido menores. Uno de ellos está relacionado con el rezago en la tramitación de las reclamaciones por la titulación de las tierras de propiedad ancestral indígena. Al 2004 se estimaba que 1,6 millones de hectáreas donde viven 380000 indígenas estaban en tramitación. Tal rezago se mantenía al 2008, año en que se estimaba existían 450 expedientes de constitución, titulación o restructuración de resguardos en tramitación (Anaya 2010). En total los territorios indígenas, cuya propiedad estaba siendo reclamada y tramitada por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), a 2007 sumaban 1627758 hectáreas, tierras en las que viven al menos 380000 indígenas. Ello estaría relacionado con la reducción sistemática del presupuesto destinado a la adquisición de tierras de pueblos indígenas. Así, entre el 2000 y el 2007, dicha reducción presupuestaria alcanzó entre un 70 y un 80%, la que contrasta con el incremento del valor de la tierra que el Estado debe adquirir para su dotación a pueblos indígenas[82].

Por otro lado, la modalidad de mercado utilizada por el Estado para la dotación de tierras indígenas también dificulta este proceso. En efecto, el sistema de compras utilizado por el INDECOR, en que el 50% se paga al momento de la compra en efectivo y el 50% en bonos, puede ser aceptado por los propietarios legales, pero solo si ellos son expropiados con indemnización al negarse a vender voluntariamente. Dado que el INDECOR hace años no utiliza la opción de expropiación para estos efectos, los propietarios no le venden al Estado, de modo que el mecanismo utilizado para con este objetivo –el de bonos sin expropiación– se convierte en un obstáculo para la compra de tierras y posterior dotación a indígenas (Houghton 2008).

Otro problema grave de la política de tierras indígenas impulsada por el Estado colombiano es que se ha concentrado fundamentalmente en la Amazonía y Orinoquia, regiones que concentran el 79% del área titulada a indígenas y en las que viven solo 71000 indígenas, que representan tan solo el 5% de la población indígena a nivel nacional. Ello en contraste con la realidad de los pueblos indígenas de la región central del país y la zona andina, donde la titulación de las tierras reclamadas por los pueblos indígenas ha sido muy insuficiente, y donde la agroindustria y la ganadería siguen incidiendo en la concentración de la propiedad de la tierra. Es el caso, por ejemplo, de la región del Cauca, región donde con una población cercana a las 250000 personas (17,9 % de la población indígena total de Colombia), solo han sido tituladas en su favor 721000 hectáreas, 191000 de las cuales son productivas. Lo mismo cabe señalar de la región de Tolima, donde los indígenas *pijaos* con 54000 habitantes (3,9% del total de Colombia) disponen solo de 19000 hectáreas tituladas como resguardos. Una situación similar se da en el caso del pueblo *kankuamo*, donde sus 15000 integrantes (1% población indígena colombiana) cuentan con una superficie titulada de 24000 hectáreas (ONIC 2009). En total, la superficie de los resguardos titulados a indígenas en estas y otras zonas de frontera agrícola que son habitadas por el 65% de la población indígena de Colombia asciende solo a 1290000 equivalentes al 7,68% del total (Anaya 2010).

También resulta preocupante la proliferación de proyectos de inversión destinados a la explotación de recursos naturales renovables –forestales– y no renovables –hidrocarburos y minería– en territorios indígenas, muchos de ellos sin procesos de consulta adecuados y sin la participación de sus habitantes en los beneficios, cuestión que contraviene expresamente la normativa constitucional y los derechos reconocidos por el Convenio N° 169 de la OIT (Houghton 2008; ONIC 2009). Uno de los casos más emblemáticos en este sentido ha sido el de las concesiones para exploración petrolera otorgada por el Estado colombiano a contar de 1992 sobre el territorio del pueblo *u´wa*. La delimitación y titulación de parte de su territorio ancestral en 1999 por el entonces INCORA, no impidió el otorgamiento de nuevas concesiones para exploración petrolífera en áreas de uso tradicional de esta comunidad.

A contar del 2000, los indígenas *u´wa* fueron objeto de ataques militares para desalojar las áreas de exploración lo que los llevó el 2002 a interponer una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos

---

Constitucional el 2009, por no haber sido sometida al proceso de consulta del Convenio N° 169, razón por la cual existe una necesidad de aclarar las competencias públicas en la materia (Anaya 2010).

81 De acuerdo con el relator especial de derechos indígenas, James Anaya, para el mismo año 2007 existía un total de 710 resguardos que ocupaban una extensión de 34 millones de hectáreas, equivalentes al 29,8% del territorio colombiano (Anaya, Colombia, 2010).

82 De acuerdo con diversos estudios, el costo promedio de una hectárea en Colombia, ascendía el 2008 a 2,5 millones de pesos. Tomando en cuenta dicho valor, los 1000 millones de pesos anuales de presupuesto público para tierras alcanzarían para la adquisición de 400 hectáreas (Houghton 2008).

Humanos, cuya resolución (medida cautelar) en la materia fue determinante en la salida de la empresa occidental del territorio *u´wa*. Ello no impidió la extensión de las exploraciones en otras áreas del territorio *u´wa* por parte de otras empresas, sin procesos de consulta adecuados (ONIC 2009)[83]. Otro caso es el de la licencia para explotación de cobre y otros minerales asociados que el Estado colombiano otorgara a contar del 2005 a una compañía norteamericana (Muriel Mining Corporation) en tierras de resguardos indígenas *embera*, así como en tierras de comunidades afrocolombianas. La minera se instaló en el territorio con apoyo del Ejército el 2008 y 2009, a pesar de que las primeras faenas se ubican en un cerro sagrado de los *embera* (ONIC 2009).

Relacionado con los proyectos de inversión, un tema de crítico en Colombia ha sido el de la implementación del derecho de consulta derivado de la normativa constitucional de 1991 y de la ratificación del Convenio Nº 169. Una serie de leyes (como la Ley 99 de 1993) y decretos (como el Decreto 1397 de 1996) han sido dictados desde 1991 a la fecha para hacer efectivo este derecho frente a la explotación de recursos naturales o planes de desarrollo. Tal normativa ha sido no solo cuestionada por los pueblos indígenas, sino también en un caso (Decreto 1320 de 1998) declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia y criticada por la OIT por ser incompatible con lo dispuesto por el Convenio Nº 169 en la materia[84].

Ello ha llevado a los pueblos indígenas a representar la ausencia de procesos de consulta, en particular en el caso de proyectos de inversión en sus tierras y territorios, ante la Corte Constitucional de ese país. Es así como de dicha Corte ha emergido una jurisprudencia de protección de este derecho al fallar 18 tutelas a favor de los pueblos indígenas entre 1993 y 2006 como consecuencia de violación del derecho al territorio por el desarrollo en ellos de proyectos de inversión sin procesos de consulta adecuados (Anaya 2010).

---

83 La intervención de la CIDH permitió el inicio de un proceso de solución amistosa a través del cual el Estado de Colombia debió diseñar un procedimiento apropiado para la realización de una consulta previa con las garantías para la protección de los intereses indígenas.

84 El 2009 se creó un Grupo de Trabajo sobre consulta previa en el Ministerio del Interior, que elaboró un proyecto de ley inconsulto sobre la materia, que por lo mismo fue desechado por las críticas indígenas. El 2010 el presidente emitió una directiva que regula la consulta previa, elaborada unilateralmente, estableciendo un mecanismo no idóneo que también fue cuestionado, y no tiene aplicación a la fecha.

En dicha jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha establecido, entre otros criterios en relación con la consulta: que se debe consultar antes de expedir una licencia ambiental; que no tiene valor de consulta previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales; que la consulta previa debe suponer la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades públicas[85]. Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado no debe solo consultar, sino también obtener su consentimiento previo, libre e informado[86]. Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de los pueblos indígenas, y el Estado debe arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Como consecuencia de esta jurisprudencia, la Corte Constitucional ha dispuesto suspender el llenado de un embalse en territorio indígena; fumigaciones en áreas de cultivo ilícito; una exploración forestal en territorio de comunidades negras, y una exploración forestal y minera, mientras no se realice consulta previa (Due Process of Law Foundation 2011)[87].

Más recientemente, una sentencia de la misma Corte Constitucional ha reafirmado esta jurisprudencia al ordenar realizar en forma debida la consulta, buscando obtener el consentimiento previo, libre e informado

---

85 Corte Constitucional, sentencia SU-039/97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-606/01, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, C-418/02, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, C-891/02, M.P.: Jaime Araújo Rentería, T-955/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis y C-030/08, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

86 Sentencia T-769/09 recaída en el caso *Álvaro Bailarín y otros* por actividades exploratorias y extractivas de recursos minerales de Muriel Mining en territorio *embera* que no fueron consultadas de forma apropiada.

87 Cabe señalar que la misma Corte se ha pronunciado además en relación a proyectos legislativos aprobados sin procesos de consulta de los pueblos indígenas. El caso más relevante es el de la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), el que fue declarado inconstitucional por no haber sido consultada adecuadamente con los pueblos indígenas (Anaya (Colombia), 2010).

en torno a tres proyectos que afectaban al pueblo indígena *embera katío*: la construcción de una carretera, la interconexión eléctrica binacional Colombia-Panamá y una concesión minera. La sentencia ordenó también detener la ejecución de tales proyectos en tanto no se realicen las consultas correspondientes a los pueblos indígenas afectados[88].

Otra situación que también afecta a los derechos de los pueblos indígenas de Colombia es la que dice relación con la sobreposición de áreas protegidas sobre los territorios reconocidos a los pueblos indígenas como resguardos. Se estima que en la actualidad hay 4 millones de hectáreas de tierras indígenas, aproximadamente el 7,8% del territorio indígena, que a la vez han sido declaradas por el Estado colombiano como Parques Nacionales Naturales, sin procesos de consulta previa. En ellas, el ejercicio del gobierno indígena se ve claramente limitado por las potestades de los órganos de conservación a cargo de dichos parques (ONIC 2009).

Finalmente, los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, en especial en la parte andina y norte, se han visto seriamente afectados por los efectos del conflicto armado vivido en este país en las últimas décadas que enfrenta a fuerzas de la guerrilla, del narcotráfico con el Estado, ajenas a los intereses indígenas. Aparte del elevado número de muertos indígenas –más de mil personas entre 1998 y 2008 (Anaya 2010)– el conflicto armado ha resultado en el desplazamiento forzoso de muchas comunidades; en la expansión de la frontera agrícola y el establecimiento en los territorios indígenas de cultivos de coca, y en la pérdida del control sobre los recursos naturales en los territorios indígenas, los que se convierten en rentas de guerra de la que usufructúan los grupos armados y el Ejército[89] (ONIC 2009).

Relacionado con los derechos territoriales de pueblos indígenas cabe referirse, por último, al reconocimiento y ejercicio por parte de los pueblos indígenas de Colombia de su derecho a la autonomía, en especial al interior de sus espacios territoriales. En este sentido cabe señalar que si bien las entidades territoriales indígenas establecidas en la CP de 1991 nunca fueron implementadas, al no haberse dictado la legislación (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial) que ella dispuso para estos efectos, los resguardos gozan de algunas esferas de autonomía que resulta importante resaltar. Así, en materia económica, al ser considerados para estos efectos como municipios, desde 1993 pasaron a participar en los ingresos de la nación, ingresos cuya destinación las autoridades indígenas, de acuerdo con la ley, deciden autónomamente[90]. Leyes posteriores han fortalecido las atribuciones de los resguardos y de las autoridades indígenas en materia de salud y en materia de educación (Moreno 2007). De especial importancia es la Ley 715 de 2001, referida a la participación en las rentas públicas, la que establece que los resguardos serán beneficiarios de los recursos que transfiere la nación destinados a satisfacer necesidades básicas de salud, educación preescolar, básica primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. De acuerdo con la ley, sin embargo, tales recursos serán administrados en cuentas separadas por el municipio en que se encuentra el resguardo, para lo cual celebrarán un contrato con sus autoridades. Ello hasta que no se creen las entidades territoriales indígenas previstas en la CP, a partir de lo cual pasarían a recibir estos aportes directamente.

A ello se agrega la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reafirmado el carácter autónomo de los resguardos frente al actuar del Estado, al reconocer que las comunidades indígenas son sujetos colectivos que tienen derechos fundamentales[91] y, que en virtud de ello, tienen derecho a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, así como a darse sus normas, costumbres, proyectos de vida y a adoptar las decisiones internas y locales que estime necesarias para la consecución de esos fines[92]. Igualmente relevante resulta en este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reconocido la jurisdicción o fuero indígena, ejercido en el ámbito territorial por las autoridades indígenas de acuerdo con sus propias normas y costumbres[93]. Ello determina que esta entidad de propiedad colectiva sea a la vez, en el caso de Colombia, un espacio para la gobernanza indígena, gobernanza

---

88 Corte Constitucional Colombia, Sentencia número T-129, de 3 de marzo del 2011.

89 Un ejemplo del desplazamiento indígena lo encontramos en el departamento del Choco, donde se estima que entre 1996 y el 2008 al menos un 37% de la población indígena se vio desplazado como consecuencia de la guerra (ONIC 2009).

90 El artículo 25 de la Ley 60 establece: "Los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 [de la constitución] sean considerados por la Ley como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite el respectivo resguardo".

91 Sentencia T 380 de 1993.

92 Sentencia T 952 de 2010

93 Sentencia T 254 de 1994; sentencia C-139 de 1996; sentencia T 617de 2010.

que, en el complejo contexto que vive hoy Colombia, se ve claramente limitada en su aplicación práctica.

6. Reflexiones finales

No resulta fácil realizar un balance de la situación de los derechos de pueblos indígenas en América Latina. Las especificidades de cada Estado, su sistema normativo, su historia y realidad actual, así como las características culturales, demográficas y territoriales de los pueblos indígenas, como hemos visto en los análisis de casos, determinan que en cada uno haya particularidades propias que hacen difícil establecer conclusiones generales aplicables a toda la región en esta materia.

Con todo, se puede intentar sacar algunas conclusiones a partir de la información aquí reseñada y, en especial, de los casos analizados, con el objeto de evaluar las tendencias prevalecientes en la materia a nivel regional; determinar cuáles son los aspectos más valorables y los más deficitarios de la legislación y políticas públicas de los Estados, e identificar los desafíos pendientes.

Una primera conclusión que puede extraerse de este análisis es que, si bien los derechos humanos de los pueblos indígenas están lejos de estar plenamente garantizados y protegidos por los Estados, existen avances significativos, en particular en lo referido al reconocimiento jurídico constitucional y legal de los pueblos y de sus derechos, en particular los derechos de propiedad y posesión que tienen sobre sus tierras y territorios de propiedad ancestral y/o legal, así como el uso, participación y/o control sobre los recursos naturales que hay en ellos. También relevante es el progresivo reconocimiento vía constitucional, legal –como en el caso de la reciente ley de consulta de Perú– y/o reglamentario del deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con miras a lograr su acuerdo o consentimiento cuando se adopten medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente, incluyendo entre estas últimas, las medidas referidas a la aprobación de proyectos de inversión que afectan sus tierras y territorios.

Adicionalmente, también resulta valorable, en este sentido, el reconocimiento constitucional y legal del derecho a la autonomía política sobre las tierras y territorios indígenas que varios Estados han establecido. Es así como a los reconocimientos iniciales hechos en este sentido por Nicaragua y Colombia, se suman más recientemente los contemplados en las nuevas CP de Ecuador y Bolivia. La puesta en marcha y aplicación plena de estas autonomías, en muchos casos aún pendiente, permitiría grados mayores de control de los pueblos indígenas de los procesos políticos, económicos y culturales que se dan al interior de sus espacios territoriales.

Cabe destacar, en este sentido, el impacto que el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a pueblos indígenas está teniendo en los Estados de la región en materia de derechos territoriales. Ello como se señalara, no solo por la vía de la jurisprudencia e interpretación de los órganos de tratado y de las instancias encargadas de su supervisión, como la Corte IDH y los órganos establecidos por la ONU y la OIT para estos efectos, sino también por la acogida que este derecho está encontrando en los Estados de la región, tanto por la vía de su incorporación explícita a través de disposiciones constitucionales, como también a través de su aplicación directa por los tribunales de justicia o por las instancias de justicia constitucional.

En efecto, la jurisprudencia que de ellos ha emanado en los últimos años, en muchos casos fundada en el Convenio N° 169 de la OIT y, en menor medida, aun de la DNUDPI, ha incidido en la reforma de las políticas públicas, en especial en materia del deber de consulta y consentimiento de los pueblos indígenas (caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia) y en materia de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, fortaleciendo los derechos indígenas en estas materias. Ello es de especial importancia en aquellos Estados cuya legislación interna en materia de derechos es más atrasada, como es el caso de Chile, pero cuyos ordenamientos constituciones han incorporado los derechos humanos de tratados internacionales a un nivel jerárquico superior. Ello plantea para los órganos de justicia o control constitucional de estos Estados, el desafío de la aplicación directa de los derechos humanos referidos (o aplicables) a pueblos indígenas, así como de la interpretación que le han dado los órganos encargados de su supervisión, aun cuando ellos no se encuentren reconocidos explícitamente, o sean contradictorios con aquellos contenidos en su legislación interna.

En materia de política pública, lo más destacable son las iniciativas que algunos Estados, en especial Bolivia, Brasil y Colombia, han impulsado haciendo posible la demarcación, saneamiento y/o titulación de las tierras y territorios que los pueblos indígenas tradicionalmente ocupan. Tales iniciativas han permitido en ellos la identificación y protección como tales de una parte significativa de los territorios indígenas de propiedad ancestral. Especialmente valorables resultan, en este sentido, las metodologías utilizadas por Brasil que han

incorporado la participación de los pueblos indígenas en la identificación de sus tierras y territorios de ocupación ancestral. También son destacables los criterios que en estos procesos demarcatorios han sido asumidos por Brasil, considerando que las tierras a identificar y proteger incluyen no solo los espacios físicamente ocupados por los pueblos indígenas, sino también aquellos que son indispensables para su sobrevivencia material y cultural.

Las deficiencias de las políticas públicas existentes en la mayor parte de los Estados de la región, sin embargo, son serias. La falta de voluntad de los Estados para destinar recursos financieros que hagan posibles los procesos de identificación, demarcación y/o titulación de tierras y territorios indígenas, procesos que en varios casos son financiados con fondos de cooperación internacional (Bolivia, Brasil y Nicaragua, entre otros), ha incidido en la demora de dichos procesos, permitiendo muchas veces la consolidación de intereses de particulares sobre ellos (Brasil, Bolivia). La legitimación de los intereses propietarios de privados y la fragmentación de los territorios indígenas a que ello ha dado lugar (Bolivia) también resultan preocupantes. Lo mismo cabe señalar respecto a la utilización de mecanismos de mercado para el cumplimiento del deber del Estado de restituir o compensar a los pueblos indígenas por las tierras y territorios de propiedad ancestral que les han sido confiscadas o apropiadas por terceros (art. 28 de la Declaración). El caso de Colombia resulta ilustrativo a este respecto. Las posibilidades de responder a las demandas de los pueblos indígenas con los insuficientes recursos destinados por los Estados para estos efectos, son precarias. Los Estados no pueden permitir que el lucro de mercado frustre el deber que tienen de hacer restitución a los pueblos indígenas de las tierras, territorios y recursos de los que han sido desposeídos sin su consentimiento. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación deben utilizar, cuando sea necesario, mecanismos efectivos, como la expropiación por causa de interés público o social, asegurando así una buena utilización de los recursos públicos a través del pago de una justa compensación a los terceros afectados y no de precios especulativos[94].

Otro tema que resulta preocupante es la mantención de la propiedad estatal sobre las tierras de propiedad originaria de los pueblos indígenas, como ocurre en el caso de Brasil. Tal como señalara el RE Anaya (2009), las directrices del derecho internacional aplicable deben llevar a una interpretación de su normativa interna de modo de asegurar que los intereses propietarios del Estado sobre las tierras indígenas operen solo como forma de protección pero no interfieran con el control indígena sobre las mismas. Vinculado a ello, una realidad que resulta insostenible es la persistencia de diversas formas de tutelaje por parte de este Estado sobre la población indígena, las que además de carecer de todo fundamento legal, vulneran el derecho a la autonomía y libre determinación y afectan el derecho de los pueblos indígenas a controlar las tierras que les han sido reconocidas y protegidas. Los Estados deben poner término a aquellas políticas o prácticas a través de las cuales ejerzan, en forma abierta o encubierta, control sobre la propiedad, pueblos o personas indígenas, impidiéndoles ejercer el derecho a la libre determinación, así como definir sus propias prioridades en todos los aspectos de sus vidas.

También preocupante es la limitación de las demandas de reconocimiento y protección de las tierras y territorios indígenas como consecuencia de su destinación, sin consentimiento previo a los pueblos indígenas, a la conservación a través de la creación de áreas protegidas, públicas o privadas. Se trata de una realidad identificable en la mayor parte de los Estados de la región (Bolivia y Brasil, entre otros). La necesidad de que la creación de estas áreas en tierras y territorios indígenas se haga solo con su consentimiento libre, previo e informado, y de que estas tierras y territorios les sean restituidas cuando les hayan sido confiscadas por los Estados, de conformidad a las directrices de la DNUDPI, fueron establecidas por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza el 2008 (UICN 2008). Los mecanismos de cogestión o administración de estas tierras y territorios o de doble afectación, como los existentes en Bolivia, aparecen como una práctica a ser explorada por otros Estados como forma de abordar los desafíos de la conservación en territorios indígenas, siempre que cuenten con el consentimiento de los pueblos cuyos territorios se ven involucrados en estas iniciativas. A ello se debe agregar la necesidad de que los Estados den reconocimiento y apoyo a las iniciativas de conservación que los propios pueblos indígenas impulsan en sus territorios de propiedad ancestral o legal, tal como ha sido establecido por la UICN (2008) al considerar la figura de los territorios indígenas de conservación. Ello permitiría poner término a la confiscación que hasta ahora muchos Estados han realizado de grandes espacios territoriales para fines de conservación, sin el consentimiento de los pueblos indígenas.

94 Ello es también aplicable al caso de Chile, donde, como vimos en el capítulo I de este libro, la política del Estado en materia de tierras indígenas se ha basado en las compras de tierras realizadas por el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI.

Otro aspecto a resaltar es el de las limitaciones que las políticas públicas establecen al control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, en particular los recursos del subsuelo, recursos que los Estados de América Latina consideran que les pertenecen. Ello, como hemos visto en todos los casos analizados, constituye una realidad crítica al interior de las tierras y territorios indígenas, aun de aquellos que han sido reconocidos y protegidos jurídicamente por los Estados. En efecto, son frecuentes los proyectos de inversión extractivos de recursos naturales en tierras y territorios indígenas impulsados sin procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos, y sin su participación en los beneficios que ellos generan. Tales proyectos, como sabemos, resultan muchas veces en el desplazamiento de población, en la criminalización de la protesta social indígena (Brasil, Colombia, Perú y, más recientemente, Ecuador y Bolivia según denuncias de los pueblos indígenas), y en la generación de graves impactos sociales y ambientales determinados por la pérdida de la base material para la sobrevivencia física y cultural de los pueblos indígenas.

Se trata de una situación que se agrava en la medida en que los Gobiernos de la región siguen promoviendo un desarrollo extractivista basado en la explotación y exportación de recursos naturales, la mayor parte de los cuales se encuentran en los territorios indígenas hasta ahora conservados por los pueblos indígenas. Relacionado con ello, resulta también muy preocupante que los Estados de la región suscriban tratados de libre comercio o de inversión bilateral que incentivan las inversiones extractivas, cuyas cláusulas muchas veces obligan a los Estados a flexibilizar o liberalizar la regulación sobre las tierras y los recursos naturales para facilitar las inversiones extranjeras. Los hechos de Bagua, Perú, ocurridos el 2009 son una consecuencia evidente de la imposición de este tipo de tratados, cuyas implicancias para los derechos territoriales indígenas son enormes, pero en las cuales los pueblos indígenas no tienen participación alguna. Los Estados deberían abstenerse de suscribir tales tratados y acuerdos sin que se impulsen en forma previa mecanismos de consulta efectivos con los pueblos indígenas. Ello en base a los estándares de consulta antes señalados, a través de los cuales se puede generar un diálogo efectivo de buena fe y con miras a lograr acuerdo en torno a sus contenidos fundamentales e incorporar sus visiones y sugerencias.

En este sentido, la concreción del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas a objeto de buscar su acuerdo o consentimiento, de conformidad con los ordenamientos internos y las directrices del derecho internacional aplicable, en forma previa al desarrollo de iniciativas, como los proyectos de inversión, que afecten sus tierras, territorios y recursos, es una agenda pendiente. Ello tanto en materia de regulación legislativa como de política pública. Las directrices del Convenio N° 169 y de la DNUDPI al respecto son claras y, por lo mismo, no pueden ser ignoradas o distorsionadas por los Estados. La materialización de este deber estatal requiere de una urgente regulación jurídica, como lo hizo finalmente el Congreso de Perú en 2011, así como del desarrollo de metodologías apropiadas para su implementación, que consideren la participación activa de los pueblos indígenas.

Vinculado a ello, posiblemente el mayor desafío que la protección de los derechos territoriales indígenas presenta para los Estados en la región, en el contexto de los procesos de globalización económica en los que la mayoría de los Estados hoy se inserta, están relacionados con el reconocimiento y garantía efectiva del derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación, así como de la autonomía como expresión de este derecho. En efecto, una de las más graves deficiencias de las políticas públicas impulsadas en materia de derechos territoriales indígenas en diferentes contextos de la región a la fecha es que ellas no han estado asociadas a la generación de mecanismos para permitir el control efectivo de los procesos políticos, económicos, sociales y culturales en los términos establecidos por la DNUDPI a la cual han adherido.

Las iniciativas que en materia de autonomía fueron impulsadas por Nicaragua en base a su CP de 1987 en la Costa Atlántica de ese país y posteriormente por Colombia en base a la CP de 1991, son relevantes, pero aún muy incipientes. En ello la región tiene claros rezagos si se le compara, por ejemplo, con las experiencias de autonomías indígenas existentes en otras latitudes, como aquellas existentes en el caso de Canadá y Estados Unidos en el contexto americano y Dinamarca respecto de Groenlandia en el contexto europeo.

La posibilidad de que las TCO (ahora TIOC) se conviertan en autonomías indígena originaria campesina (AIOC) de conformidad con la CP de Bolivia de 2009, con amplias facultades de definición de las formas de desarrollo económico social, cultural y político, cuya concreción está aún pendiente, resulta esperanzadora en este sentido. Dicha conversión permitiría a los pueblos indígenas el ejercicio de importantes facultades autonómicas que hasta ahora les han sido negadas por las figuras propietarias en base a las cuales se han dotado sus tierras y territorios. También relevante es el reconocimiento por la CP de Ecuador (2008) de las formas de autoridad indígena al interior de sus territorios reconocidos

legalmente o de propiedad ancestral (art. 57.9) o de las circunscripciones territoriales indígenas (art. 69), las que apuntan en la dirección de consolidar formas de control político y cultural indígena en sus tierras y territorios.

Vinculado a ello, un tema crucial en el cual existen evidentes déficits en la región es el relacionado con el financiamiento de las iniciativas autonómicas indígenas, sin el cual los derechos territoriales difícilmente pueden ejercerse. Destacables son este sentido la experiencia del Fondo de Desarrollo Indígena establecido en la Ley de Hidrocarburos en Bolivia y los reglamentos existentes bajo la Ley de Hidrocarburos de Ecuador, los que permitirían que las comunidades se beneficien de la renta petrolera, aun cuando su destinación directa en favor de los territorios indígenas no parece ser significativa. También son de interés las disposiciones constitucionales y/o legales que permiten a los resguardos en Colombia y a las TIOC convertidas en autonomías indígenas originarias campesinas (AIOC) en Bolivia participar de las rentas nacionales.

De especial importancia en este sentido son las directrices establecidas por la Corte IDH en su sentencia en el caso *Saramaka vs. Surinam* en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que afecten sus tierras y territorios, los que además de ser consultados y consentidos en forma libre, previa e informada por los pueblos indígenas, deben garantizarles una participación "en forma razonable" en los beneficios que generan, como consecuencia de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales que ellos imponen.

El reconocimiento jurídico e impulso de experiencias concretas que permitan el control político y financiero de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, como forma de ejercicio de la libre determinación, constituye un paso ineludible para los Estados de la región para el aseguramiento efectivo de sus derechos territoriales.

Cuadros

CUADRO Nº 1

Bolivia

Superficie saneada y titulada según tipo de propiedad (en miles de hectáreas)

Clasificación	Periodo 1996-2005	Periodo 2006-2009	Total	%
Empresa	921,17	418,86	1.340,03	3,6%
Mediana	309,25	427,30	736,55	2,0 %
Pequeña	707,71	1.036,01	1.743,72	4,6%
Solar campesino	0,15	0,54	0,68	12,2%
Propiedad comunitaria	1.514,31	3.095,22	4.609,53	0,0%
Tierra comunitaria de origen	5.762,06	9.801,06	15.563,12	41,2%
Tierra fiscal	106,89	13.634,21	13.741,10	36,4%
Total general	9.321,54	28.413,21	37.734,73	100,0%

FUENTE: INRA, SOMOS TIERRA Nº 10, OCTUBRE 2009

CUADRO Nº 2

Brasil

Situación jurídica de tierras indígenas (2011)

Situación	Nº TIs	Extensión (hectáreas)
En identificación	135	9.964
Con restricción de uso a no indígenas	4	704.257
Total	139 (20,68%)	714.221 (0,65%)
Identificada	17 (2,53%)	801.480 (0,73%)
Declarada	67 (9,97%)	5.318.172 (4,82%)
Reservada	24	146.387
Homologada	29	6.001.656
Reservada u homologada con registro en el CRI y/o SPU	396	97.405.142
Total	449 (66,82%)	103.553.185 (93,81%)
Total general	672 (100%)	110.387.058 (100%)

FUENTE: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. DISPONIBLE EN <HTTP://PIB.SOCIOAMBIENTAL.ORG/PT/C/0/1/2/SITUACAO-JURIDICA-DAS-TIS-HOJE> [CONSULTADO EL 3 ENERO 2011].

CUADRO Nº 3

Brasil

Situación jurídica de tierras indígenas en la Amazonía legal (2011)

Situación	Nº TIs	Extensión (hectáreas)
En identificación	60	5.060
Con restricción de uso a no indígenas	4	704.257
Total	64 (15,46%)	709.317 (0,65%)
Identificada	6(1,45%)	592.262 (0,54%)
Declarada	36(8,7%)	5.071.942 (4,67%)
Reservada	6	38.846
Homologada	14	5.946.484
Reservada u Homologada con Registro en el CRI y/o SPU	288	96.336.190
Total	308 (74,40%)	102.321.520 (94,14%)
Total General	414(100%)	108.695.041 (100%)

FUENTE: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. DISPONIBLE EN <HTTP://PIB.SOCIOAMBIENTAL.ORG/PT/C/0/1/2/SITUACAO-JURIDICA-DAS-TIS-HOJE> | CONSULTADO EL 3 ENERO 2011].

CUADRO Nº 4

Colombia

Extensión de resguardos titulados y coloniales y áreas solicitadas para ampliación o constitución, 2007

Departamento	Area titulada (ha)	Solicitudes ampliación y constitucion	Area solicitada (ha)	Demanda no satisfecha (%)
Quindío	-	1	228,00	100,00
Cauca- Putumayo	-	1	137,54	100,00
Atlántico	-	1	10.000,00	100,00
Sucre*	-	1	200,00	100,00
Cundinamarca	-	2	707,00	100,00
Huila	7.187,59	17	24.291,72	77,17
Valle del Cauca	40.477,12	33	59.527,72	59,52
Tolima	23.916,42	166	33.691,30	58,48
Boyacá	220.275,00	1	220.000,00	49,97
Cesar	58.767,52	8	51.481,15	46,70
Cauca	531.814,08	81	309.659,87	36,80
Arauca	128.171,58	10	72.811,80	36,23
Caldas	30.570,69	12	11.094,35	26,63
Córdoba	130.494,66	5	41.550,18	24,15
Putumayo	193.745,13	64	55.807,18	22,36
Meta	200.559,28	8	46.221,00	18,73
Magdalena	927.033,30	3	87.915,00	12,84
Caquetá	680.639,27	28	72.835,17	9,67
Nariño	422.254,52	23	36.088,25	7,87
Risaralda	28.079,71	5	2.295,20	7,56
Antioquia	344.942,39	49	22.500,95	6,12
Casanare	148.477,23	5	7.300,00	4,69
Norte de Santander	122.200,00	2	4.990,03	3,92
Amazonas	9.210.047,76	15	276.904,96	2,92
Chocó	1.272.209,97	29	37.756,49	2,88
Vaupés	3.639.925,00	1	70.000,00	1,89
Guaviare	1.882.752,52	5	33.017,81	1,71
La Guajira	1.084.026,72	14	15.244,34	1,39
Vichada	3.557.432,83	5	17.701,00	0,50
Guainía	7.129.420,80	3	5.800,00	0,08
Total general	31.695.421,10	598	1.627.758,01	

FUENTE, INDECOR (2004-20078); SISTEMA DE INFORMACIÓN DE CECOIN (2007), EN HOUGHTON (2008), 103.

Bibliografía

ACNUR, "El trabajo de ACNUR con Pueblos Indígenas", disponible en <www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia> [Consultado el 23 de diciembre de 2011].

ALBO, XAVIER. 2010. "Las flamantes autonomías indígenas en Bolivia". En González, Miguel et al. coord., *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*. Quito: Flacso, Sede Ecuador.

ALFRED-CUNNINGHAM, ANEXA. 2011. "Derechos territoriales de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Nicaragua". En Aparicio, Marco ed., *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona: Icaria, 203-221.

ANAYA, JAMES (relator especial Naciones Unidas). 2009. *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de abril*. Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre.

_____. 2010. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Naciones Unidas, A/HRC/15/34, 8 de enero.

_____. 2010. *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas, A/HRC/15/37/Add7, 13 de septiembre.

_____. 2009. *Promoción de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo*. Naciones Unidas, A/HRC/1234, 15 de julio.

_____. 2009. *Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil*, United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 de agosto.

APARICIO, MARCO (ed.). 2011. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona: Icaria,

ASSIES, WILLEM. 1999. "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina". En Assies, Willem et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 21-55.

ASSUNCAO, KAROL. 2010. "Estudo alerta para violacoes as terras indígenas na producao de soja". *Porantim* 328 (septiembre), 4.

AYLWIN, JOSÉ. , 2004. "Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos". En Zalaquett, José coord., *Temas de derechos humanos en debate*. Lima: IDL- Centro Derechos Humanos Universidad de Chile, 153-222.

_____. 2002. *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos*. Santiago: CEPAL.

_____. 2009. *Os dereitos dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul, Brasil, Confinamento e tutela no seculo xxi*. Copenhagen: IWGIA.

BELLO, ÁLVARO. 2004. *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*. Santiago: CEPAL.

BELLO, ÁLVARO Y MARTA RANGEL. 2000. *Etnicidad, "raza" y equidad en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL (Comisión Económica para América Latina).

BENGOA, JOSÉ. 2000. *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

BRONSTEIN, ARTURO. 1998. *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión*. En <www.alertanet.org> [Consultada el 15 de enero de 2011].

CEPAL. 2006. *Panorama social de América Latina*. Santiago: CEPAL. Disponible en <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/0/27480/P27480.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl> [Consultado el 20 de noviembre de 2011].

CHASE SMITH, RICHARD. 2002. *A Tapestry Woven from the Vicissitudes of History, Place and Daily Life. Envisioning the Challenges for Indigenous Peoples of Latin America in the New Millenium*. Lima: Ford Foundation-Oxfam.

CHUMACERO, JUAN PABLO. 2010. "Trece años de reforma agraria en Bolivia. Avances, dificultades y perspectivas". En Chumacero, Juan Pablo, coord., *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia* (Informe 2009). La Paz: Fundación TIERRA, 11-38.

CLAVERO BARTOLOMÉ. 2009. *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor*

Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en <www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc> [Consultado el 20 de diciembre de 2010].

_____. 2008. *Ecuador y Bolivia: Nuevas constituciones y derecho internacional de derechos indígenas*, disponible en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=750> [Consultado el 5 de mayo de 2009].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en <www.cidh.org> [Consultado el 10 de junio de 2011].

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas. 1997. *Recomendación general N° XXIII*.

Conferencia internacional del trabajo. 2009. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*. Conferencia Internacional del Trabajo, 98a reunión 2009.

DANE. 2005. *Datos Preliminares, Censo Nacional de Población de 2005*.

Del Val, José. 1996. "Hacia la reforma del sistema indigenista interamericano". En *Cuadernos de Trabajo* 1. México: Instituto Indigenista Interamericano.

Due Process of Law Foundation. 2011. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D.C.: Due Process of Law Foundation.

Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. 2009. *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII periodo de sesiones, 29 de mayo, publicado en el Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones, 18 a 29 de mayo: E/C.19/2009/14, disponible en <http://www.politicaspublicas.net/panel/foro-permanente/documentos-fp/338-valor-normativo-ddpi.html> [Consultado el 3 de mayo de 2010].

Heck, Egon y Benedito Prezia. 1999. *Povos indígenas: terra é vida*. Sao Paulo: Atual Editora.

Houghton, John. 2008. "La problemática de las tierras de los pueblos indígenas". En Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo de Derechos Étnicos, *La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá: CECOIN. 83-143.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2005. Disponible en <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=506> [Consultado el 30 julio 2009].

IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas). 2009. *El mundo indígena*. Copenhagen: IWGIA.

Kasburg, Carola y Maria Gramkow (org.). 1999. *Demarcando terras indígenas. Experiencias e desafíos de um projeto de parceria*. Brasilia: FUNAI; PPTAL; GTZ.

Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Lacerda, Rosane. 2000. "A lógica das propostas". En *Porantim*, agosto.

Leyva, Xochitl et al. (coord.). 2008. *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*. México DF: Ciesas.

Liebgott, Roberto Antonio. 2010. "Um olhar sobre a cojuntura indigenista". En *Porantim* 326, junio/julio, 3.

Londoño Toro, Beatriz et al. 2004. *Función Ecológica de la Propiedad Indígena en los Resguardos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Mares, Carlos F. 2000. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá ed.

Martínez D., Rubén. 2008. "El proceso constitucional en Bolivia. Perspectivas desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano". En *Cuadernos de Reflexión*. La Paz.

Martínez, Miguel A. 1999. *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas, Informe Final presentado por el Relator Especial*. Consejo Económico Social, Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/1999/20).

Moreno, María Camila. 2007. "La participación política de los pueblos indígenas en Colombia: desafíos y dilemas de la interculturalidad". En *Estudios sobre Participación política Indígena*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 43-64.

Nash, Claudio. 2010. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. México D.F.: Fontamara.

Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC. 2009. *Estado de los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro* (Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas). Bogotá, julio. Disponible en <http://www.colombiassh.org/reh/spip.php?article472> [Consultado el 10 de noviembre de 2011].

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2004. *Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá*.

República de Colombia (Departamento de Planeación). 2001. Seguimiento de la participación de los resguardos indígenas en los Ingresos Corrientes de la Nación para el período 1998 y 1999. Archivos de Economía, Documento 172, diciembre. Inédito.

RICARDO, F. 2006. "Demarcação de terras indígenas: Balanço do período". En Instituto Socioambiental, *Povos Indígenas no Brasil 2001-2005*, 165-167. São Paulo: Neoband Solucoes Gráficas.

ROLDAN, ROQUE. 1993. "Reconocimiento legal de tierras indígenas en Colombia". En *Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en Colombia*. Bogotá: GAIA, CERC.

SALGADO, JORGE MANUEL. 2010. "Gestión territorial Indígena en tierras bajas: ¿Autonomías Indígenas?". En Chumacero, Juan Pablo coord., *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia.* (Informe 2009). La Paz: Fundación TIERRA, 209-246.

SERVINDI. *Bolivia: Indígenas y gobierno resuelven dieciséis demandas del TIPNIS*. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/53555> [Consultado el 3 de junio de 2012].

STAVENHAGEN, RODOLFO. 2000. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

_____. 1989. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México D.F.: Colegio de México-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

_____. (1981 [1970]). "Siete tesis equivocadas sobre América Latina". En Stavenhagen, Rodolfo, *Sociología y Subdesarrollo*. México D.F.: Nuestro Tiempo.

STAVENHAGEN, RODOLFO. (Relator Especial ONU). 2008. *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Adición Misión a Bolivia*. Naciones Unidas, A/HRC/9/11/Add.2.

_____. 2004. *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Adición Misión a Colombia*, Naciones Unidas, E/CN.4/9/2005/Add.2, 10 noviembre.

_____. 2006. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*. Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5, 17. enero.

UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA (UICN). 2008. *Resoluciones y Recomendaciones Congreso Mundial de la naturaleza*. Barcelona, 5 al 14 de octubre, UICN. Disponible en <www.uicn.org> [Consultado el 9 de julio de 2010].

YRIGOYEN, RAQUEL. 2009. *A los 20 años del Convenio Nº 169 de la OIT: Balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Disponible en <www.derechosindigenas.org> [Consultado el 15 de octubre de 2010]

ZAFFARONI, E. RAÚL. 2009. "La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia". En Calizaya, Alcira y E. Raúl Zaffaroni, *Nuevo constitucionalismo ambiental (Perspectivas desde lo plurinacional comunitario)*. Uru uru Marka: Latinas Editores, 35-62.

ZAMBRANA, GONZALO et al. 2008. "Las áreas de conservación comunitarias en el marco de las políticas públicas en Bolivia". UICN. Disponible en <http://cmsdata.iucn.org/downloads/iccas_bolivia_report_icca_grassroots_discussions.pdf> [Consultado el 10 de agosto de 2010].

DERECHO EN DEMOCRACIA

La colección "Derecho en Democracia" de LOM ediciones constituye un esfuerzo por ampliar la discusión acerca del derecho y las ciencias sociales y potenciar los valores de igualdad, libertad, dignidad y democracia que se expresan y garantizan mediante las normas, principios y prácticas jurídicas. Se trata de una serie de textos que promueven el análisis, la reflexión y la divulgación de investigaciones que critican los conceptos profesionalizantes y formalistas del derecho, hoy predominantes en Latinoamérica.

Cada uno de los libros publicados en la presente colección ha sido sometido a una rigurosa evaluación realizada bajo la responsabilidad de un comité científico integrado por los siguientes académicos:

Paula Ahumada Franco
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Daniel Álvarez Valenzuela
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

María Beatriz Arriagada Cáceres
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

Montserrat Castro Hermosilla
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Francisco Soto Barrientos
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Nueva colección

DERECHO *en* DEMOCRACIA

ESTE LIBRO HA SIDO POSIBLE POR EL TRABAJO DE

COMITÉ EDITORIAL Silvia Aguilera, Mario Garcés, Luis Alberto Mansilla, Tomás Moulian, Naín Nómez, Jorge Guzmán, Julio Pinto, Paulo Slachevsky, Hernán Soto, José Leandro Urbina, Verónica Zondek, Ximena Valdés, Santiago Santa Cruz **EDICIÓN** Javiera Herrera, Matías Morales **PRODUCCIÓN EDITORIAL** Guillermo Bustamante **SECRETARÍA EDITORIAL** Nicolás Benedetti **PROYECTOS** Ignacio Aguilera **ÁREA EDUCACIÓN** Mauricio Ahumada **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN EDITORIAL** Leonardo Flores, Max Salinas **CORRECCIÓN DE PRUEBAS** Raúl Cáceres **COMUNIDAD DE LECTORES** Francisco Miranda, Marcelo Reyes **VENTAS** Elba Blamey, Luis Fre, Marcelo Melo, Olga Herrera **BODEGA** Francisco Cerda, Pedro Morales, Carlos Villarroel, María Larenas, Hugo Jimenez **LIBRERÍAS** Nora Carreño, Ernesto Córdova, Luis Cifuentes **COMERCIAL GRÁFICA LOM** Juan Aguilera, Danilo Ramírez, Inés Altamirano, Eduardo Yáñez **SERVICIO AL CLIENTE** Elizardo Aguilera, José Lizana, Ingrid Rivas **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN COMPUTACIONAL** Luis Ugalde, Jessica Ibaceta, Gustavo Lazcano **SECRETARIA COMERCIAL** Jessica Donoso **PRODUCCIÓN IMPRENTA** Carlos Aguilera, Gabriel Muñoz, Rómulo Saavedra **SECRETARIA IMPRENTA** Jasmín Alfaro **PREPRENSA** Daniel Alfaro **IMPRESIÓN DIGITAL** William Tobar, Matías Sepúlveda, Carolay Saldías **IMPRESIÓN OFFSET** Rodrigo Véliz **ENCUADERNACIÓN** Ana Escudero, Andrés Rivera, Edith Zapata, Pedro Villagra, Juan Zúñiga, Braulio Corales, Carlos Mendoza **DESPACHO** Cristobal Ferrada, Gustavo Álvarez, Daniel Ríos **MANTENCIÓN** Jaime Arel **ADMINISTRACIÓN** Mirtha Ávila, Alejandra Bustos, Andrea Veas, César Delgado, Boris Ibarra.

L O M E D I C I O N E S

TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

El desafío de la participación
Francisco Soto Barrientos

Igualdad, inclusión y derecho
Fernando Muñoz León (editor)

Juzgamiento penal
de adolescentes
Mauricio Duce Julio y Jaime Couso Salas

Cárcel, derecho y política
Jörg Stippel