

Universidad de Chile
Escuela de Derecho

**EL RECONOCIMIENTO
DEL DERECHO PROPIO INDÍGENA.**
Situación actual en Chile, en el Derecho Comparado e Internacional.
Derechos al agua y geotérmicos. Caso Toconce y El Tatio.

Nombre: Karen Acevedo Vicencio.
Profesora Guía: Nancy Yáñez Fuenzalida.

Santiago, Chile
2010

A PABLO, POR SU FUERZA,
SU CONFIANZA Y SU AMOR.
A MI FAMILIA,
POR SU APOYO INCONDICIONAL.
SIN ELLOS,
ESTO NO HUBIESE SIDO POSIBLE.

MUCHAS GRACIAS.

INDICE

Índice	3
Introducción	7
 Capítulo I: Conceptualización del Derecho Propio	
1. Definición del derecho propio. Porque hablar de derecho propio y no de derecho consuetudinario.....	12
2. Naturaleza jurídica del reconocimiento al derecho propio.....	19
 Capítulo II: Análisis normativo del reconocimiento del Derecho Propio en el Derecho Internacional, Derecho Comparado y en el Derecho Interno	
 Parte I. Reconocimiento del Derecho Propio en el Derecho Internacional.....	
A. Organización de las Naciones Unidas.....	27
A.1 Carta de las Naciones Unidas.....	28
A.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	30
A.3 Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.....	31
A.4 Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.....	33
A.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	33
A.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	34
A.7 Convenio sobre la Diversidad Biológica.....	38
	39

A.8 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	40
B. Organización de Estados Americanos.....	44
B.1 Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.....	50
B.2 Instituto Indigenista Interamericano y los Congresos Indigenistas Interamericanos.....	51
C. Organización Internacional del Trabajo.....	53
C.1 Convenio N° 107.....	53
C.2 Convenio N° 169.....	55
 PARTE 2. Reconocimiento y aplicación del derecho propio indígena en la jurisprudencia internacional. Casos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Denuncias contra el Estado Chileno.....	 61
A. Introducción.....	61
B. Jurisprudencia de la Comisión.....	63
B.1 Informe 90/99. Caso N° 11.713. Comunidades Indígenas Enxet – Lamexay y Kayleyphapopyet – Riachito Paraguay.....	63
B.2 Informe 68/03. Petición N° 11.197. Comunidad San Vicente Los Cimientos. Guatemala.....	65
C. Jurisprudencia de la Corte.....	69
C.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Nicaragua.....	69
C.2 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Paraguay.....	78
D. Denuncia contra el Estado Chileno.....	84

Parte III. Reconocimiento del Derecho Propio en el Derecho Comparado.....	96
A. Bolivia.....	99
B. Colombia.....	112
C. Ecuador.....	117
D. México.....	123
D.1 Legislación Federal Mexicana.....	125
D.2 El Estado de Oaxaca.....	129
D.3 El Estado de Chiapas.....	133
E. Perú.....	136
Parte IV. Reconocimiento del derecho propio en la legislación chilena...	141
A. Primeras leyes relativas a pueblos indígenas.....	143
A.1 Las primeras leyes en una República individualista....	144
A.2 Período proteccionista.....	145
A.3 Pacificación de la Araucanía.....	146
A.4 Anexión de Isla de Pascua.....	147
A.5 Situación de los pueblos del norte en el siglo XIX.....	149
A.6 Disolución de las comunidades indígenas.....	150
A.7 17.729: Primera ley indígena.....	152
A.8 La Contra Reforma y el Régimen Militar.....	155
B. Legislación indígena vigente.....	157
B.1 Ley N° 19.253.....	160
B.2 Código de Aguas.....	170
B.3 Normas reglamentarias de la Ley Indígena.....	171
B.4 Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.....	173
B.5 Otras disposiciones.....	176

Capítulo III: Vigencia del Derecho Propio en los sistemas sociales y políticos indígenas. Específicamente los pueblos atacameños de San Pedro.

A. Introducción al tema. El Pueblo Atacameño.....	179
B.1 Reconocimiento del Derecho Propio en el Pueblo Atacameño.....	193
B.2 El derecho de propiedad ancestral sobre el agua.....	194
• El Caso Toconce.....	198
• El sistema de Turnos y la Asociación de Regantes.....	203
B.3 Administración propia. Derecho de libre determinación.....	205
• Asociación del Valle de la Luna.....	206
• La comunidad de Séquitor.....	208
B.4 Caso Géiser del Tatio.....	209
Conclusión.....	220
Bibliografía.....	224
Anexos.....	233

INTRODUCCION

Tradicionalmente, al hablar de reconocimiento de derecho indígena, se limitaba este reconocimiento a las costumbres, tradiciones, y ritos de los pueblos indígenas, es decir, era simplemente reconocer las tradiciones de un pueblo, como por ejemplo si en la comunidad internacional, se reconociera a nuestro país sólo por sus tradiciones y costumbres, pero no como un Estado de Derecho, independiente, y con ordenamiento jurídico propio.

Es así que, en pleno siglo XXI ya no podemos pensar que el derecho indígena es sólo un conjunto de costumbres, sino que los pueblos indígenas constituyen una organización política, social y económica igualmente compleja que la sociedad civil de la cual formamos parte. Es por esta razón que corresponde hablar ahora de derecho propio indígena y no de derecho consuetudinario, pues estamos en presencia de una reivindicación de derechos de los pueblos indígenas contra un Estado que niega la diversidad y que pretende utilizar el ordenamiento jurídico positivo como regulador único, pregonando el monismo jurídico como única salida para el mantenimiento de la hegemonía del Estado.

El derecho propio ya no es sólo un conjunto de normas, sino que se constituye “como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas”¹. El derecho propio es un conjunto de elementos que derivan de una demanda de autonomía y que buscan reivindicar no sólo el reconocimiento de sus normas, sino que una serie de demandas que en su conjunto forman el derecho propio

¹ ITURRALDE, Diego. Reclamo y reconocimiento del Derecho Indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. *Revista IIDH* (41). Edición especial sobre Derecho Indígena, enero-junio 2005. San José, Costa Rica. <<http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>> [Consulta: 14 septiembre 2009]

indígena, como son: el reconocimiento como pueblo, el derecho de propiedad sobre sus territorios y recursos naturales, el derecho a la libre determinación, el reconocimiento de su sistema normativo y de sus autoridades políticas.

Pero en primer lugar, para lograr una convivencia del derecho propio indígena con los sistemas normativos positivos, es fundamental el reconocimiento de un pluralismo jurídico, supuesto necesario para el reconocimiento del derecho propio indígena, lo cual supone la coexistencia de varios sistemas jurídicos, pero en un plano de igualdad, no de sumisión de uno al otro. Lo que diferencia al pluralismo jurídico del monismo jurídico, es justamente eso, la igualdad de ambos ordenamientos. Pues, a lo largo de nuestra historia, siempre han coexistido varios sistemas normativos en un mismo espacio geopolítico, pero lo han hecho en un plano de superioridad de uno sobre otro, donde el Derecho estatal históricamente, ha sido un factor de dominación sobre los sistemas normativos indígenas.

El objetivo de esta memoria es analizar este derecho propio, saber si se encuentra vigente y si se reconoce, y en que grado, tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado. Además, se busca conocer el grado de reconocimiento que tiene dentro de nuestra legislación nacional y al interior de las comunidades indígenas, para lo cual se tomará como ejemplo el Pueblo Atacameño. Para lograr lo anterior, en esta memoria se efectuará el análisis de los instrumentos internacionales más relevantes emanados de los organismos internacionales, de la normativa vigente en el derecho comparado, así como de la legislación pasada y presente de nuestro Estado. Para terminar con un estudio del Pueblo Atacameño y de sus instituciones vigentes, a través de un viaje realizado a la zona, complementado con la investigación de los documentos que existen sobre el tema.

En el Capítulo I, denominado “Conceptualización del Derecho Propio”, trataré de contestar la interrogante de “Porque hablar de derecho propio y no de derecho consuetudinario”, para lo cual analizaré que es el derecho propio y su naturaleza jurídica, argumentando a favor de una concepción de derecho propio.

Luego en el Capítulo II “Análisis normativo del reconocimiento del Derecho Propio en el Derecho Internacional, Derecho Comparado y en el Derecho Interno”, en su Primera Parte, a través de la realización de un análisis normativo, explicaré si existe reconocimiento del derecho propio a través del estudio de los distintos instrumentos internacionales que se encuentran vigentes, emanados tanto de organismos internacionales, como de organizaciones americanas.

La Segunda Parte, que corresponde a un análisis jurisprudencial, contiene algunos casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte, en los que existió reconocimiento del derecho propio indígena. El objetivo de esta parte, es conocer que derechos son reclamados por los pueblos indígenas y que han sido vulnerados por los Estados Parte, en que normas han basado sus demandas y que ha dispuesto la Comisión y la Corte en cada caso.

En la Tercera Parte del Capítulo II, se realizará un análisis de derecho comparado con el estudio de diversas legislaciones latinoamericanas, como México, Perú, Bolivia, entre otros.

Para finalizar este capítulo, en su Cuarta Parte, me referiré a la legislación nacional. En primer lugar, realizaré una revisión histórica de la legislación nacional dictada desde la época de la independencia relacionada con los pueblos indígenas, donde podremos apreciar el tratamiento dado a los pueblos indígenas desde el punto de vista normativo, por los diferentes gobiernos de la época, desde el asimilacionismo a la integración. Posteriormente, analizaré la legislación vigente sobre los pueblos indígenas, para conocer el estado de reconocimiento en que nuestro país se encuentra en comparación con el resto de Latinoamérica.

Finalmente en el Capítulo III de esta memoria, “Vigencia del Derecho Propio en los sistemas sociales y políticos indígenas. Específicamente los Pueblos Atacameños de San Pedro”, expondré el grado de reconocimiento y vigencia que tiene en la actualidad

el derecho propio en nuestro país, tomando el caso del Pueblo Atacameño. Se analizarán algunas instituciones propias de las Comunidades Atacameñas, que permiten identificar la vigencia del derecho propio en la zona. Además se analizará el Caso Toconce, el cual evidencia el reconocimiento jurisprudencial del derecho propio, específicamente de la propiedad ancestral indígena. Y como no podemos quedar ausentes de la discusión actual sobre la situación de los Géiseres de El Tatio, se finaliza este capítulo con este caso, que representa un retroceso en el avance del reconocimiento, al permitir el Estado chileno, la explotación de estos Géiseres asentados en territorio ancestral indígena, con consecuencias nefastas para el medio ambiente que han sido difundidos a través de los medios de comunicación.

CAPITULO I
CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PROPIO.

1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PROPIO. PORQUE HABLAR DE DERECHO PROPIO Y NO DE DERECHO CONSUECUDINARIO.

Hasta hace algunos años, la conceptualización del derecho indígena se limitaba a términos como “usos y costumbres” o “costumbre jurídica”, lo cual conllevaba a una subordinación de este sistema jurídico al derecho nacional que pretendía unificar y homogenizar la diversidad cultural. Estas concepciones son claramente reduccionistas y discriminatorias, pues pretenden que todo el sistema normativo de un pueblo ancestral, sea considerado simplemente como un montón de normas dispersas, de costumbres aisladas que buscan un reconocimiento dentro del ordenamiento positivo nacional. Es por esta razón, que la doctrina actual, se refiere ya no a un conjunto de costumbres, sino que a un sistema normativo completo o parcial, que ha regido y regulado a todo un pueblo desde tiempos inmemoriales y que busca el justo reconocimiento de su existencia y validez dentro de los ordenamientos jurídicos dominantes de cada región, es decir, un pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico es “una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico”² Pueden existir diversas fuentes de pluralismo jurídico: “una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de regularización al interior del propio Estado.”³ Este pluralismo jurídico sólo podrá desarrollarse en un Estado pluricultural y multiétnico que garantice la igualdad entre ambos ordenamientos jurídicos, de modo tal que el Estado no imponga la cultura

² YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Hitos el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao. Universidad de Deusto. 2006. pp. 537-567.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: A map of Misreading: Toward a posmodern conception of law. Estado, Derecho y luchas sociales. Bogotá. ILSA. 1994. Pág. 63. En: YRIGOYEN, Raquel. Ob. Cit. Nota 1.

hegemónica como dominante, permitiendo así que todos los sistemas normativos coexistan pacíficamente en la sociedad.

El término Derecho Propio (ius proprium) se utilizó originariamente en el ámbito de la doctrina jurídica para aludir al derecho que emanaba de los estados nacionales nacientes frente al derecho común europeo. Por lo tanto, la expresión derecho propio constituye una visión mucho más amplia que derecho consuetudinario, pues está concebido como una extensión de soberanía del Estado que incluye el derecho consuetudinario, las formas deliberadas de creación de derecho y las diversas formas de jurisdicción. La pregunta ahora es ¿Qué se entiende por Derecho Propio Indígena?

En los últimos años, América Latina ha experimentado una revitalización de los Pueblos Indígenas lo cual se ha traducido en el fortalecimiento de sus organizaciones y una importante transformación en la forma de relacionarse con los gobiernos actuales y con la sociedad, pudiendo de esta forma manifestar sus demandas bajo estrategias políticamente organizadas. Utilizan instrumentos legales para demandar sus derechos, acuden a las Cortes Internacionales con el objeto de ser escuchados. Sus demandas ya no son “un resurgimiento de antiguas ideas sojuzgas y sometidas por la modernidad”⁴, sino reivindicaciones que buscan el reconocimiento de sus derechos colectivos, de su condición de pueblo, de su derecho a la libre determinación, etctodos los cuales conforman el llamado Derecho Propio.

La investigadora María Teresa Sierra en su artículo “Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas”⁵, define el Derecho Propio Indígena como un “producto de relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional. El derecho indígena no puede ser visto únicamente como la continuación de tradiciones y costumbres originales, sino en su interrelación, confrontación y procesos constitutivos mutuos con el derecho nacional,

⁴ ITURRALDE, Diego. Lucha Indígena y reforma neoliberal. *Iconos* (9): 24, 2000
<http://www.flacso.org.ec/docs/i9_iturralde.pdf> [Consulta: 20 octubre de 2009]

⁵ SIERRA, María Teresa. Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas. *Alteridades* 7 (14): 131-143, 1997

procesos inmersos, a su vez, en relaciones de poder y de cambio. Más que normas jurídicas autónomas lo que encontramos son imbricaciones y sincretismos en donde el derecho indígena ha incorporado prácticas del derecho colonial y nacional". Lo que se expresa acá es que el derecho propio indígena no puede ser considerado simplemente como un conjunto de tradiciones y costumbres ancestrales, sino que constituye un ordenamiento legal que contiene elementos tanto del mundo indígena como de la sociedad nacional. Es un conjunto de normas dinámico, no estático, que ha ido reformulándose de acuerdo a las necesidades de los pueblos indígenas y al contacto y la relación que a lo largo de la historia ha tenido con otros sectores de la sociedad en la cual se encuentran actualmente inmersos.

El antropólogo Diego Iturralde en su artículo "Reclamo y Reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas"⁶ señala que el reconocimiento del derecho propio indígena es "un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía". Agrega que este derecho forma parte de una amplia gama de demandas que incluyen "el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía"

A partir de lo expuesto por María Teresa Sierra y Diego Iturralde, podemos contestar la interrogante planteada en un comienzo, de porque no hablar de derecho consuetudinario, sino de derecho propio, y la respuesta es, que las reivindicaciones que demandan los Pueblos Indígenas, ya no tienen que ver con reconocer ciertas costumbres o usos ancestrales, sino, un conjunto de normas, de instituciones y de realidades que permitan la convivencia pacífica y en un plano de igualdad y de respeto de sus derechos en la sociedad actual. Sin este reconocimiento, los Pueblos indígenas seguirán viviendo bajo normas ajenas, dictadas por organismos donde no existe su

⁶ Obr. Cit. Nota 1.

participación, y que sólo han provocado desigualdades y violaciones sistemáticas de sus derechos.

Por lo tanto, podríamos distinguir los siguientes elementos dentro del derecho propio fundamentales para su reconocimiento:

- **Reconocimiento constitucional de la existencia de pueblos indígenas.**

¿Quiénes son los pueblos indígenas? Aunque no existe una definición universal sobre quienes son indígenas, el concepto de pueblo más utilizado sigue siendo el formulado por el Relator Especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo en su “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”: “las comunidades, la gente y las naciones indígenas son las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades pre-coloniales se han desarrollado en sus territorios, considerándose a si mismos distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en partes de ellos. Forman actualmente sectores no-dominantes de sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras esos territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legislativos”⁷

¿Pero como podemos saber si existe continuidad histórica entre los pueblos indígenas de la actualidad con las sociedades pre-coloniales? Porque existen diversos factores que nos permiten saber si hay continuidad histórica y que nos ayudan a identificar a los pueblos indígenas. El primero de ellos es que exista una ocupación de tierras ancestrales, o de parte de ellas; el segundo, una ascendencia común con los habitantes originales de tales tierras; cultura general; una lengua común; entre otros.⁸

⁷ MARTÍNEZ Cobo, José. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. En: ZAMUDIO, Teodora. Derecho de los Pueblos Indígenas.

<<http://www.indigenas.bioetica.org/bases.htm>> [consulta: 29 octubre 2009]

⁸ Ob. Cit Nota 7.

Otra forma de saber quienes son indígenas es la propia auto identificación como indígena. Ser indígena es identificarse con el pueblo al que se pertenece, tener sentido de grupo y ser reconocido y aceptado como uno de sus miembros.

Ligado a este concepto tenemos el de identidad étnica. El cual ha sido definido por la antropología como “el sistema cultural de referencia de una comunidad humana a partir de la cual define su identidad o personalidad grupal. Se trata del conjunto de indicadores culturales que otorgan a una comunidad su identidad en el contexto social”⁹. Esta identidad étnica contempla el derecho a la diferencia, a la propia cultura, a la propia existencia y el derecho a la autodefinición.

Lo que plantea la demanda indígena, más que un derecho a la autodefinición, es el reconocimiento constitucional por parte de los Estados de su existencia como Pueblos. De su capacidad de generar normas, de mantener instituciones vigentes y de reconocimiento de sus formas de propiedad colectiva de la tierra y de los recursos naturales. No se busca formar nuevos Estados, ni pretender ideas separatistas, se persigue un trato igualitario dentro de una sociedad que le teme a lo diferente y que reacciona tratando de ocultar esas diferencias con un concepto de Estado Unitario, que impide el reconocimiento de los pueblos indígenas.

- **Derechos de propiedad ancestral sobre sus territorios y sus recursos naturales.**

Otro elemento es el reconocimiento del territorio propio como parte integrante de los pueblos y garantía de su supervivencia. Como sabemos, la identidad indígena se determina por su función e interrelación plena con el espacio físico que ocupa la comunidad, siendo definida por los propios indígenas en la Declaración de Quito de 1990 de la siguiente forma: “Nuestra concepción de territorio se sustenta en la forma de entender el sentido de lo humano y de la naturaleza, así como la interrelación de

⁹ Baztán, Angel. Diccionario temático de antropología. Barcelona, Editorial Boixareu Universitaria, 1993. Pág. 250.

éstos. Las formas organizativas, políticas, económicas, de producción, en fin, todos los elementos que conforman nuestras culturas están enraizados y orientados por lo comunitario (...) no nos sentimos dueños de ella, es nuestra madre, no una mercancía, es parte integral de nuestra vida, es nuestro presente y nuestro futuro.”¹⁰

No puede existir reconocimiento del derecho propio, sino se reconocen las formas de propiedad ancestral indígena y las formas de administración de los recursos naturales que los rodean, principalmente del agua. Si negamos la propiedad indígena sobre sus territorios o el uso ancestral de los recursos naturales, les estamos negando su existencia como pueblos y de esta forma, habría un reconocimiento del derecho propio sólo formal.

- **Derecho de libre determinación.**

Es una de las condiciones básicas para el desarrollo de los pueblos indígenas. Se puede definir como la capacidad que tiene todo pueblo para dirigirse a sí mismo y tomar decisiones en asuntos trascendentales de acuerdo a su cultura, que persigan la utilidad y el bien de la comunidad. Como ya lo mencioné antes, esto no significa intenciones separatistas, sino simplemente se demanda el reconocimiento de sus derechos históricos y el ejercicio de éstos dentro de la nación que habitan, el respeto y reconocimiento de sus autoridades políticas y administrativas y la facultad de administrar según sus propias normas, sus territorios y los recursos naturales que los rodean.

- **Administración de justicia.**

Finalmente, para un completo reconocimiento de los derechos indígenas, es fundamental otorgar validez a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, de manera que, al interior de sus comunidades puedan imponer sus propias normas y regular la convivencia entre sus pares. Es aquí además, donde nace el concepto de

¹⁰ Declaración de Quito, Primer encuentro continental de pueblos indios, Ecuador, 1990.

derecho propio, pues en un comienzo, se circunscribía el reconocimiento de éste, a reconocer la vigencia de los usos y costumbres de los pueblos indígenas dentro de su territorio; pero, como hemos ido analizando, es acá donde encontramos el derecho consuetudinario, el cual puede definirse como “aquellas reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo indígena y que contribuyen al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir. Estas normas generalmente son elaboradas y transmitidas oralmente u cambian de acuerdo con la evolución de las creencias y valores imperantes en cada comunidad indígena. Por lo tanto son normas que se modifican con el tiempo”¹¹.

Podemos concluir que un reconocimiento del Derecho Propio Indígena, debe abarcar no sólo un reconocimiento de la normativa indígena, sino un conjunto de elementos que permitan un verdadero desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siendo la base esencial para este reconocimiento, la existencia de un pluralismo jurídico que permita la convivencia en un plano de igualdad del ordenamiento jurídico positivo junto al derecho indígena.

¹¹ ARAVENA, Andrea. Derecho Consuetudinario y Costumbre Indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial. En: Actas del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Lega. Arica, Chile. 2000. Pág. 149.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO AL DERECHO PROPIO.

Para entender la naturaleza jurídica del reconocimiento del derecho propio es indispensable recurrir a la antropología jurídica. Esto, porque los contenidos del derecho propio están determinados por las bases culturales que lo sustentan y suponen el reconocimiento de sus propias bases epistemológicas.

Con el objeto de conocer su naturaleza jurídica, tomaremos lo expuesto por la antropóloga Esther Sánchez Botero en su artículo “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas”¹², donde trabaja sobre la base de ocho ejes o construcciones epistemológicas para abordar, desde la antropología jurídica, el sistema de derecho propio indígena.

El primer eje lo denomina “no ver que no vemos”¹³, lo cual significa la existencia de diferentes “mundos posibles” que no necesariamente pueden ser probados por el derecho positivo, pero que sin embargo son reales, como las creencias en el mundo indígena. Comprendiendo que existen estos mundos paralelos a nuestro ordenamiento, evidenciamos que no hay “una única y plena perfección omnicomprendiva y que hay una gama de sistemas que se corresponden con aproximaciones diversas a los aspectos que manejan distintas perspectivas conducentes en términos de verdad o falsedad”

Lo que postula este primer eje es la importancia de aceptar de parte de la sociedad hegemónica, que existen diversas concepciones de hombre y sociedad, que no hay personas superiores o inferiores; y de parte de los pueblos indígenas, de iniciar

¹² SANCHEZ Botero, Esther. Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas. Ponencia presentada en el Congreso de Americanistas. Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. 1997.

¹³ Ob. Cit. Nota 12.

cambios mentales para también poder ver de otra forma, como por ejemplo, no eliminar algunos de sus miembros por considerarlos no humanos o por tener defectos físicos. Lo que se plantea es que el derecho propio debe estar sujeto también a ciertos límites. La cuestión de la legitimidad del Derecho Propio abre entonces, la discusión sobre la Teoría de los Mínimos jurídicos. Dice Esther Sánchez que en el caso colombiano, por disposición de la Corte Constitucional, los órdenes jurídicos indígenas deben participar de estatutos universales que están sobre ellos y sobre todos, que obligan a todos los colombianos sin distinción alguna. Estos mínimos jurídicos son: el derecho a la vida, el derecho a no ser mutilado o torturado y el derecho a un debido proceso. Esta teoría podría ser aplicada tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, pues fija los límites en que debe actuar, no sólo el ordenamiento jurídico positivo, sino, cualquier sistema normativo dentro de una estructura de pluralismo jurídico. Estos mínimos jurídicos benefician tanto a los Estados como a los pueblos indígenas, creando una legitimidad democrática, pues reconocen el derecho propio indígena sobre la base del respeto a esos derechos fundamentales.

El segundo eje llamado “Desde la perspectiva de la cibernética, los sistemas autorregulados son sistemas cerrados desde el punto de vista de la información”¹⁴, establece que “el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural, implica entonces la captación interpretativa del sentido (...) y el conocimiento profundo de las señales que cada sociedad emite como construcción diferente entre otros aspectos de la vida, del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal”. En este eje lo importante es poder dar una interpretación a los hechos que no signifiquen asimilación, sino que permitan reforzar la autonomía de los pueblos y ampliar la capacidad de los jueces, de manera que lo que se busca es mejorar y enriquecer el juicio de ponderación de jueces y dar cabida efectiva a las jurisdicciones indígenas.

¹⁴ Ob. Cit. Nota 12

Tercer eje: ¿Conocimiento empírico y/o conocimiento en construcción?¹⁵ Lo que explica este eje es que es imposible pretender analizar el derecho propio con las fórmulas preestablecidas del derecho positivo. Nuestra tendencia a positivizar los derechos propios se sustenta en el etnocentrismo y en la desvalorización de los pueblos indígenas, pues se base en una visión hegemónica “que desconoce la capacidad variable para proteger condiciones de bienestar grupal en términos propios y lógicos distintos”¹⁶. Por lo tanto, debemos entender que no existe una sola lógica para comprender este derecho, sino diferentes sistemas lógicos que nos permitan reconocer los diferentes elementos del derecho propio.

El cuarto eje denominado “Igualdad, externalidad ¿Son? o ¿Son indígenas en devenir?”, es referente a la identidad indígena, a como saber si lo visto en el pasado, sigue siendo un pueblo, un sistema normativo, una justicia o un indígena. Si los cambios que han experimentado, provocados por la asimilación, han mermado su identidad o simplemente la han extinguido. La autora define lo que es la identidad diciendo que ésta no es sólo una suma de elementos como la lengua, la vestimenta o la pintura facial, sino que es “la permanencia de un sentido implícito de reconocimiento de grupo y con relación a otros con los que no necesariamente se comparte”¹⁷ esto resulta trascendental, pues si un Estado reconoce los derechos indígenas, deberá saber quienes son tales, pues sino, no se sabrá a quienes se aplica la normativa y a quienes no. Como ejemplo coloca el caso colombiano donde se establece que aquel indígena que posea niveles de educación fuera de su pueblos, que se vista como universitario o campesino o ejecutivo, que no hable su lengua y que desconozca elementos de su cultura, deja de ser considerado indígena o está en vías de serlo, parámetros que sirven por ejemplo (siguiendo el caso colombiano), para la prestación o no del servicio militar obligatorio.¹⁸

¹⁵ Ob. Cit. Nota 12

¹⁶ Ob. Cit. Nota 12

¹⁷ Ob. Cit. Nota 12

¹⁸ La legislación colombiana establece que se exime a los indígenas como medida de protección, de prestar el servicio militar obligatorio, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: a) que residan en su territorio y b) que conserven su integridad cultural, social y económica. Artículo 6º N° 3, Ley N° 1.184 de 2008.

Sin embargo, este criterio para determinar o no si una persona es indígena no toma en cuenta el dinamismo del derecho propio, por lo que hay que considerar para formar un criterio al respecto, que no se puede pretender que la costumbre indígena ha permanecido intacta durante todos estos años, sino que hay que entender que éste también es un derecho dinámico y que evoluciona con los años, por lo que el concepto de pueblo y de identidad indígena tiene relación con una continuidad histórica y con una adscripción étnica, con sentirse parte de una comunidad, como lo señala Martínez Cobo y que fue tratado en el comienzo de este capítulo.

Quinto eje: ¿Relativismo y universalismo en conflicto? Este eje se encuentra directamente relacionado con el primero, específicamente en cuanto al tema de los mínimos jurídicos, pues se plantea la existencia de la teoría de los límites para aceptar un sistema normativo indígena. Se plantea que “una nación democrática multicultural y pluriétnica”¹⁹ debe impedir a todos sus miembros sobrepasar los límites establecidos, fijando esos mínimos jurídicos como base para el respeto de los derechos humanos universalmente reconocidos.

El Sexto eje, “Lo que encaja sobrevive”, plantea la necesidad de adaptación del derecho propio en los modelos preexistentes, pero sin caer en la asimilación. Esto es, utilizar las herramientas que da el “derecho externo” para proteger el “derecho interno”. Por ejemplo, en el caso de las demandas indígenas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, éstas se han basado en instrumentos internacionales positivos de protección, para , valga la redundancia, proteger sus propios derechos, pero manteniendo la distancia entre ambos ordenamientos. Lo que se busca acá es reconocer la existencia de ambos sistemas normativos, que no se fusionan ni se contradicen, sino que operan para funciones distintas, y que pueden coexistir en un plano de igualdad amparados en la existencia de un pluralismo jurídico.

¹⁹ Ob. Cit. Nota 12

En el Séptimo eje, “Salvadores morales”, la autora plantea la gravedad que implica actuar frente a una realidad desconocida, con una finalidad altruista que busca salvar al otro de un supuesto peligro. Esto sucede cuando se desconoce o se subvalora a los pueblos indígenas, pensando que son incapaces de actuar dentro de la sociedad a la que se han adaptado. Las políticas que buscan la positivización de los derechos propios, la creación de autoridades ajenas al mundo indígena para regirlos, lejos de reconocer, lo que hacen es desconocer el derecho propio indígena.

Finalmente en el Octavo eje, “Pluralismo y diversidad, empresa intelectual e impulso político”, se busca, por parte de la antropología jurídica, introducir los conceptos de pluralismo jurídico y diversidad, cuestionando los límites de lo hegemónico, dando paso a la integración de otros sistemas. La idea es integrar a nuestra subjetividad otros diferentes, entendiendo al derecho propio indígena como parte de nosotros y no como algo ajeno e inferior.

Como se puede apreciar, lo que busca la antropología jurídica es hacer entender que estamos ante un derecho propio que para convivir con el nuestro, necesita ser tratado en un plano de igualdad, en que se respeten sus instituciones y se respete al indígena como es, y no pretender cambiarlo, ni asimilarlo a nuestra sociedad, sino integrarlo a ella con sus diferencias. El derecho propio forma parte de un conjunto de derechos indígenas necesarios para el desarrollo integral de estos pueblos. De manera que no basta el reconocimiento de algunos, sino que es necesario un reconocimiento integral para que tenga eficacia y validez y los pueblos indígenas puedan salir del estado de marginalidad legal en que se encuentran en la actualidad. En efecto, de acuerdo a su derecho, los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción y administración de justicia al interior de sus comunidades, sin tener una facultad legislativa ni judicial reconocida por los gobiernos bajo los cuales viven. Es por esta razón, que en derecho estricto, los actos realizados por los pueblos indígenas son considerados fuera de la legalidad y contrario a las normas constitucionales y legales, pues son ejecutados por particulares a quienes les está prohibido ejercerla, debido a que el Derecho estatal actúa como un factor de dominación sobre ellos. Pero estas

funciones no provienen de un individuo en el marco de su esfera privada, sino que el ejercicio de su derecho propio es de naturaleza pública y no un simple acto de privados, donde la autorregulación no se refiere sólo a conflictos internos sino a todo el espacio comunitario, a su territorio, elemento fundamental para su supervivencia. Es por esto, que el reconocimiento constitucional del derecho propio indígena debe otorgarse con un status de derecho público, pues como expresa la autora Magdalena Gómez: “no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad”. Agrega además, que el status de derecho público incluye el reconocimiento de estos pueblos “como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos”.

Finalmente, la autora, refiriéndose al conjunto de los derechos colectivos indígenas, señala que las normas de reconocimiento deben promover un derecho de naturaleza pluricultural, con el fin de evitar la segregación y marginación de los pueblos a través de normas que los aparten de la sociedad. Para lograr esto, existen cuatro puntos que deben ser considerados y precisados por los legisladores al momento de otorgar reconocimiento:

1. El Status: se deberá definir si se trata de un derecho subordinado o soberano en su esfera de acción y competencia.
2. La Fuente u origen: si se trata de “un derecho ‘nuevo’ creado u otorgado por el Estado como una concesión o es un derecho inherente, histórico y por lo tanto reconocido en atención a que es anterior a la creación del estado actual”. Es evidente, que la norma constitucional al igual que el caso de los derechos fundamentales, deberá reconocer este derecho indígena y no crearlo, pues es un derecho preexistente al Estado e inherente a la comunidad indígena, de la misma forma que los derechos humanos garantizados por la Carta fundamental.

3. Su naturaleza: se debe definir el carácter colectivo de este derecho y la titularidad de los pueblos indígenas. Estos, deberán ser considerados como un sujeto de derecho, pues al ejercitar una acción ya sea interna o frente al estado, sus efectos impactarán al conjunto de sus integrantes, independiente de su relación con los hechos concretos que motiven la acción.
4. Los Límites: a diferencia de la tendencia actual de la legislación positiva, que reconoce el derecho consuetudinario indígena siempre y cuando sea compatible con la Constitución Política de la República y en general con la moral, buenas costumbres y orden público imperante en la sociedad; la doctrina internacional señala que el único límite que se debe imponer al derecho indígena es el respeto a los derechos humanos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en los tratados internacionales correspondientes, pues los derechos humanos constituyen valores esenciales y universales que deben respetarse para una convivencia en sociedad²⁰.

Contra la tesis del reconocimiento del derecho indígena, las teorías individualistas plantean que las Constituciones estatales y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran una serie de garantías fundamentales para todos los individuos, incluyendo a los indígenas. Por lo tanto, reconocer otros derechos, sería contrariar el principio de universalidad creando regímenes de excepción o derechos especiales. Pero lo que acá se demanda no es un derecho para los indígenas individualmente considerados, sino que hablamos de una realidad social, de un pueblo organizado bajo un pensamiento colectivo, cuya base radica en su territorio, concepto clave en la delimitación y reconocimiento de sus derechos; que se constituye en el titular de un derecho que no puede ser individualizado, pues regula y afecta a todos sus integrantes. Por otra parte, si se quiere limitar este derecho, no es preciso circunscribirlo a la legislación nacional, sino más bien, dejar que se desarrolle libremente, limitado solamente por los derechos esenciales que postula la teoría de los mínimos jurídicos planteada por Esther Sánchez.

²⁰ GOMEZ, Magdalena. Derecho Indígena y Constitucionalidad.

CAPITULO II
ANÁLISIS NORMATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO EN EL
DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO
INTERNO.

PARTE I. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

En el ámbito internacional el reconocimiento del derecho propio indígena ha evolucionado a lo largo de la historia, situación que se ve reflejada en los diferentes instrumentos emanados de los más importantes organismos internacionales. Si bien es cierto que la mayoría de estos pactos y declaraciones no reconocen expresamente al derecho propio indígena, al ser instrumentos de protección de derechos humanos en el mundo, muchas veces han sido utilizados por organizaciones indígenas para exigir el respeto de su derecho propio, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual fue invocado en el caso de Awas Tingni ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, logrando un reconocimiento sin precedentes de la propiedad ancestral indígena.

A continuación, analizaré los instrumentos más relevantes emanados de la Organización de Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de la Organización Internacional del Trabajo, con el fin de establecer si existe o no reconocimiento del derecho propio indígena en estos instrumentos y conocer la evolución que ha tenido el tema de los derechos indígenas a lo largo de la historia.

A. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

La protección de los derechos de los pueblos indígenas es una cuestión relativamente nueva dentro de la actividad de las Naciones Unidas. Gracias a las gestiones realizadas por los representantes de los indígenas durante los últimos treinta años, los derechos de estos pueblos son objeto de mayor atención y preocupación en las Naciones Unidas y en el conjunto de la comunidad internacional.

Uno de las primeras acciones efectuadas por este organismo internacional con el fin de enfrentar el tema indígena, se llevó a cabo en el año 1971. La Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías, organismo dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, formada por 26 expertos independientes, designó en calidad de Relator Especial a uno de sus miembros, el señor José Martínez Cobo, con el objeto de que éste realizara un detallado estudio de la discriminación que sufren las poblaciones indígenas y que recomendara la adopción de medidas nacionales e internacionales para eliminarlas.

En la realización de su estudio, el Relator Especial abordó una serie de temas relacionados con los derechos indígenas, y exhortó a los gobiernos a formular orientaciones para sus políticas relativas a los pueblos indígenas sobre la base del respeto de su identidad étnica, de sus derechos y libertades. Este informe fue el primero en abordar los derechos indígenas dentro de Naciones Unidas. En el, Martínez Cobo, recomendó la conformación del Grupo de Trabajo y la elaboración de una Declaración, además de definir a los pueblos indígenas de la siguiente forma: “las comunidades, la gente y las naciones indígenas son las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades precoloniales se han desarrollado en sus territorios, considerándose a si mismos distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en partes de ellos. Forman actualmente sectores no-dominantes de sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las

generaciones futuras esos territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legislativos”²¹

A raíz de la influencia del nombramiento de un relator especial por parte de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, y antes de que éste culminara su estudio; en el año 1982, el Consejo Económico y Social creó el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. Este grupo de Trabajo lo conformaban cinco expertos independientes miembros de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

En las reuniones que este Grupo de Trabajo realizó, participaron representantes de todos los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones. Pueblos indígenas de todo el mundo enviaron sus representantes a estas reuniones. Este Grupo fue el catalizador de múltiples iniciativas relacionadas con los derechos indígenas. La más importante quizás, es la elaboración del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual contó con la colaboración de representantes gubernamentales, indígenas y de organizaciones no gubernamentales. El proyecto de declaración fue aprobado por la Subcomisión y remitido a la Comisión de Derechos Humanos, la cual creó un grupo de trabajo propio encargado de examinar el proyecto.

Otro avance para la problemática indígena dentro de la comunidad internacional, lo constituye el Foro Permanente para las poblaciones indígenas. Este organismo surge en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, en 1993, en la cual sus participantes trataron la creación del Foro Permanente, pues consideraban que las estructuras de las Naciones Unidas sobre derechos humanos no servían para examinar a fondo las cuestiones de interés para los pueblo indígenas y además, la participación de los representantes indígenas era limitada.

²¹ Ob. Cit. Nota 7.

El Foro Permanente es un órgano asesor del Consejo Económico y Social que tiene como labor ocuparse de las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Entre sus funciones está la de prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre los asuntos indígenas al Consejo y a los diferentes organismos de la ONU, dar a conocer e impulsar la integración y coordinación de las actividades relacionadas con los pueblos indígenas, entre otras.

De estos dos organismos, el Grupo de Trabajo dio paso a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, mientras que el Foro es un órgano internacional que opera regularmente.

En este acápite analizaré resumidamente los instrumentos de derechos humanos más importantes de Naciones Unidas, y que han sido utilizados, o pueden serlo, por los pueblos indígenas para la reclamación de sus derechos ante los organismos internacionales, para finalmente referirme a la Declaración sobre los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2007.

A.1 Carta de Naciones Unidas. (1945)

En esta carta existen varios artículos que podrían invocar las poblaciones indígenas para el reconocimiento de sus derechos, pues su contenido se refiere a todos los seres humanos sin distinción.

El artículo 1 inciso 3 refiriéndose a los propósitos y principios de las Naciones Unidas señala: “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.”

Mientras tanto, el capítulo XI de la Carta se refiere a la situación de los “territorios no autónomos”, donde consagra algunos principios fundamentales que fueron la base en los procesos de descolonización, del cual fueron excluidos los pueblos indígenas.

Estos principios abordan la necesidad del respeto y del reconocimiento de las poblaciones no autónomas. Establece el artículo 73 de este capítulo que: “Los miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

- a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;
- b. a desarrollar el gobierno propio, tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto”.

A.2 Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948)

Esta declaración pese a no hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas, es una exposición de gran alcance de los derechos de todos los seres humanos, reconociendo además a los particulares un lugar en el derecho internacional

que jamás habían tenido. En su Artículo 2 declara que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Mientras que su artículo 7 consagra la igualdad ante la ley señalando: “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración”.

Entre los derechos que consagra esta declaración y que, por lo tanto, protegen estos artículos, están el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, la prohibición de la tortura y de los tratos degradantes, el derecho a la igualdad ante la ley, a un juicio justo, a la vida privada, la libertad de creencia y religión, entre otros. Si bien no señalan precisamente un reconocimiento del derecho propio indígena, los principios fundamentales que consagra esta Declaración han sido aplicados en la protección y reconocimiento de derechos indígenas, como por ejemplo en la Resolución N° 12/85, Yanomami versus Brasil, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de marzo de 1985. En este caso, se recurrió ante la CIDH a favor de la Comunidad Indígena de Yanomami contra el Gobierno de Brasil, por violaciones a los derechos humanos de este pueblo, donde la Comisión resolvió en base a estos principios fundamentales que consagra la Declaración, como el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personal, entre otros²².

²² COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución N° 12/85, Caso N° 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984 – 1985, <www.cidh.oas.org> [consulta 20 octubre 2009]

A.3 Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio. (1948)

Se entiende por genocidio, según lo dispone el artículo 2, “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: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear destrucción física total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”.

Este artículo sólo podrá ser aplicado a las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas, si existe un sometimiento intencional a las condiciones que puedan causar la extinción de los pueblos, es decir, debe existir dolo para poder tipificar estas violaciones como delito de genocidio cultural en contra de los pueblos indígenas.

A.4 Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)

Esta Convención en su artículo 1º define el término discriminación racial como: “Toda 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 en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Consagra el mismo artículo en su numerando 4º el principio de discriminación positiva permitiendo la adopción de medidas especiales con el fin de asegurar el progreso de ciertos grupos en condición de desigualdad legal respecto de resto de la población.

A.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966)

El artículo 1º de este Pacto consagra el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, lo que comprende el derecho a establecer la condición política propia y a proveer a su desarrollo económico, social y cultural. Esta disposición reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, por lo que según esto, los pueblos indígenas deberían ser reconocidos como tales y poder hacer valer ante los Estados su derecho propio. Pero en la práctica esto no es así, pues los Estados no les reconocen su calidad de pueblos y es por eso que prefieren llamarlos poblaciones indígenas y omitir toda pronunciación respecto a ellos como pueblo con el fin de no reconocer su derecho a la autodeterminación.

En tanto en su inciso 2º este artículo señala: “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”. Este inciso resulta fundamental para poder invocar ante los tribunales de justicia, el derecho de cada pueblo a disponer de sus riquezas y recursos naturales libremente, y a no ser privado de sus medios de subsistencia, derechos que a lo largo de la historia han sido vulnerados frecuentemente por los Estados y por las grandes empresas.

Siguiendo con el análisis de este Pacto, el artículo 27 hace referencia a los pueblos indígenas consagrando el respeto hacia los derechos indígenas en calidad de minorías étnicas. Este artículo 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”. La redacción de este artículo ha sido criticada en diversas oportunidades, pues en palabras de Rodolfo Stavenhagen: “En primer lugar al introducir el texto con la frase: ‘En los Estados en que existan minorías’, el artículo 27 deja totalmente abierta la cuestión de la definición de minoría, y se ha visto que determinados estados niegan la existencia de minoría alguna dentro de sus fronteras. En segundo lugar, el artículo se refiere claramente a derechos individuales no derechos colectivos, aun cuando admite que estos derechos deben ser disfrutados por los individuos ‘en común con los demás miembros de su grupo’. Sin embargo, las minorías como grupo no son consideradas.

En tercer lugar, se sostiene que los derechos de las minorías son protegidos negativamente y el texto no impone a los estados ninguna obligación de apoyar activamente el derecho de las minorías a disfrutar de su propia cultura e idioma. Finalmente, en cuarto lugar, el artículo no hace mención explícita de minorías nacionales o de pueblos indígenas, y estos han manifestado reiteradamente que no se consideran a si mismos como minorías y que deben recibir de la comunidad internacional un tratamiento distinto al de las minorías.”²³

Sin embargo, respecto a los dos últimos puntos, una posición diferente encontramos en la Observación General N° 23: Derechos de las minorías, de este Pacto, al expresar en su párrafo 6.1, donde se sostiene que el Estado tiene obligaciones positivas; lo siguiente en relación a la protección negativa de los derechos de las minorías: “Aunque la norma del artículo 27 está expresada en términos

²³ STAVENGAHEN, Rodolfo. Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina. México, D.F, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988. 130 p.

negativos, de todos modos la disposición reconoce la existencia de un 'derecho' y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección adoptadas por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte”.

En cuanto a la crítica de que se amparan derechos individuales y no colectivos, la Observación N° 23 señala: “Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma (...)”. En cuanto a este punto, importante jurisprudencia encontramos en el caso de Agrupación Lago Lubicon versus Canadá. Dicha Comunidad Indígena acudió al Protocolo Facultativo establecido en este Pacto (ratificado por Canadá en el año 1976), para denunciar a Canadá por violación del artículo 1º. Los hechos denunciados consistían en que el gobierno provincial de Alberta había expropiado el territorio de la Agrupación en beneficio de intereses de empresas privadas dedicadas a la explotación de gas y petróleo. El Comité²⁴ admitió el caso, pero basándose en el artículo 27 del Pacto y no en el 1º. Resolvió que las acciones denunciadas violaban las garantías de integridad cultural reconocidas en el artículo 27, fallando de esta manera a favor de una Comunidad, es decir, protegiendo derechos colectivos y no individuales, con lo cual sentó importante jurisprudencia para futuras demandas de pueblos indígenas²⁵.

²⁴ El artículo 28 y siguientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la creación de un Comité de Derechos Humanos, el cual, según el artículo 1º del Protocolo Facultativo es el encargado de recibir denuncias de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado que reconoce la competencia del Comité, y que aleguen ser víctimas de la violación de alguno de sus derechos por ese Estado parte.

²⁵ Comunicación N° 167/1984, Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon con Canadá, 10 de mayo de 1990. En: MONSALVE Suarez, Sofía. Derecho a la tierra y derechos humanos. El Otro Derecho N° 31-32, agosto 2004, ILSA, Bogotá Colombia.

Finalmente, es importante mencionar el artículo 28 del Pacto que crea el Comité de Derechos Humanos. El Comité es un órgano compuesto por expertos independientes encargados de supervisar la aplicación del Pacto. La competencia del Comité abarca 3 procedimientos; el primero es el de presentación de Informes, establecido en el artículo 40 del Pacto. Esta norma dispone que todos los estados Partes deben presentar al Comité un informe en el plazo de un año desde la adhesión al Pacto y posteriormente, cada vez que el Comité lo requiera. Éste examina cada informe y señala sus observaciones y recomendaciones a través de las llamadas “observaciones finales”. El segundo procedimiento lo establece el artículo 41 del Pacto, mediante el cual el Comité deberá recibir las denuncias entre los Estados que se refieran al no cumplimiento de las disposiciones de este Pacto. Finalmente, de acuerdo al Primer Protocolo Facultativo del Pacto, se le otorga al Comité competencia para examinar denuncias de particulares por supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes, siendo vinculantes sus resoluciones para todos aquellos Estados que sean parte del Protocolo²⁶. Es este el procedimiento que han utilizado diversas agrupaciones de derechos humanos, incluidas las de pueblos indígenas, para denunciar abusos cometidos por los Estados, como es el ejemplo del caso del Grupo del Lago Lubicon con Canadá mencionado anteriormente.

²⁶ Chile ratificó el Protocolo Facultativo con fecha 27 de mayo de 1992, con la siguiente reserva: “Al reconocer la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar comunicaciones de personas, es el entendimiento del Gobierno de Chile que esta competencia es aplicable respecto de hechos producidos después de la entrada en vigor para este Estado del Protocolo Facultativo, o, en cualquier caso, a los actos iniciados después del 11 de marzo de 1990”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Situación de ratificación, reservas y declaraciones del Protocolo Facultativo del PIDCP, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>.

A.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966)

El artículo 1 de este Pacto es idéntico al del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Ambos instrumentos reflejan los derechos estipulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero incluyen esta norma que no está contenida en la Declaración y que se refiere a la libre determinación de los pueblos.

Con respecto a este tema, que abordan ambos pactos, debemos hacer un alcance debido a la controversia que se ha generado a lo largo de la historia en la comunidad internacional, respecto al término “pueblos” y a la negativa existente entre los Estados de aceptar la calidad de pueblos de las poblaciones indígenas como una forma de no reconocer la aplicación de este artículo sobre la libre determinación a la realidad indígena, lo cual significaría un reconocimiento de su derecho propio y de sus libertades fundamentales.

Como una forma de aclarar este punto, en el año 1974, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías, decidió en su resolución 2 (XXVII) nombrar un Relator Especial para que realizara un estudio sobre “El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas. En su informe, el Relator Especial establece que la aplicación del principio de libre determinación “no puede interpretarse como estímulo a los movimientos de secesión o irredentistas, o como justificación de las actividades encaminadas a modificar el sistema de gobierno de un país”. Define el término “pueblo” como una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias; implica una relación con un territorio incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población; agrega, finalmente, descartando el reconocimiento de los indígenas como pueblo, que: El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya

existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁷

A.7 Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

Este Convenio constituye uno de los pocos instrumentos internacionales que reconoce la estrecha relación de los indígenas con el ecosistema, por lo que, a pesar de no ser un convenio dirigido a los pueblos, ni de abordar el tema de la libre determinación, compromete a los Estados contratantes con la protección del medio ambiente, base fundamental para una protección y reconocimiento de derechos indígenas. En su preámbulo reconoce la “estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos”, para posteriormente establecer en la letra j del artículo 8º que los Estados con sujeción a la legislación nacional deberán 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”.

Es importante cuando se trata de implementar en una determinada zona, proyectos de inversión, de extractivos de recursos de recursos naturales, etc, de grandes compañías que pudiesen afectar el ecosistema existente y por ende, perjudicar el uso y goce de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas. En Chile, es la Corporación Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), quien junto a sus respectivas Corporaciones Regionales (COREMA), están a cargo de evaluar aquellos proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, que pudiesen afectar el ecosistema y los recursos naturales de los pueblos indígenas, aprobándolos o rechazándolos según

²⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 124-126.

cumplan o no con la normativa vigente que se encuentra regulada en la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente.²⁸

A.8 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

Como hemos podido apreciar, los instrumentos internacionales existentes sobre derechos humanos no abarcan específicamente el tema indígena. Es por esta razón, que los representantes indígenas han afirmado que sus aspiraciones deben enunciarse en un instrumento específico, por lo que este proyecto constituye una de las iniciativas más importantes de las Naciones Unidas a favor de los pueblos indígenas.

Los derechos proclamados en el proyecto son los que por general se consideran vigentes en las sociedades soberanas; los derechos a la supervivencia, a la identidad política y cultural y al dominio de recursos. Algunos gobiernos apoyan el proyecto, mientras que otros se oponen a muchas de sus disposiciones.

El proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas consta de nueve secciones que regulan una amplia gama de los derechos humanos y libertades fundamentales relativas a los pueblos originarios. En su forma actual, estas secciones tratan de las siguientes materias:

- los derechos a la libre determinación, a la participación en la vida del Estado, la nacionalidad y la prohibición de la discriminación,
- las amenazas a la supervivencia de los pueblos indígenas como pueblos distintos,
- su identidad espiritual, lingüística y cultural,
- los derechos a la educación, la información y el trabajo,

²⁸ En la Tercera Parte de este Capítulo, me referiré en profundidad a la Ley 19300.

- los derechos de participación, el desarrollo y otros derechos económicos y sociales,
- la tierra y los derechos sobre los recursos,
- el ejercicio de la libre determinación y las instituciones indígenas,
- la aplicación efectiva de la declaración y las disposiciones finales de carácter general.

En esta declaración se dispone que los derechos enunciados representan las normas mínimas para la protección de los derechos de los pueblos originarios en todo el mundo. También establece procedimientos equitativos y justos para resolver litigios entre estos pueblos y los gobiernos, entre los cuales se cuentan la mediación, la negociación y la revisión internacional y regional de los derechos humanos y diversos mecanismos para la presentación de reclamaciones.

La idea de este proyecto nació en el año 1985 al interior del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas, el cual decidió que debían elaborar un “proyecto de declaración sobre los derechos indígenas” para que fuera posteriormente aprobado y proclamado por la Asamblea General, pues el tema de los derechos indígenas debía ser tratado de forma específica y no pretender que se podía seguir aplicando a un problema tan importante, las normas generales de protección de los derechos humanos, las cuales resultan insuficientes para proteger y garantizar los derechos de estos pueblos, por lo que era indispensable crear un instrumento de protección propio.

Luego de un arduo trabajo, en 1993 el Grupo de Trabajo presentó el texto del proyecto titulado “Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la cual aprobó el proyecto al año siguiente y lo presentó ante la Comisión de Derechos Humanos.

En 1995, la Comisión creó un grupo de trabajo de composición abierta, es decir, integrado por todos los gobiernos interesados y por las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas; con el objeto de examinar el mencionado proyecto. Estableció también un procedimiento para que fuese posible que organizaciones de pueblos indígenas, que no son entidades consultivas,

participaran activamente en el grupo de trabajo y por lo tanto, en la redacción y aprobación del proyecto.

Finalmente, la Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

Esta Declaración reconoce el derecho propio indígena al garantizar a los pueblos indígenas diversos derechos que constituyen este derecho propio, como son el derecho a la libre determinación, el derecho a tener su propia organización política e instituciones, el derecho al uso y aprovechamiento de sus recursos naturales y su derecho ancestral sobre estos recursos y reconoce también los sistemas propios de sanción de conductas antijurídicas dentro de las comunidades indígenas.

Se reconoce a los pueblos indígenas como titulares del derecho a la libre determinación. Establece su artículo 3º: “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”. Este reconocimiento, se refuerza con los artículos 4º y 5º, que consagran el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno en sus asuntos internos, conservando para esto, sus organizaciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Por su parte, el artículo 20 garantiza el derecho “a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales” para el desarrollo y subsistencia de los pueblos indígenas. El artículo 33 refuerza el derecho de la libre determinación al garantizar que los indígenas “tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. Agregando el artículo 34 que, tienen derecho a promover y mantener sus propias estructuras institucionales, su costumbre, su sistema jurídico, respetando las normas internacionales de derechos humanos. Esta disposición significa un reconocimiento del derecho propio indígena y le señala límites que no se enmarcan en las legislaciones locales, sino más bien se refiere a los mínimos jurídicos del Derecho Propio.

En cuanto al derecho de propiedad, la Declaración reconoce la propiedad ancestral indígena, tanto de la tierra como de los recursos naturales, señalando el 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”. Además, se reconoce el sistema normativo de los pueblos indígenas, en el tema del territorio y de los recursos. Así lo establece el artículo 27 que dispone que: “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”. Lo que hacer esta norma es dar cabida al pluralismo jurídico, pues permite la convivencia entre el ordenamiento jurídico de cada país con el sistema normativo indígena, estableciendo además, los límites dentro de los cuales se aplicará la legislación indígena, que es, en el tema de los derechos de propiedad. Por lo que no debiese existir ningún conflicto en la aplicación de las normas del derecho propio indígena.

Se establece también, un sistema de reparación, que puede consistir en la restitución o en una indemnización, respecto de los territorios y recursos de los pueblos indígenas que hayan sido confiscados, ocupados o dañados, sin el consentimiento de estos pueblos (Artículo 28). Esta disposición es muy importante, pues servirá de base para demandas indígenas de reivindicación de territorios.

La Declaración también garantiza los derechos culturales de los pueblos indígenas, estableciendo en su artículo 11 que los indígenas tienen derecho a “practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”. Esto incluye su derecho a mantener y desarrollar sus manifestaciones culturales, como sus lugares arqueológicos e históricos, además de la obligación de los Estados a reparar aquellos lugares que hayan sido privados a los indígenas sin consentimiento previo. Agrega el Artículo 31 que los indígenas tendrán “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”

Finalmente, el artículo 37 establece la fuerza coactiva que deben tener los tratados y acuerdos que se firmen entre los pueblos indígenas y un Estado determinado. Dichos instrumentos deberán ser respetados tanto por el Gobierno firmante, como por sus sucesores, no pudiendo desconocer su validez. Además prescribe, que esta Declaración no podrá ir en desmedro de los derechos reconocidos en alguno de esos acuerdos.

B. Organización de Estados Americanos (OEA).

Al igual que las Naciones Unidas, para la Organización de Estados Americanos, el tema indígena no ha sido abordado específicamente por este organismo, sino sólo durante los últimos años. Es por esto, que tampoco existen instrumentos especializados en el tema, por lo que los pueblos indígenas han debido luchar contra la discriminación y desigualdad en Latinoamérica con los instrumentos comunes de derechos humanos.

A partir de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha visto un trabajo al interior de la OEA, tendiente a promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, a través de sus visitas in loco y de la elaboración de informes generales y especiales sobre la situación de los pueblos indígenas de cada país. De igual forma, la Comisión, por medio de su sistema de casos individuales, ha resuelto peticiones de personas o comunidades indígenas cuyos derechos han sido violados, basando sus resoluciones en los instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Americana, la Convención Americana, el Convenio 169 de la OIT, etc, interpretando así evolutivamente los instrumentos existentes, permitiendo un avance en materia de reconocimiento de derechos

indígenas a través de sus distintos fallos. Casos emblemáticos en que la CIDH ha reconocido violaciones a los derechos humanos de comunidades indígenas, ordenando a los Estados denunciados la adopción de políticas de estado que permitan el restablecimiento del derecho en las comunidades vulneradas. Como ejemplo de esto, podemos nombrar algunos casos como “Yanomami con Brasil”, “Dann con Estados Unidos”, “Awas Tingni con Nicaragua”, “Yakye Axa con Paraguay”, entre otros. La importancia de estos casos, es que la CIDH ha sentado importante jurisprudencia en el reconocimiento del derecho propio indígena, razón por la cual, creo conveniente referirme a ellos. En los siguientes párrafos trataré el caso de la Comunidad Indígena Yanomami y el de las hermanas Dann de la Comunidad Western Shoshone, en tanto que, los casos de “Awas Tingni” y “Yakye Axa”, serán tratados en la Parte II de este capítulo, a propósito del análisis de algunas sentencias de la CIDH y de la Corte Interamericana sobre reconocimiento de derecho propio, específicamente, de propiedad ancestral indígena.

En el caso de la Comunidad Indígena Yanomami, el 15 de diciembre de 1980 fue interpuesta ante la CIDH una denuncia en contra del Estado de Brasil por supuestas violaciones a los derechos humanos de los indígenas yanomami, basando su alegación en los artículos 1º, 2, 3, 11, 12, 17 y 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁹. Concisamente, las acciones estatales denunciadas por los demandantes consistían en la construcción de una autopista transamazónica que atravesaba territorio indígena, el incumplimiento en la creación del Parque Yanomami para la protección del patrimonio indígena, la autorización del gobierno brasilero para la explotación de riquezas del subsuelo en los mismos territorios y el desplazamiento de los indígenas yanomami de sus tierras ancestrales provocando graves daños en su cultura, tradición y costumbres. La CIDH en su Resolución N° 12/85 acogió la denuncia interpuesta declarando en su considerando N° 10 e) el reconocimiento a la propiedad

²⁹ Los artículos invocados se refieren a los siguientes derechos: Artículo 1: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Artículo 2: Derecho de Igualdad ante la ley. Artículo 3: Derecho de libertad religiosa y de culto. Artículo 11: Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Artículo 12: Derecho a la educación. Artículo 17: Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles. Artículo 23: Derecho de propiedad.

de los indios yanomami de los territorios ocupados ancestralmente por éstos, los cuales fueron invadidos por trabajadores en la construcción de la autopista transamazónica, quienes además pretendieron asentarse en dichas tierras, ocasionando graves daños a la salud y a la vida en general de los yanomami. Mientras que el considerando 12 contiene las medidas adoptadas por el gobierno de Brasil para corregir estas violaciones, señalando el desplazamiento de personas no indígenas del territorio yanomami, la prohibición de empresas mineras de ingresar a la zona y la construcción del Parque Yanomami, que cubriría además, zonas aisladas donde también habitan miembros de la comunidad indígena. Concluye el informe señalando que existió violación de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración en contra de los indígenas Yanomami: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1), Derecho de residencia y tránsito (artículo 8) y derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9), debido a la omisión del gobierno brasilero en la adopción de medidas oportunas y eficaces a favor de esta comunidad.³⁰

En el caso “Dann versus Estados Unidos”, el 2 de abril de 1993 se presentó ante la CIDH por el Indian Law Resource Center en representación de Mary y Carrie Dann, dos hermanas ciudadanas norteamericanas integrantes del pueblo indígena Western Shoshone, una denuncia en contra del Gobierno de los Estados Unidos. Estas hermanas viven en una hacienda en la comunidad rural de Crescent Valley, en Nevada, y sus tierras forman parte del territorio ancestral del pueblo Western Shoshone. Conjuntamente con otros miembros de su familia, ocupan, usan para la caza y cría de su ganado, y utilizan de diversas maneras, desde tiempo inmemorial, las tierras que se encuentran dentro del territorio ancestral de la comunidad Western Shoshone, el cual abarca no sólo la hacienda de las hermanas, sino también tierras de pastoreo y bienes en el Estado de Nevada.

Los peticionarios sostuvieron que el gobierno norteamericano interfirió en el uso y ocupación de estas tierras, al retirar y amenazar con el retiro físico del ganado de las

³⁰ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución N° 12/85, Caso N° 7615 (Brasil) 5 de marzo de 1985. Informe Anual 1984-1985. <www.cidh.org>

hermanas Dann y al permitir actividades de exploración aurífera dentro del territorio ancestral de la Comunidad de los Western Shoshone, alegando que éstos eran territorios del estado; siendo responsables de la violación de los artículos 2, 3, 6, 14 y 23 de la Declaración Americana³¹. Por su parte el gobierno norteamericano negaba las violaciones argumentando que la denuncia planteada tiene relación con un largo litigio por el título y uso de las tierras, situación que es objeto de estudio por parte del gobierno. Además sostienen que, respecto al territorio tradicional de los Western Shoshone, esta Comunidad perdió todo interés en las tierras en el año 1872 a raíz del emplazamiento de estadounidenses no nativos, situación que fue dirimida ante el ICC³², la cual otorgó una indemnización a los Western Shoshone por la pérdida de sus tierras³³. En el año 1999, el gobierno presentó al Congreso dos proyectos de Ley, “Ley de administración de tierras públicas de Nevada” y “Ley de distribución de derechos de los Western Shoshone”. El primero de ellos, autorizaba a la Secretaría del Interior a disponer de las tierras públicas vendiéndolas en licitación abierta para intereses privados. Mientras que el segundo, autorizaba a realizar una distribución per cápita de los fondos otorgados por la ICC para caducar los derechos a las tierras ancestrales de los Western Shoshone. Estos proyectos, de ser aprobados, afectarían a los territorios ocupados por las hermanas Dann y por la comunidad, además de efectuar una distribución de fondos que nunca fueron aceptados por la Comunidad.

En cuanto al derecho de propiedad, los peticionarios sostuvieron que las hermanas Dann y otros comuneros de Western Shoshone, establecieron debidamente un derecho a los territorios ancestrales a través de modalidades de uso y ocupación de dichas tierras y de sus recursos naturales, refiriéndose a esto como “sistema consuetudinario de tenencia de tierras”, forma de propiedad reconocida como título indígena por la legislación norteamericana y por otras jurisdicciones de derecho

³¹ Los Artículos invocados se refieren a los siguientes derechos: Artículo 2: Igualdad ante la ley. Artículo 3: Derecho de libertad religiosa y de culto. Artículo 6: Derecho a la constitución y protección de la familia. Artículo 14: Derecho al trabajo y a una justa retribución. Artículo 23: Derecho a la propiedad.

³² “Indian Claims Commission”: Comisión de Reivindicaciones Indígenas. Es un organismo extrajudicial establecido por Estados Unidos y encargado de los temas sobre reivindicaciones indígenas.

³³ La indemnización otorgada fue de US\$ 26.145.189,89, suma mantenida en fideicomiso por la Secretaría del Interior hasta que se acuerde un plan de distribución con la Comunidad Shoshone.

común. En cuanto al derecho de libre determinación, los peticionarios sostuvieron que el gobierno norteamericano viola este derecho al privar a las hermanas Dann de sus tierras y recursos, es decir, de sus medios de subsistencia, y además, las excluye en la participación de decisiones que afectan sus tierras y recursos naturales.

En su Informe N° 75/02, número 130, la CIDH se refiere a los principios jurídicos internacionales generales aplicables a los derechos indígenas, señalando que éstos incluyen:

- “el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.”³⁴

Basado en lo anterior, la CIDH concluye que el Gobierno de los Estados Unidos no ha garantizado el derecho de propiedad de las hermanas Dann en condiciones de igualdad, infringiendo lo dispuesto en los artículo 2, 18 y 23 de la Declaración Americana, en relación a la reivindicación de los derechos de propiedad de las tierras ancestrales de Western Shoshone, recomendando al Estado otorgar una reparación efectiva para garantizar el respeto del derecho a la propiedad, respecto de las reivindicaciones por esos territorios, pues los procedimientos de la ICC, en lo referente

³⁴ Análisis de CIDH, Número 130, contenido en el Informe N° 75/02, Caso 11140. 27 de diciembre de 2002, Informes Aprobados año 2002,<www.cidh.org>

a la caducidad de los títulos de propiedad de esos territorios, fueron adoptados en ausencia de las hermanas Dann, es decir, sin que ellas tuviesen un papel efectivo en las decisiones adoptadas, sino que más bien, se debió a una decisión arbitraria del gobierno norteamericano.

Dada la alta demanda ante la CIDH de comunidades indígenas por violaciones a los derechos humanos y la inexistencia de un instrumento internacional específico que pudiese resolver estas violaciones, la Comisión, por una recomendación de la Asamblea General de la OEA y por iniciativa propia, comenzó la preparación de una Declaración de los Pueblos Indígenas, para constituir el primer instrumento especializado en la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Para esto, la Asamblea General de la OEA formó un Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual ha desarrollado diversas reuniones, siendo una de las últimas, la realizada en Washington DC, Estados Unidos, entre el 14 y 18 de abril de 2008. Esperamos que esta Declaración se vuelva una realidad dentro de poco tiempo.

Siguiendo con nuestro capítulo, me referiré a los instrumentos más importantes emanados de la OEA, los cuales, a pesar de no tratar específicamente los derechos indígenas, han sido invocados frecuentemente, como ya lo he mencionado, en las denuncias interpuestas ante la CIDH y la Corte Interamericana, por lo que considero importante mencionarlas a continuación.

B.1 Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969).

Este instrumento de derechos humanos constituye uno de los pactos más importantes suscrito por los Estados Americanos, pero no contiene disposición alguna que haga referencia a los pueblos indígenas, a pesar del gran número de éstos que habita en la región. Sin embargo, su artículo 1 es aplicable en términos generales a los pueblos indígenas pues señala que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Esta disposición ha servido de base para fundamentar denuncias contra los Estados americanos ante la Comisión, por violaciones a los derechos humanos cometidas contra pueblos indígenas.

De esta forma, frente a la carencia de una normativa especializada, esta Convención ha sido utilizado como un instrumento protector de los derechos de estos pueblos, convirtiéndose en una importante fuente de jurisprudencia, al ser fallados los casos ante la Corte Interamericana basándose en esta Convención, como por ejemplo en el caso de Awas Tigni contra Nicaragua, donde la Corte, fundándose en el reconocimiento del derecho propio indígena de la comunidad de Awas Tigni, reconoció la propiedad ancestral indígena como derecho de dominio que prevalecía por sobre los derechos que pudiesen tener terceros o el Estado de Nicaragua, ordenando la demarcación de tierras y condenando al pago de una indemnización, basándose para ello, en lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención Americana, que trata el derecho a la propiedad privada, estableciendo: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. 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”

B.2 Instituto Indigenista Interamericano y los Congresos Indigenistas Interamericanos.

En el año 1940 se crea el Instituto Indigenista Interamericano con sede en Ciudad de México, derivado de un acuerdo de los gobiernos integrantes reunidos en el Primer Congreso Indigenista Interamericano y fue incorporado como organismo especializado de la OEA en el año 1953.

Entre sus funciones más importantes están la de actuar como Comisión Permanente de los Congresos Indigenistas Interamericanos y ejecutar las resoluciones de éstos, orientar a las organizaciones indígenas cuando lo soliciten y preparar técnicos y especialistas en asuntos indígenas, entre otras.

Los Congresos indigenistas se realizan desde el año 1940, cuando la OEA realizó el Primer Congreso de este tipo, por iniciativa de representantes indígenas y de Estados interesados en abordar el tema. El objetivo de este organismo es adoptar acuerdos, resoluciones, recomendaciones y conclusiones en relación con los pueblos indígenas. Pese a que dichas resoluciones no constituyen instrumentos jurídicos obligatorios, han servido de base para las políticas indigenistas dominantes en algunos países latinoamericanos.

En relación a nuestro tema, este organismo ha dictado una serie de textos que hacen referencia al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, dentro de los cuales destacan:

- Defensa social de las razas indígenas por medio de leyes protectoras. Este documento fue aprobado durante el Primer Congreso y respecto a la aplicación de justicia recomienda a los Estados “dar instrucciones a los jueces, para que consulten las costumbres y circunstancias especiales de los grupos raciales indígenas, al aplicar los supuestos generales de la ley”.
- Resolución N° 20 adoptada en el Noveno Congreso, realizado en 1985. Esta resolución contiene importantes recomendaciones para el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, especialmente para los Estados miembros de la Convención Internacional de Patzcuaro, como el reconocimiento de las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas de los países miembros y que éstos además, estudien la posibilidad de adecuar sus sistemas penales y civiles vigentes, a la especificidad sociocultural de estos pueblos, tomando en cuenta sus normas consuetudinarias.
- Declaración de Managua. Finalmente tenemos esta declaración aprobada en el Congreso Indigenista de 1993, realizado en Nicaragua. Esta dispone que los países que suscriben apoyan firmemente la demanda indígena, comprometiéndose a que sus ordenamientos jurídicos tengan en cuenta los usos y costumbres de los pueblos originarios.

Como podemos apreciar, las resoluciones emanadas de los Congresos indigenistas, han resultado bastante progresistas en cuanto a la demanda del reconocimiento del derecho propio indígena, pero lamentablemente al no constituir éste un órgano coercitivo, los países participantes han firmado sus acuerdos y se han comprometido en el papel, pero no han llevado a efecto estas recomendaciones en sus respectivas legislaciones. Sin embargo, estas resoluciones si han sido una herramienta importante que ha servido de base para fallos de la CIDH y de la Corte Interamericana.

C. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

Desde 1921, la OIT inició sus estudios sobre los trabajadores indígenas abordando así también el tema indígena, sin ser un organismo especializado en derechos humanos. Estos estudios han generado importantes convenios, entre los que destacan el N° 50, relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas, de 1936; el N° 64, sobre la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, de 1939; el N° 86, acerca de la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, adoptado en 1947; el N° 104 de 1955, sobre la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, y finalmente; los dos Convenios más importantes de la OIT, el N° 107 junto a la Recomendación N° 104, de 1957 y el N° 169 la versión revisada del anterior, aprobada en el año 1989; los cuales dada su importancia, serán analizados con mayor atención.

C.1 Convenio N° 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los países independientes (1957).

Este Convenio constituye el primer instrumento internacional en tratar de un modo sistemático y referirse exclusivamente a los derechos indígenas.

El Convenio ha sido ratificado por 27 países, entre los cuales se encuentran 14 americanos, como Argentina, Bolivia, Colombia, México y Perú, entre otros. Para todos estos países, el convenio tiene carácter de obligatoriedad, como todo tratado internacional.

Su principal objetivo es la protección e integración progresiva de los pueblos indígenas en las colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo. Además prohíbe el uso de la fuerza y la coerción contra los pueblos indígenas y recomienda la adopción de medidas especiales para proteger sus instituciones, libertades personales, bienes y trabajo.

Pese a su importancia como primer instrumento internacional dedicado exclusivamente al tratamiento del problema indígena, ha sido ampliamente criticado pues busca a través de sus normas, la integración gradual de los indígenas a la sociedad, legitimando de esta forma, su gradual extinción como pueblos autónomos. Por otra parte, también se le critica su enfoque asimilacionista y etnocentrista, otorgando concesiones a los intereses nacionales por sobre los derechos de los pueblos originarios, y manteniendo una postura de sociedad dominante versus grupos minoritarios, en este caso, los pueblos indígenas.

Sin embargo, a pesar de esta orientación asimilacionista, este convenio contiene varias disposiciones que han respaldado la demanda indígena, específicamente en lo que ha derecho consuetudinario se refiere. En este aspecto es importante destacar lo dispuesto en los artículos 7 y 8. El primero dispone que: “1. Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario. 2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”.

Mientras que el artículo 8 por su parte señala que: “En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por los miembros de dichas poblaciones; b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal.”

En cuanto a los derechos territoriales, su artículo 13 consagra el respeto a de los derechos de propiedad en relación a su transmisión y al goce de la tierra, pero limitado eso sí, a lo que dispone la legislación nacional de cada país. En su punto dos, establece la obligación de adoptar medidas con el fin de impedir que personas no indígenas, abusando del desconocimiento de la legislación positiva, engañe a estos pueblos con el objeto de despojarlos de su propiedad y del uso de sus tierras, práctica que lamentablemente es frecuente en América Latina. De esta forma, si bien este artículo impone una gran limitación al derecho consuetudinario indígena en cuanto a los derechos de propiedad, pues lo enmarca dentro de la legislación nacional; constituye una protección legal frente a la usurpación de tierras ancestrales.

Podemos concluir, que este Convenio significó un reconocimiento al derecho consuetudinario indígena, otorgándole valor dentro del ordenamiento jurídico nacional, pero que al pretender establecer una política de asimilación y de integración de los pueblos indígenas a las sociedades dominantes respectivas, no podemos hablar de un reconocimiento efectivo del derecho propio indígena.

C.2 Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989).

Este convenio fue aprobado en 1989, y su objetivo fue reemplazar al Convenio 107. Es una revisión del anterior y constituye un avance sustancial en el reconocimiento de los derechos indígenas, abandonando el enfoque asimilacionista del convenio anterior.

Este instrumento parte de la base del respeto a las diferencias y características específicas de los pueblos. Consagra y garantiza el respeto a la integridad de sus valores, cultura e instituciones, permitiendo de esta forma mantener su propia

identidad, sin buscar la asimilación, aunque tampoco negándoles la posibilidad de integrarse a otras sociedades, siempre y cuando lo decidan libre y voluntariamente.

Quizás uno de los cambios más importantes, lo constituye la denominación de “pueblos”, en lugar de “poblaciones” indígenas, concepto utilizado en el Convenio 107. Esta modificación no estuvo exenta de discusión, pues durante la revisión, algunos miembros se oponían al uso de dicho término, por considerar que esto traería un reconocimiento del derecho a la autodeterminación. Mientras que, los que apoyaban la denominación de pueblo, argumentaban que serviría para consolidar, no el derecho de la autodeterminación, sino que simplemente, el reconocimiento del derecho de los indígenas a su identidad y constituiría una orientación hacia el respeto por su cultura y formas de vida. Al final de la discusión, se optó por el término “pueblo”, pero incluyendo una cláusula que establece que dicha denominación no implica mayores derechos que los reconocidos por este instrumento.

El Convenio 169 que entró en vigencia el 05 de septiembre de 1991, ha sido ratificado hasta la fecha por 20 países, siendo éstos y su fecha de ratificación los siguientes:

- Noruega, el 19 de junio de 1990.
- México, 05 de septiembre de 1990.
- Colombia, 07 de agosto de 1991.
- Bolivia, 11 de diciembre de 1991.
- Costa Rica, 02 de abril de 1993.
- Paraguay, 10 de agosto de 1993.
- Perú, 02 de febrero de 1994.
- Honduras, 28 de marzo de 1995.
- Dinamarca, 22 de febrero de 1996.
- Guatemala, 05 de junio de 1996.
- Países Bajos, 02 de febrero de 1998.

- Fiji, 03 de marzo de 1998.
- Ecuador, 15 de mayo de 1998.
- Argentina, 03 de julio de 2000.
- República Bolivariana de Venezuela, 22 de mayo de 2002.
- Dominica, 25 de junio de 2002.
- Brasil, 25 de julio de 2002.
- España, 15 de febrero de 2007.
- Nepal, 14 de septiembre de 2007.
- Chile, 15 de septiembre de 2008³⁵.

Con respecto a su contenido, este Convenio contiene como uno de sus principios básicos “el respeto a las culturas, formas de vida y de organización e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y tribales”, por lo tanto, otorga un importante reconocimiento al derecho propio indígena, tal como lo demuestran los artículos 8, 9 y 10 del Capítulo Primero y los artículos 14 y 17 del Capítulo Segundo; pero limitando este reconocimiento en favor de la aplicación de las legislaciones nacionales de los países bajo los cuales se encuentran sometidos estos pueblos.

En primer lugar, el artículo 8 establece: “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.” En este artículo encontramos una gran limitación a al derecho propio indígena, pues señala que en la aplicación del derecho nacional a los pueblos indígenas simplemente deberá tomarse en consideración sus costumbres, en lugar de establecer, que se juzgará a dichos pueblos basándose en ellas, es decir,

³⁵ Fuente: ILOLEX – 21.08.2009. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C169>

establece la “costumbre según ley”³⁶, por lo que en la práctica, el juez tendrá plena libertad de juzgar a una persona indígena, sin tener la obligación legal de consultar o de basar su decisión en normas de derecho propio indígena.

Por otra parte, esta norma reconoce el derecho a conservar las costumbres e instituciones propias, “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”, lo cual es compatible con la teoría de los mínimos jurídicos ya analizada en el Capítulo Primero pues sólo limita un reconocimiento del derecho propio a la compatibilidad, como ya se ha señalado, con los derechos humanos internacionalmente reconocidos³⁷.

Volviendo a las limitaciones, el artículo 9, se refiere a la aplicación del sistema penal indígena como medio de resolución de conflictos dentro de la comunidad indígena, pero siempre y cuando, no sea incompatible con el sistema nacional. De esta forma, restringe notablemente su utilización, limitando su reconocimiento. Del mismo modo, tampoco resuelve el asunto de los eventuales conflictos de leyes, por lo que esta norma resulta del todo insuficiente para resolver este tema, negando la posibilidad de un pluralismo jurídico.

El artículo 10, también contiene una disposición que restringe la cultura indígena. Esta dispone que: “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.” Con esto, anula la posibilidad de que los integrantes de las comunidades indígenas sean juzgados de acuerdo a sus propias normas, estableciendo simplemente ciertas medidas cautelares a favor de éstos, pero juzgándoselos bajo la legislación nacional respectiva.

³⁶ Un ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico de la aplicación de la costumbre según ley, lo encontramos en el artículo 2 de nuestro Código Civil, el cual establece “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

³⁷ Para la teoría de los mínimos jurídicos, ver Página 15.

El artículo 14 del Convenio reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y valida los usos y costumbres como justo título de dominio, al establecer que “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.” Con esta norma se reconoce el derecho de propiedad ancestral de los territorios ocupados por los indígenas, sin limitar este reconocimiento a la inscripción en registros nacionales de dichas tierras, es decir, al señalar la norma “sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, reconoce per se un derecho de propiedad a favor de los pueblos indígenas. Agrega además que “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”. Con esto, se otorga una herramienta legal para invocar ante los Estados parte una debida protección en contra de las usurpaciones que puedan afectar a los territorios indígenas, y garantizar la regularización de sus derechos de propiedad ancestral. Lo complementa el punto 3 de este artículo, que impone al Estado la obligación de establecer procedimientos adecuados dentro del ordenamiento jurídico nacional para “solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”, lo que permite contar con acciones judiciales eficaces ante los tribunales de justicia para reivindicar territorios indígenas.

Finalmente, el artículo 17, también representa un reconocimiento real y sin restricción al derecho propio en cuanto a los derechos de propiedad de dichos pueblos. Este artículo asegura el respeto a las modalidades de transmisión de derechos sobre la tierra al interior de las comunidades y fuera de éstas, reconociendo también el derecho de propiedad y posesión de tierras, y también prohíbe que personas extrañas a los pueblos indígenas se aprovechen del desconocimiento por parte de éstos de las leyes nacionales, para arrebatarse la propiedad de sus tierras. Esta práctica es frecuente y ha generado muchos abusos en una gran cantidad de comunidades indígenas, en varios países del mundo, y también en Chile, por lo que esta norma constituye una de las disposiciones más importantes del Convenio, que si es ratificado por nuestro país

podría servir de fundamento para terminar con una situación de injusticia que sufren hasta hoy en día los pueblos originarios.

PARTE 2. Reconocimiento y aplicación del derecho propio indígena en la jurisprudencia internacional. Casos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Denuncias contra el Estado Chileno.

A. INTRODUCCION.

El sistema interamericano de derechos humanos se desarrolló a partir de 1948 luego de la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual se convirtió en el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general. Posteriormente, en el año 1959, la OEA crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual tenía por misión realizar visitas “in loco” para observar e investigar la situación de derechos humanos en los Estados miembros. A partir de 1965, la CIDH fue autorizada para recibir denuncias o peticiones sobre casos individuales de violaciones a los derechos esenciales con lo que se comienza a materializar el sistema de protección interamericano.

Con la aprobación en 1969 y su entrada en vigor en 1978, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos culmina el proceso de estructuración de este sistema de protección, pues la Convención instrumentalizó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la CIDH, que ya había sido creada, y la Corte Interamericana de DDHH.

La CIDH se define en su Estatuto como un órgano “creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización (OEA) en esta materia”³⁸. Dentro de sus funciones está encargada de recibir, analizar e investigar peticiones individuales que aleguen violaciones a los

³⁸ Artículo 1º N° 1 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979. <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos9.htm>> [consulta: 4 de noviembre de 2008]

derechos humanos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención.³⁹

Por su parte, la Corte está definida en su Estatuto como “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁴⁰ La Corte tiene una función jurisdiccional y consultiva, como lo señala el artículo 3º de su estatuto. Sólo los Estados Partes y la Comisión tendrán derecho a someter un caso a su conocimiento. Es por eso que las peticiones individuales o de un grupo de particulares deben ser procesadas en primera instancia por la Comisión, quien determina su admisibilidad, es decir, si cumple con los requisitos exigidos por la Convención, para ser presentado el caso ante la Corte.

Hasta la fecha la Convención ha sido ratificada por 25 Estados miembros de la OEA de los cuales 22 han aceptado la competencia de la Corte. Estos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Estos Estados están bajo la jurisdicción de la Corte, por lo que las resoluciones adoptadas por ésta son obligatorias para aquellos.

Debido a la falta de un instrumento de protección específico dirigido a los pueblos indígenas, éstos han recurrido a la CIDH con el fin de denunciar las violaciones a sus derechos cometidas por los países americanos, pues el sistema de denuncias ha sido bastante utilizado por personas víctimas de atropellos a los derechos humanos. Sin duda el caso más emblemático en esta materia es el de la Comunidad Mayagna Awas

³⁹ Artículo 44 de la Convención: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte. El artículo 46 contiene los requisitos para que una petición presentada sea admitida por la Comisión. Se requiere que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna; que se presente en un plazo de 6 meses, contados desde la notificación de la resolución definitiva; que la materia no esté pendiente en otro tribunal internacional y que cumpla con las formalidades de individualización del peticionario.

⁴⁰ Artículo 1º del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979.

Tingni v/s Estado de Nicaragua, pues fue uno de los primeros casos referidos a derechos de propiedad que la CIDH envió a la Corte Interamericana para su resolución, debido a la falta de demarcación y reconocimiento oficial del territorio de dicha comunidad.

A continuación, se expondrá este caso junto a otros presentados ante estas instancias interamericanas y la jurisprudencia emanadas de sus resoluciones. Se presentarán en primer lugar algunas peticiones ante la Comisión y luego las que han sido interpuestas ante la Corte. Finalmente, se analizará la denuncia interpuesta por un grupo de mujeres pehuenche ante la Comisión contra el gobierno de Chile, por la construcción de la central hidroeléctrica Ralco; las decisiones adoptadas y el cumplimiento los acuerdos.

B. JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN.

B1. Informe 90/99. Caso Nº 11.713.

Comunidades Indígenas Enxet – Lamexay y Kayleyphapopyet – Riachito Paraguay.

Este caso fue presentado a la Comisión por la organización no gubernamental “Tierra Viva”, (Iglesia Agrícola) que representaba a las comunidades Lamexay y Riachito, ambas del Pueblo Enxet – Sanapana. Se trata del primer acuerdo de solución amistosa que restablece derechos de propiedad a una comunidad indígena en el sistema interamericano de derechos humanos, basándose en la propiedad ancestral de estos pueblos por sobre los títulos de propiedad adquiridos por terceros en dichos territorios, siendo un claro ejemplo de la jurisprudencia, de reconocimiento de derecho propio indígena, al reconocer la propiedad ancestral sobre los territorios de los pueblos Enxet - Sanapana.

Los Enxet son un pueblo indígena que habita desde épocas ancestrales la región del Chaco paraguayo y cuya población, actualmente, alcanza las 16 mil personas. A partir de 1885 el Gobierno comenzó a vender las tierras del Chaco a extranjeros, por lo que para 1950 todo el territorio Enxet era ocupado por estos nuevos propietarios.

Este pueblo ha reivindicado su territorio desde esos años, realizando varias solicitudes al Instituto de Bienestar Rural (IBR), además de acciones judiciales que persiguen decretar órdenes de no innovar respecto a los desalojos en dichas propiedades.

En el año 1992, la Constitución Paraguaya reconoció el derecho a la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas, dando mayor base jurídica a las reclamaciones que desde 1991 se venían efectuando ante el IBR con el objeto de reivindicar sus tierras. Asimismo el 9 de diciembre de 1993, como una forma de garantizar el proceso ante el Instituto, se solicitó la justicia el establecimiento de una medida preventiva de no innovar, la cual fue acordada en 1994. Esta resolución no fue acatada por los dueños de las fincas ocupadas, por lo que se iniciaron acciones penales.

Luego de dos años, el procedimiento criminal aun se encontraba en etapa de sumario y la tramitación administrativa ante el IBR aun estaba pendiente. Por esta razón, los representantes de este pueblo entablaron la denuncia ante la CIDH el 12 de diciembre de 1996.

Los peticionarios denunciaron ante la CIDH, que estos hechos constituían una violación por parte del Estado de Paraguay de los derechos a garantías judiciales, a la protección judicial, propiedad, a la residencia y a los beneficios de la cultura, que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 8, 25, 21 y 22, y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El 8 de enero de 1997, luego de recibida la denuncia, la CIDH decidió abrir el caso, remitiendo la denuncia al gobierno paraguayo con el objeto de que éste presentara un informe dentro de 90 días, el cual fue evacuado por Paraguay el 23 de junio.

El 3 de julio de 1997 se celebró una audiencia de solución amistosa en Asunción, firmándose un acuerdo en marzo del año siguiente en Washington. Posteriormente fueron celebradas varias reuniones con el fin de dar seguimiento a los compromisos acordados en dicha audiencia.

El acuerdo consistió en que Paraguay compraría las tierras referidas en la denuncia y las entregaría a las comunidades indígenas Enxet – Lamexay y Kayleyphapopyet – Riachito. Además el gobierno se comprometió a proveer la asistencia necesaria a estas comunidades, consistentes en víveres, medicamentos y transporte desde su residencia actual a sus territorios originarios, así como garantizar asistencia sanitaria, médica y educacional en éstos.

El 30 de julio de 1999 el Presidente de la República, don Luis González Macchi, hizo entrega a los representantes de este pueblo, en presencia de autoridades de la CIDH, de los correspondientes títulos de propiedad. De esta forma, el gobierno de Paraguay, al comprar los territorios a privados y entregarlas a las comunidades afectadas, reconoce la existencia de la propiedad ancestral de éstas sobre dichos territorios.

B2. Informe 68/03. Petición Nº 11.197.

Comunidad San Vicente Los Cimientos.

Guatemala.

En 1993 un grupo de 233 familias indígenas representados por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos y el Consejo de Comunidades Étnicas Runujel

Junam presentaron una denuncia ante la CIDH alegando que el Ejército de Guatemala los había desalojado violentamente de sus tierras, entregándolas a otra comunidad y estableciendo un cuartel militar. Se trata de un caso de reivindicación de tierras en el cual se reconoce la existencia de un derecho de propiedad ancestral sobre éstas, definiendo el conflicto mediante un acuerdo de solución amistosa donde el Estado, reconociendo la existencia de este derecho, transfiere el dominio de otras tierras en compensación por la usurpación sufrida.

Los hechos denunciados tienen su origen durante el conflicto armado desarrollado en Guatemala en los años 80, donde el sector denominado Los Cimientos, ubicado en el Chajul, departamento Quiché, habitado por 672 familias indígenas, fue invadido por el Ejército estableciendo un cuartel en la zona. Amenazados por el ejército con un eventual bombardeo y ante el asesinato de dos comuneros, la población fue desalojada violentamente del lugar en febrero de 1982, debiendo abandonar sus hogares, siembras y animales. Un mes después, algunas familias retornaron al lugar encontrando sus viviendas destruidas y constataron que sus pertenencias habían sido robadas.

El sector de Los Cimientos fue habitado desde principios del siglo veinte por los antepasados de estas familias indígenas. En 1909, el Presidente de la República adjudicó dichas tierras a sus posesionarios quedando inscrito y registrado el título de dominio. Posteriormente, en 1973, este título fue fraccionado, otorgándose fracciones de terreno a los solicitantes e inscribiéndose estos nuevos títulos.

Luego del desalojo, la Comunidad debió establecerse en diferentes zonas de Guatemala desde donde comenzaron a realizar gestiones ante el Gobierno solicitando la restitución de su territorio y el reconocimiento de sus títulos de propiedad. En 1990 se inició un proceso judicial, el cual hasta la fecha de la denuncia ante la Comisión (1993) se encontraba pendiente y sin grandes avances. En ese mismo año, el Ejército instalaba en el sector una aldea modelo, compuesta por 50 familias provenientes del

Chapul. Este método era utilizado en esa época por las fuerzas armadas con el objeto de reubicar a la población interna controlando así sus actividades.

En 1994 el Destacamento Militar fue retirado del lugar. Este hecho reactivó la demanda de estas familias por la restitución de sus propiedades, generando un nuevo conflicto ahora con las comunidades de Chajul y Cotzal que habitaban ese sector. Para estudiar el nuevo escenario, se constituyó la “Comisión Técnica Jurídica para el Estudio del Asunto de Los Cimientos”, integrada por los representantes de las partes en conflicto, además de algunos miembros gubernamentales.

El retorno de los desalojados tuvo varios tropiezos a causa de la acción de grupos pertenecientes presumiblemente a las “Patrullas de Autodefensa Civil” y funcionarios de algunos municipios que se dedicaron a amedrentar y prohibir el ingreso de estas familias a Los Cimientos, siendo nuevamente desalojados en dos oportunidades (1994 y 2001).

Los peticionarios denunciaron ante la CIDH que estos hechos eran una violación por parte del gobierno de Guatemala de los artículos 1, 5, 11, 21, 24, 25, 26 de la Convención, que consagran los derechos a la integridad personal, a la honra y dignidad, a la propiedad privada, igualdad ante la ley, protección judicial y el derecho al desarrollo progresivo.

La denuncia ante la CIDH se interpuso el 24 de agosto de 1993, siendo ésta remitida al Estado de Guatemala el 27 de ese mes. La respuesta fue presentada el 7 de enero de 1994, dando inicio al intercambio de información y observaciones.

El 15 de diciembre de 1995 se realizó una reunión entre las partes y el Relator de la CIDH con el objeto de tratar de llegar a una solución amistosa. Los peticionarios planteaban en sus demandas fundamentalmente dos cosas: el retiro de las familias de las Patrullas de Autodefensa Civil que ocupaban sus tierras y una indemnización a los desplazados.

Durante ese período la “Comisión Técnica” reconoció la validez de los títulos de propiedad pertenecientes a la Comunidad Los Cimientos y determinó una corrección de deslindes con los terrenos ocupados por la otra comunidad habitante del sector.

El año anterior a la celebración de dicha reunión, y en atención del retiro del destacamento militar, alrededor de 280 miembros intentaron volver a Los Cimientos, pero fueron amenazados y amedrentados por grupos pertenecientes a las Patrullas de Autodefensa Civil. Por esta razón, solicitaron a la Comisión el establecimiento de medidas cautelares para garantizar la seguridad e integridad de sus miembros. La Comisión remitió los antecedentes al Gobierno, el cual dispuso medidas de seguridad y protección para el retorno de los pobladores y realizó una serie de investigaciones para enjuiciar penalmente a los responsables de tales intimidaciones.

Pese a la acción del gobierno, las amenazas continuaron por lo que la comunidad se vio obligada a posponer su regreso y a solicitar en reiteradas oportunidades nuevas medidas cautelares.

Finalmente el acta de solución amistosa fue firmada el 11 de septiembre del 2002. En este acuerdo el gobierno de Guatemala movilizó a las 233 familias peticionarias a la finca San Vicente en Escuintla a principios de diciembre de ese año. Todo esto fue realizado con la declaración expresa de la comunidad de que la adquisición de esta finca satisfacía plenamente sus pretensiones de reivindicación de tierras, cediendo sus derechos de propiedad, posesión y herencia de la finca Los Cimientos al Fondo de Tierras.

C. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

C1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Nicaragua.

Este caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana el 4 de junio de 1998 y es uno de los más emblemáticos en el reconocimiento del derecho propio indígena. El caso tuvo su origen en el otorgamiento del gobierno de Nicaragua, de una concesión a favor de la Empresa forestal Sol del Caribe S.A. de un área de 30.000 hectáreas, desconociendo la propiedad inmemorial sobre esta área de la Comunidad Awas Tingni. Al no lograr una resolución satisfactoria, dado el incumplimiento de las decisiones adoptadas de parte del Estado de Nicaragua, la Comisión decidió presentar los antecedentes ante la Corte. Esta, en un fallo sin precedentes, reconoció la propiedad ancestral indígena como derecho de dominio que prevalecía por sobre los derechos que pudiesen tener terceros o el Estado, ordenando la demarcación de las tierras y condenando al pago de una indemnización por daño moral y a las costas del juicio, basándose en el reconocimiento del derecho propio indígena.

La importancia del fallo de la Corte Interamericana fue reconocer que los derechos territoriales de los pueblos indígenas, emanan de la ocupación, uso y tenencia ancestral de las tierras por parte de las comunidades indígenas, y no de los mecanismos establecidos en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, como el otorgamiento o el registro de tierras. En su libro “Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”, Fergus Mackay señala el alcance de esta sentencia: “En efecto, la Corte sostuvo que el título aborigen – derechos a las tierras y recursos basado en la ocupación y uso tradicional o inmemorial – es parte de la legislación obligatoria de derechos humanos interamericana cuestionando, sí es que no invalidando, siglos de tradición legal americana que sostenía que los derechos territoriales indígenas dependían del otorgamiento y

reconocimiento de las autoridades coloniales y de los estados que las sucedieron.”⁴¹ Lo que este fallo hace, es establecer que la inscripción de la propiedad raíz no está sobre la ocupación y uso inmemorial de las tierras de los pueblos indígenas, sirviendo de precedente importantísimo para casos de usurpaciones de tierras por parte de terceros o de Estados, amparados en la inscripción de tierras de propiedad ancestral indígena.

Procedimiento en Nicaragua.

La Comunidad de Awas Tingni es una comunidad Mayagna o Sumo de la Costa Atlántica de Nicaragua. Tiene una población de alrededor de 630 individuos agrupados en 142 familias, donde el idioma utilizado es el mayagna.

Se organizan políticamente según su propio derecho propio a través de una Junta Directiva Comunal elegida por la comunidad y reconocida constitucionalmente⁴².

El 28 de junio de 1995 la Junta Directiva del Consejo Regional de la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN), zona donde habita esta comunidad, emitió una resolución reconociendo un convenio de concesión firmado entre el Gobierno Regional Autónomo y la Empresa forestal Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA) para actividades de explotación forestal en la zona de Wakambay. En junio de ese año, el representante legal de la Comunidad Mayagna envió una carta al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA) protestando por la posible concesión en sus territorios sin haber sido consultados. Sin respuestas, el 11 de septiembre de 1995 se interpuso un recurso de amparo en contra del ministerio el cual fue rechazado por no presentarse dentro del plazo legal. Lo mismo sucedió con el recurso interpuesto luego ante la Corte Suprema con el fin de que se revisara la decisión del Tribunal de Apelaciones.

⁴¹ Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, Fergus Mackay, Ed. Copenhagen, 2002, Pág. 84.

⁴² Artículos 89 y 180 de la Constitución de Nicaragua y Artículo 11 (4) del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley N° 28 de 1987.

Finalmente, en marzo de 1996, el Estado otorgó una concesión de 30 años a SOLCARSA para la explotación de 62.000 hectáreas de selva tropical de la Costa Atlántica, dentro de tierras indígenas.

En un principio la Junta del Consejo Regional se opuso a la concesión pues ésta no les había sido consultada por el gobierno siendo que la Constitución nicaragüense exigía la aprobación del pleno del Consejo en estos casos. Por otra parte, la comunidad había presentado ante la junta una solicitud para que les asistieran en la demarcación de sus tierras ancestrales y detener el avance de la concesión. Se interpuso un recurso de amparo ante la Corte Suprema, el cual fue acogido y se declaró inconstitucional la concesión el 27 de febrero de 1997. Sin embargo, gracias a la intervención de funcionarios de gobierno, se logró la aprobación de ésta por el Consejo el 8 de octubre de 1997.

Un nuevo recurso de amparo fue presentado por los Mayagna, esta vez contra los miembros del Consejo por no proteger los derechos indígenas. Se falló a favor de los demandados el 12 de febrero de 1998.

Procedimiento ante la Comisión.

La denuncia fue presentada el 2 de octubre de 1995 y el 3 de diciembre del mismo año, una solicitud complementaria sobre medidas cautelares en virtud de que el Estado estaba a pasos de otorgar la concesión a la empresa forestal.

Una vez analizada la petición ésta fue reenviada a las partes para que presentaran un informe en el plazo de 90 días. En marzo de 1996, los peticionarios enviaron un proyecto de memorándum de entendimiento para lograr una solución al conflicto. Este fue rechazado por el Estado en una reunión celebrada en junio del mismo año entre las partes y la Comisión. En esa misma ocasión, la Comunidad solicitó al gobierno de Nicaragua un procedimiento para delimitar sus tierras, junto con suspender la concesión y la construcción de una carretera en el sector. Esto fue reiterado en

octubre, cuando se llevó a cabo una nueva reunión en la cual el Estado se comprometió a crear una Comisión Nacional de Demarcación para diferenciar las tierras estatales de las pertenecientes a la comunidad indígena.

La solicitud de medidas cautelares fue reiterada en 1997 por los peticionarios, pero el gobierno pidió no acogerla por la decisión adoptada por la Corte Suprema el 27 de febrero de ese año, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de la concesión. Pese a lo favorable del fallo, en octubre la Comisión determinó solicitar al Estado la adopción de medidas cautelares debido a la no suspensión de las operaciones forestales en la zona. El gobierno reaccionó requiriendo el cierre del caso, pues los vicios de forma por los cuales la concesión había sido declarada inconstitucional se habían subsanado con la ratificación del Consejo Regional de la RAAN.

Ante esto, los peticionarios declararon que la cuestión principal de la denuncia y que aun no estaba resuelta, era la falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de propiedad de la comunidad sobre sus tierras ancestrales. Asimismo, la actuación del Consejo Regional había sido motivada por intereses políticos, por lo que dicho organismo tampoco había velado por los derechos de este pueblo. Por estos motivos, solicitaron a la CIDH la elaboración de un informe según lo dispuesto por el artículo 50 de la Convención⁴³.

Esta postura de la Comunidad fue rechazada ampliamente por el Estado, el que esgrimía como fundamento para que la CIDH no siguiera conociendo del tema, el hecho de que existían dos recursos interpuestos ante tribunales nacionales, lo que significaba que los recursos internos no se encontraban agotados, uno de los requisitos para recurrir ante esta instancia interamericana.

⁴³ Señala el artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que: “1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. (...)
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.”

El 3 de marzo de 1998 la Comisión decidió aprobar el Informe N° 27/98 donde concluyó: “(...) que el Estado de Nicaragua no ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana de Derechos Humanos. (...) no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras. Esta omisión por parte del Estado constituye una violación a los artículos 1, 2, y 21 de la Convención, los cuales en su conjunto establecen el derecho a dichas medidas efectivas”.

“El Estado de Nicaragua, es responsable por violaciones al derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.”

La CIDH a través de este informe recomendó a Nicaragua establecer un procedimiento de demarcación con el fin de delimitar y reconocer oficialmente el territorio de la Comunidad de Awas Tingni, suspender toda actividad relativa a la concesión maderera hasta que no se llegara a un acuerdo al respecto e iniciar en el plazo de un mes un diálogo con la comunidad con el fin de lograr dicho acuerdo.

Nicaragua como respuesta al informe señaló que:

- a) con el objeto de dar cumplimiento a la demarcación y al reconocimiento, el gobierno cuenta con una Comisión Nacional para la demarcación de las tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica. Agrega también, que se elaborará un Proyecto de Ley de Propiedad Comunal Indígena que regule el derecho de propiedad ancestral.
- b) En cuanto a la concesión, ésta fue cancelada el 16 de febrero de ese año, notificándose al gerente general de SOLCARSA dicha resolución y prohibiéndole la realización de cualquier actividad en la zona.

- c) Finalmente en cuanto al diálogo, se señaló que existe una clara disposición a él y que la prueba de eso era el proyecto de ley antes mencionado.

Pese a que en su respuesta el gobierno solicitó dar por terminado el caso, la Comisión decidió presentarlo ante la Corte Interamericana.

Procedimiento ante la Corte.

El 4 de junio de 1998 la Comisión presentó la demanda contra el Estado de Nicaragua⁴⁴. El objetivo era que la Corte decidiera si Nicaragua violó los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar decisiones de derecho interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención. Estas violaciones se fundamentan en que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de Awás Tingni, no ha resguardado ni tomado medidas para proteger los derechos de propiedad ancestral y los recursos naturales de esta comunidad, lo que se demuestra con el otorgamiento de concesiones en su territorio sin su consentimiento; y por último no ha garantizado un recurso efectivo de reclamación de sus derechos para los pueblos indígenas.

La Comisión, por lo tanto, solicitó a la Corte que declarara la obligación del Estado de establecer un procedimiento de demarcación, reconocer los derechos de propiedad de comunidades de la zona y abstenerse de otorgar alguna concesión mientras no se delimiten correctamente los territorios. Complementario a esto, se solicitó una indemnización compensatoria por los daños materiales y morales a favor de la comunidad y el pago de todas las costas del juicio.

La primera gestión realizada por el gobierno de Nicaragua fue oponer una excepción preliminar de no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Esta

⁴⁴ Nicaragua es Estado Parte de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos desde 1979 y aceptó la competencia de la Corte en 1991, por lo que ésta es competente para conocer de las demandas interpuestas contra este Estado.

fue analizada en audiencia pública celebrada en 1999, rechazándose finalmente en sentencia dictada por la Corte el 1 de febrero del 2000, con lo cual se dio inicio al período probatorio.

Finalmente el 31 de agosto de 2001, la Corte dictó sentencia a favor de la Comunidad de Awas Tingni, resolviendo que:

- El Estado de Nicaragua violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención.
- El Estado violó también, el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, al haber otorgado la concesión de explotación forestal y al no haber dado una respuesta satisfactoria a las demandas de titulación de las tierras.
- El Estado deberá adoptar en su legislación interna, las medidas legislativas, administrativas y de otros caracteres necesarios “para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas (...)”⁴⁵.
- Deberá también, delimitar, demarcar y titular las tierras correspondientes a los miembros de la Comunidad Awas Tingni y abstenerse, mientras dure este proceso, de que cualquier agente de estado o un tercero realice o tolere actos que afecten la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en esa zona.
- El Estado además, deberá invertir por concepto de reparación del daño inmaterial causado, en un plazo de 12 meses, un total de US \$ 50.000 en obras o servicios en beneficio colectivo de la comunidad. Cancelará además, a los miembros de ésta, un total de US \$ 30.000 por los gastos y costas en los que hubiesen incurrido durante la tramitación del proceso interno e internacional.

⁴⁵ Puntos resolutivos. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. En <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/CasosCorte.htm> [consulta: 25 de agosto de 2009]

- El Estado tendrá la obligación de emitir un informe a la Corte cada seis meses sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a la sentencia.

Lo trascendental en esta sentencia, fue la interpretación que se le dio por parte de la Corte, al artículo 21 de la Convención y que permitió reconocer el derecho de propiedad de la Comunidad de Awas Tingni, por sobre los parámetros jurídicos estatistas, siendo una clara señal de pluralismo jurídico al dar el mismo valor al derecho propio indígena que al derecho positivo nicaragüense. La Corte interpretó la norma de manera amplia con el objeto de dar cabida dentro de su esfera de protección, no sólo a las formas de propiedad individual basadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino también a las formas de propiedad indígenas de carácter comunitario, que incluyen además del factor económico, factores culturales y que se basan justamente, en su derecho propio, aquí reconocido⁴⁶. Señala la Corte en su fallo: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁴⁷

A pesar de la trascendencia de este fallo y de su obligatoriedad para Nicaragua, el 3 de mayo del 2005 la Comunidad Awas Tingni volvió a recurrir a la Corte debido a que la situación de desprotección y amenaza sobre sus tierras se ha mantenido. Por medio de una Solicitud de reparaciones adicionales, la comunidad denunció los graves perjuicios que afectan a sus tierras ancestrales a causa de la tala ilegal de madera y el

⁴⁶ El Caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua, Luis Rodríguez-Piñero Royo, en *Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. José Aylwin, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, Pág. 225-226.

⁴⁷ Consideraciones de la Corte N° 151. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. En <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/CasosCorte.htm> [consulta: 25 de agosto de 2009]

asentamiento estable de colonos; situación que además es conocida y aceptada por los funcionarios de gobierno regionales y nacionales, siendo muchas veces parte activa de estas irregularidades. Con esto se demuestra que las resoluciones adoptadas por la Corte no han sido implementadas y que el gobierno de Nicaragua continúa violando los derechos reconocidos a la comunidad de Awas Tingni en la sentencia de agosto del 2001.

Dicha situación fue corroborada por el Informe del Relator Especial de la ONU, Doudou Diène del 4 de marzo del 2005, basado en la gira de investigación oficial que realizó durante el año 2004 por Honduras, Guatemala y Nicaragua, "En su análisis de la situación de pobreza, discriminación y exclusión política y social que enfrentan los pueblos indígenas y étnicos en Nicaragua, el Relator Especial hizo especial mención del problema de la falta de protección de las tierras comunales indígenas y étnicas en la Costa Atlántica y en particular, los problemas relacionados con las concesiones de "permisos de explotación forestal o minera a empresas sin previa consulta y autorización de estas poblaciones, [que] constituyen otros tantos atentados graves contra los derechos a la tierra". Como ejemplo de este problema, el informe menciona la demanda de la Comunidad Awas Tingni ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la falta de demarcación de las tierras de la Comunidad después de la Sentencia de la Corte IDH en el caso Awas Tingni"⁴⁸.

Finalmente, el 3 de abril de 2009, en Resolución de la Corte sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, declara que el Estado de Nicaragua ha dado cumplimiento total de la sentencia señalando en el punto 3: "Que, en consecuencia, el Estado ha dado pleno cumplimiento a la Sentencia de 31 de agosto de 2001 en el caso de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁴⁸ Carlos Pedro, Awas Tingni, Marcha por la defensa del agua y los recursos naturales, Awas Tingni vuelve a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marzo de 2006, <<http://www.observatorioderechosindigenas.cl>> [consulta: 27 de marzo 2006]

que impone a los Estados Partes en la Convención la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte⁴⁹.

C.2 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa

Paraguay.

En el año 2003 la Corte volvió a fallar a favor de los pueblos indígenas basándose en el reconocimiento de la propiedad ancestral sobre sus tierras. En este caso se trataba de un pueblo marginado y sometido a circunstancias inhumanas pues vivían a orillas de una carretera soportando condiciones de salud y vivienda muy precarias que incluso habían ocasionado de forma indirecta la muerte de muchos de sus integrantes por el escaso acceso a la salud.

Esta sentencia en particular, se pronuncia sobre el significado del reconocimiento de los derechos territoriales, estableciendo que estos derechos incluyen no sólo los derechos sobre la tierra, sino también, el derecho colectivo a la supervivencia, el control de su hábitat como medio necesario para su desarrollo cultural y el de su derecho propio. Estableciendo que el desconocimiento de los derechos ancestrales de propiedad de los pueblos indígenas, afecta no sólo este derecho, sino además otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia de los pueblos.

Procedimiento ante el Estado de Paraguay.

La Comunidad Indígena Yakye Axa pertenece al Pueblo Exet – Lengua, y está formada por 47 familias. Su principal actividad es la recolección y la caza, la cual han practicado históricamente. Desde el año 1996 se encuentran asentados en el kilómetro 80, a un costado de la ruta entre Pozo Colorado y Concepción, frente a la Estancia

⁴⁹ La sentencia del caso Awas Tingni de fecha 31 de agosto de 2001, junto a la Resolución de 3 de abril de 2009 sobre el cumplimiento de ésta forman parte del anexo de esta memoria.

Loma Verde, en el Departamento Presidente Hayes, territorio que reivindican como propiedad ancestral.

En el año 1993 iniciaron las gestiones administrativas y judiciales pertinentes para lograr la recuperación de dichas tierras, pero hasta la fecha de la denuncia (2001) el proceso continuaba pendiente, pese al mandato existente en la Constitución paraguaya del deber que tiene el Estado de proveer gratuitamente propiedad comunitaria a los pueblos originarios.

El lugar de asentamiento representaba un estado de vulnerabilidad económica, alimenticia y sanitaria. La contaminación proveniente del tránsito fluido y permanente provocaba enfermedades respiratorias principalmente a niños y ancianos, las que no eran adecuadamente tratadas por falta de asistencia médica. Esto se agravaba con la escasez de alimentos provocada por la prohibición judicial de los miembros de la comunidad de cazar y pescar (principales actividades de este pueblo, realizadas históricamente) en las tierras que reivindican.

Esta grave situación fue reconocida en 1999 por el Estado paraguayo mediante el Decreto Nº 3789/99 que declaró a la comunidad en estado de emergencia ordenando la distribución de ayuda sanitaria y alimenticia mientras durara el proceso de recuperación. Esta asistencia fue escasa y deficitaria, por lo que la situación de la comunidad se mantuvo, razón por la que decidieron acudir a la Comisión Interamericana para denunciar estos hechos.

Como una forma de agravar su condición, el 29 de agosto de 2001 un Juez Penal de Liquidación y Sentencia, ordenó el levantamiento de las viviendas pertenecientes a este pueblo por estar ubicadas en una franja de dominio público de uso y jurisdicción de la Dirección de Vialidad. Este acto fue consecuencia de un proceso seguido contra la ocupación, sin permitir las autoridades la defensa de los afectados. Con esto, los representantes de la Comunidad adicionaron a su petición, la adopción de medidas cautelares con el objeto de evitar el desalojo inminente.

Procedimiento ante la Comisión.

El 10 de enero del 2000 fue recibida la denuncia en la Comisión por la supuesta violación del Estado paraguayo del derecho consagrado en el artículo 25 de la Convención. En julio se remitieron los antecedentes al Gobierno con el fin de éste emitiera un informe en el plazo de 90 días. En marzo del 2001, durante el 110º período de sesiones de la Comisión, se realizó una audiencia donde las partes presentaron las bases para la negociación con el fin de llegar a una solución amistosa. Sin embargo, las negociaciones se interrumpieron luego de que el 11 de septiembre un Juez Penal dictaminara el desalojo de la Comunidad Yakye por ocupar terrenos de dominio público. Esto generó la petición de medidas cautelares a la Comisión pues el Estado se había comprometido a que durante el proceso de solución amistosa, garantizaba la ocupación pacífica de esa área por parte de los comuneros.

El 26 de septiembre la Comisión solicitó al Estado la adopción de las siguientes medidas:

- Suspender la ejecución de cualquier orden judicial o administrativa que signifique el desalojo de la Comunidad Indígena.
- No realizar acto alguno que afecte sus derechos de propiedad, circulación y residencia.
- Tomar las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad de este pueblo.

Estas medidas fueron adoptadas por el Estado, ordenando suspender todo trámite de desalojo ordenado por los tribunales. Sin embargo, los peticionarios señalaron en noviembre que el cumplimiento había sido parcial, pues la resolución judicial no estaba revocada y las medidas para asegurar su integridad no habían sido adoptadas aun.

Las negociaciones se reanudaron, culminando con la firma de un “Acuerdo de Acercamiento de Voluntades” en noviembre del 2001, donde se obligaban a informar

periódicamente del cumplimiento de los acuerdos. Pero dada la lentitud del gobierno de cumplir con las demandas indígenas, por decisión de su Asamblea, se retiraron del proceso de solución amistosa en enero del 2002.

Finalmente el 24 de octubre, la Comisión aprobó el Informe N° 67/02, según lo dispone el artículo 50 de la Convención. En este informe, recomienda a Paraguay, entre otras cosas:

- “Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena (...) respecto de su territorio ancestral”⁵⁰
- Garantizar el ejercicio de sus actividades productivas tradicionales.
- Terminar con el estado de emergencia en la zona.
- Proteger el hábitat reivindicado por la Comunidad mientras esté pendiente su titulación.
- Establecer un recurso judicial que tutele los derechos indígenas.

La Comisión dio al estado un plazo de dos meses para que informara sobre las medidas adoptadas, este informe, luego de una prórroga concedida, fue remitido el 19 de febrero del 2003. Después de analizar la respuesta del Estado, la Comisión decidió someter el caso a la Corte interamericana.

Procedimiento ante la Corte.

El 17 de marzo del 2003 la Comisión sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Paraguay por la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 8 (garantías judiciales), 21 (propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención.⁵¹ La Comisión argumentaba que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de esta comunidad indígena, pues la solicitud de reivindicación presentada en 1993 aun se encuentra pendiente, lo que ha significado un estado constante de

⁵⁰ Procedimiento ante la Comisión. Sentencia de 17 de junio de 2005. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. En Op. Cit. Nota 7.

⁵¹ Paraguay es Estado Parte de la Convención desde 1989 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 26 de marzo de 1993.

carencia de esta población, amenazando su subsistencia e integridad. Se responsabilizaba además al Estado de la muerte de 16 indígenas a causa de la falta de alimentación y de asistencia médica.

Luego de un examen preliminar, la demanda fue notificada al Estado el 11 de abril de ese año. Este, junto a los peticionarios presentó ante la Corte sus escritos de solicitudes y argumentos, acompañando prueba documental y ofreciendo testimonial y pericial.

La Comisión convocó a una audiencia pública que se celebró durante los días 4 y 5 de marzo, con el objeto de escuchar los alegatos de las partes en cuanto a fondo y las reparaciones y costas, además de las declaraciones de los testigos y peritos.

Los últimos antecedentes solicitados por la Corte como prueba para mejor resolver, fueron remitidos por el Estado durante el mes de mayo, quedando así el proceso en estado de fallo.

El 17 de junio del 2005 la Corte resolvió que:

- Paraguay violó los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, y el derecho a la propiedad, consagrados en los artículos 8, 25 y 21, respectivamente, de la Convención, en perjuicio de la Comunidad Yakye Axa.
- También violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención, por no adoptar medidas conducentes a mejorar las precarias condiciones de vida en que se encontraba esta comunidad. Pero en cuanto al caso específico de los 16 miembros, la Corte estimó que no habían elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida por parte del Estado.
- En cuanto a la reivindicación, Paraguay deberá identificar el territorio de la comunidad y entregárselo gratuitamente, en un plazo máximo de tres años. Mientras dure este proceso, deberá también suministrar los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia.

Con el objeto de adquirir tierras indígenas, el gobierno deberá crear un fondo destinado exclusivamente para dicho fin.

- El Estado deberá adoptar dentro de su legislación las medidas administrativas y legislativas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho de propiedad de los pueblos indígenas de Paraguay.
- Realizara un acto público de reconocimiento de su responsabilidad dentro del plazo de un año. Dentro del mismo, deberá rendir un informe a la Corte sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a la sentencia.
- Se condena además al pago de US\$ 45.000 por concepto de daño material, más US\$ 15.000 por las costas y gastos en que incurrió la Comunidad durante el juicio.

Como lo señalé en el comienzo de este caso, la Corte sentó importante jurisprudencia al señalar el significado del reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, lo cual se desprende de las siguientes consideraciones contenidas en esta sentencia:

“En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre 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, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor””

“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”.

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”⁵².

D. DENUNCIA CONTRA EL ESTADO CHILENO.

Chile es uno de los 25 Estados americanos que ha ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Es Estado Parte desde el 21 de agosto de 1990, fecha en que también aceptó la competencia de la Corte Interamericana. Por esta razón, debe someterse a la jurisdicción tanto de la Comisión como de la Corte y aceptar y adoptar las resoluciones que éstas emitan sobre las eventuales denuncias que se reciban contra el Estado chileno. Así lo confirma el artículo 68 de la Convención, que señala: “1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Por esta razón, las decisiones adoptadas por ambos organismos deben ser acatadas por el gobierno de Chile con el fin de respetar los compromisos adquiridos ante la Organización de Estados Americanos.

A continuación se analizará un caso que surgió a raíz de la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco en el Alto Bío Bío, en el territorio ancestral pehuenche.

⁵² Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta Central fue inaugurada en septiembre del 2004, inundando 3500 hectáreas de propiedad tradicional pehuenche y obligando a la reubicación del alrededor de 500 integrantes de las comunidades pehuenche. Dicho proyecto significó años de lucha de las organizaciones indígenas por el respeto de sus derechos territoriales, enfrentándose judicial y extrajudicialmente contra las autoridades gubernamentales y Endesa, quienes pretendieron, principalmente a través de medidas de presión, despojar a las comunidades de sus territorios, ignorando sus derechos de propiedad. Al ver la indiferencia del gobierno chileno ante sus demandas y el apoyo incondicional de éste a la empresa eléctrica, algunos comuneros mapuche decidieron recurrir a la Comisión Interamericana con el fin de hacer escuchar sus demandas ante el Estado.

Informe Nº 30/04

Solución Amistosa

Mercedes Huenteao Beroiza y otras. Caso Ralco

Chile

Los denunciantes pertenecen al Pueblo Mapuche Pehuenche que habita la zona de Ralco en el sector Alto Bío Bío en la VIII Región.

El 5 de octubre de 1993, luego de que la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) realizara el estudio de impacto ambiental; fue aprobado el proyecto de Endesa para la construcción de una central hidroeléctrica en Ralco. Este organismo señaló en su informe que de acuerdo a la aplicación de la Ley Indígena la relocalización de la población indígena sólo podría efectuarse con el consentimiento de los afectados, lo que en la práctica se limitaba a permutarles los predios por otros de similares características, desafectando a los primeros de su calidad de tierra indígena y otorgando a los nuevos predios dicha calidad.

Pese al rechazo de esta comunidad, la construcción de la represa comenzó ese mismo año. Esto produjo que muchas familias, viendo que su oposición no hacía eco en las autoridades y ante la presión de la empresa, optaran por permutar sus tierras y abandonar sus hogares.

El 10 de marzo del 2000, el Presidente saliente, Eduardo Frei, dictó el Decreto de concesión eléctrica definitiva a Endesa, otorgándole, en virtud de la ley, una servidumbre de inundación. El hecho fue considerado una violación de la ley indígena, por lo que los peticionarios presentaron un recurso de protección ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción, demandando protección de los derechos a la vida e integridad física y psíquica (Art. 19 N° 1), derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N° 8) y derecho de propiedad (Art. 19 N° 24). Este fue rechazado por cuestiones formales, debido a que la Corte consideró que el recurso había sido presentado fuera del plazo de 15 días establecido en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre recurso de protección.

Posteriormente, el Ministerio de Economía a petición de la empresa, nombró una Comisión de “hombres buenos” para el avalúo de las tierras habitadas por las cinco indígenas peticionarias, según lo dispone el artículo 62 de la Ley General de Servicios Eléctricos⁵³. La gravedad de esta designación radica en que una vez realizado el avalúo, y consignado el monto por la empresa, la ley faculta para solicitar ante un juez competente el desalojo de los terrenos, incluso con el auxilio de la fuerza pública. Es por eso que la actitud de los afectados fue prohibir el acceso de la comisión a sus tierras, por lo que éstos realizaron la evaluación sobrevolando la zona en helicóptero. Fue presentado otro recurso de protección, en contra de la resolución del Ministerio autorizando el avalúo, el cual fue rechazado por extemporáneo. Finalmente, el 28 de julio del 2003, la empresa Endesa consignó judicialmente los montos de las

⁵³ Artículo 62: Si no se produjere acuerdo entre el interesado y el dueño de los terrenos sobre el valor de éstos, el Ministro del Interior designará una comisión compuesta de tres Hombres Buenos para que, oyendo a las partes, practique el avalúo de las indemnizaciones que deben pagarse al propietario del predio sirviente. En este avalúo no se tomarán en consideración el mayor valor que puedan adquirir los terrenos por las obras proyectadas. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ley General de Servicios Eléctricos, 1982. En <<http://www.bcn.cl>>

indemnizaciones fijadas por la comisión de “Hombres Buenos” y solicitó la toma de posesión de los terrenos.

Procedimiento ante la Comisión.

La petición fue presentada ante la CIDH el 10 de diciembre del 2002 solicitando medidas cautelares. Esta petición fue transmitida al gobierno con un plazo de 2 meses para responder, junto a una solicitud de abstenerse de realizar cualquier acción que modifique el statu quo del asunto mientras la CIDH no adoptara una decisión definitiva. Ante esto la Misión Permanente de Chile ante la OEA se dirigió a la Comisión con el objeto de que ésta precisara el contenido y alcance de la petición de no alterar el statu quo del asunto controvertido.

En febrero del 2003 se recibieron de las partes dos peticiones de audiencia, la cual se realizó finalmente el 26 de ese mes, teniendo como objetivo principal la posibilidad de llegar a un acuerdo. Este fue logrado dos días después, mediante la emisión de un documento suscrito por las partes denominado “Bases de Acuerdo entre el Estado de Chile y las familias mapuche pehuenche peticionarias del Alto Bío Bío para una propuesta de Solución Amistosa”, fijando un plazo de 60 días para su redacción.

Entre las medidas suscritas en dicho acuerdo se destacan:

- El perfeccionamiento de la institucionalidad jurídica protectora de los derechos indígenas. Esto se traduce en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.
- Fortalecimiento de la identidad cultural y territorial mapuche pehuenche a través de la creación de una comuna en el sector del Alto Bío Bío y otros mecanismos de participación.
- Resolver la situación judicial de los dirigentes mapuche que han sido procesados por acciones relacionadas con la construcción de la central hidroeléctrica.

- Buscar soluciones para satisfacer las demandas particulares de las familias afectadas por la central, actuando el Gobierno como garante entre éstas y la empresa.

Las bases establecían un plazo de 60 días para la firma del acuerdo, el cual fue prorrogado en abril a petición del Estado. Mientras tanto, los peticionarios, en julio, presentaron una nueva solicitud de medidas cautelares basados en el incumplimiento de la medida decretada por la CIDH de mantener el statu quo, dado que las obras de construcción de la represa seguían avanzando⁵⁴. Estas fueron decretadas nuevamente el 1º de agosto de ese año, otorgando al Gobierno chileno un plazo de 5 días para presentar información sobre su cumplimiento.

El 17 de septiembre, la CIDH recibió un documento del Estado adjuntando un “memorando de entendimiento” firmado por el Gobierno y las familias peticionarias, donde señalaban la forma en que debían cumplir los puntos fijados en las “Bases para un acuerdo” firmado en febrero. Además, se comprometían a presentar ante la CIDH dicho acuerdo a más tardar en un mes. En este memorando, el gobierno asume el compromiso de actuar como garante entre las familias y la empresa con el fin de llegar a un arreglo satisfactorio para ambas partes. Y se compromete también a realizar acciones estatales que mejoren la situación de estas familias. Es así como dispone en el punto quinto del documento que “arbitrará las medidas para que el Fisco adquiera, a través de los organismo competentes, 1.200 hectáreas en el Fundo El Porvenir, ubicado en el Alto Bío Bío, que actualmente es de propiedad del Banco Estado, para ser transferidas a título gratuito a las familias de las propietarias pehuenche comparecientes (...)”⁵⁵. Agrega más adelante el otorgamiento de subsidios

⁵⁴ La reanudación de las obras por parte de Endesa fue producto del fallo favorable de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de junio del 2003, que declaró admisible un recurso de protección interpuesto por la empresa en contra del Superintendente de Electricidad y Combustibles por haber retenido el informe de tasación de tierras efectuado por la Comisión de “hombres buenos” como cumplimiento de las medidas cautelares de mantener el statu quo decretadas por la CIDH.

⁵⁵ Numerando Quinto del “Memorando de entendimiento”. Informe N° 30/04, Solución Amistosa, 11 de marzo de 2004. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/CasosCIDH.htm> [consulta: 10 de enero de 2008]

habitacionales, pensiones de gracia y becas de estudio como una forma de satisfacer las demandas particulares de las familias afectadas.

En cuanto al conflicto con Endesa, el punto cuarto del Memorando informa que las familias y la empresa, con la concurrencia del gobierno, “han llegado a un entendimiento relativo a las compensaciones directas que dicha empresa les otorgará, conforme a los términos consignados en instrumento suscrito en esta misma fecha entre las propietarias pehuenche ya individualizadas, la empresa Endesa y el Ministro Secretario General de la Presidencia”⁵⁶.

Posteriormente, el 17 de octubre, se remitió a la CIDH el “Acuerdo definitivo de solución amistosa entre el Estado de Chile y las familias mapuche pehuenche peticionarias del Alto Bío Bío” junto a sus 4 anexos.

En su resolución emitida el 11 de marzo del 2004, la CIDH decidió aprobar el acuerdo de solución amistosa, pero bajo la constante supervisión y seguimiento sobre el cumplimiento de sus puntos y recordando a las partes su compromiso de informar periódicamente los avances.

El acuerdo de solución amistosa.

El 13 de octubre del 2003 fue firmado entre el Estado de Chile y las familias mapuche pehuenche, el Acuerdo Definitivo de Solución Amistosa. En este documento, Chile asumió un compromiso ante dichas familias y ante los pueblos indígenas en general, bajo la mediación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia es reconocida y aceptada desde 1989. Es por esta razón, que tanto las resoluciones dictadas por este organismo como los acuerdos a que se lleguen bajo su intervención, son vinculantes para las partes y deben ser cumplidos a cabalidad, pues

⁵⁶ Numerando Cuarto del “Memorando de entendimiento”. En Op. Cit. Nota 12.

emanan de compromisos internacionales adquiridos por los países y basados en el principio de Pacta Sunt Servanda, reconocido en la Convención de Viena⁵⁷, la cual también se encuentra suscrita por nuestro país.

El acuerdo de solución amistosa está dividido en siete puntos:

1. Medidas de perfeccionamiento de la institucionalidad jurídica protectora de los derechos de los Pueblos Indígenas y sus comunidades.
2. Medidas tendientes a fortalecer la identidad territorial y cultural mapuche pehuenche y mecanismo de participación en su propio desarrollo.
3. Medidas tendientes al desarrollo y preservación ambiental del sector del Alto Bío Bío.
4. Acordar, dentro de un plazo breve y urgente, medidas respecto de las causas judiciales que afectan a dirigentes indígenas que han sido procesados por acciones relacionadas con la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco.
5. Medidas para satisfacer las demandas particulares de las familias mapuche pehuenche afectadas.
6. Las partes convienen que el Acuerdo es un todo único donde cada uno de sus puntos tienen un mismo valor.
7. Informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el primero de ellos, las medidas de perfeccionamiento de la institucionalidad jurídica propuestas son dos: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, para lo cual el gobierno asumió el compromiso de insistir en una reforma constitucional ante el Congreso, presentando un nuevo proyecto de ley; y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, ratificación que se llevó a cabo por el gobierno de Michelle Bachelet, el 15 de septiembre de 2008.

Con respecto a las medidas para fortalecer la identidad territorial y cultural mapuche se acordó la creación de una comuna en el sector del Alto Bío Bío dejando constancia

⁵⁷ Punto 26 de la Convención de Viena. 1969. En <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>> [consulta: 1 de diciembre de 2005]

de la presentación de un proyecto de ley ante el Congreso en agosto del 2003. Se acordó también la contratación de un equipo jurídico externo que patrocinen las acciones correspondientes con el objeto de solucionar los conflictos de tierras que afecten al pueblo pehuenche. Y por último, el fortalecimiento de la participación indígena a través de la creación de un Directorio para el Área de Desarrollo Indígena, administrado por la comunidad y encargado de ser el interlocutor ante el gobierno en lo referido a la discusión y análisis de políticas, planes y programas de desarrollo que afecten esa zona.

En relación al punto tercero, referente al desarrollo y preservación ambiental, lo que destaca es su último párrafo que señala: “En particular, para evitar y/o condicionar la futura instalación de mega proyectos en tierras indígenas del Alto Bío Bío, el Gobierno promoverá a través de los organismo competentes y aplicando lo previsto en el artículo 34 de la Ley Indígena, la modificación del instrumento de planificación territorial respectivo, para que las tierras indígenas del Alto Bío Bío sean calificadas como área de protección de recursos de valor natural o patrimonial cultural, y en consecuencia, sean declaradas zonas no edificables o de condiciones restringidas de edificación”⁵⁸

Los puntos 4º y 5º se refieren a la resolución de situaciones particulares como la revisión de las causas judiciales seguidas contra dirigentes indígenas, en especial las que conciernen a don Víctor Ancalaf Llaupe y la suscripción de diversos instrumentos entre el Estado y los peticionarios con el fin de satisfacer las demandas particulares de éstos.

Con respecto a la situación de Ancalaf Llaupe, pesaba sobre él una acción penal pública por terrorismo interpuesta por el Gobernador Provincial del Bío Bío. Dejando constancia las partes, del principio de separación de los poderes que rige el Estado de Derecho el que impide la intervención del ejecutivo en las decisiones del poder judicial; el Estado se compromete a procurar el respeto de las normas sobre el debido proceso garantizadas en el artículo 8º de la Constitución Política. Paralelamente, establecerá un

⁵⁸ Punto tercero del Acuerdo de Solución Amistosa. En Op. Cit. Nota 12

Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica con los organismos de la Reforma Procesal Penal, con el objeto de mejorar las condiciones de acceso a la justicia y asegurar el respeto de las garantías constitucionales para las comunidades indígenas.

En cuanto a las demandas particulares se deja constancia del cumplimiento de los compromisos asumidos en las Bases de Acuerdo suscritas ante la Comisión el 28 de febrero del 2003, “promoviendo una respuesta satisfactoria a las demandas particulares relacionadas con tierras, compensación económica y demandas educacionales, velando por el cumplimiento de buena fe de los acuerdos alcanzados entre las familias pehuenche y dicha empresa”⁵⁹. Con respecto a los mismos puntos se declara un acuerdo satisfactorio entre las familias y Endesa, cumpliendo los compromisos adoptados en el Memorando de Entendimiento del 16 de septiembre del mismo año.

Finalmente, el punto 6º consagra la plena satisfacción de las partes con el acuerdo alcanzado y su cabal e íntegro cumplimiento dará por superada la denuncia formulada ante la Comisión; y el punto 7º establece la obligación de las partes de informar periódicamente sobre el estado de cumplimiento de los compromisos asumidos en el acuerdo suscrito.

Cumplimiento del acuerdo⁶⁰.

Según el Informe Anual de la CIDH del año 2008, en su capítulo III, específicamente en lo relativo al estado de cumplimiento de las recomendaciones, la CIDH informa que el Acuerdo amistoso se encuentra parcialmente cumplido, basado en los informes remitidos por las partes. Los peticionarios remitieron su informe el día 10 de abril de 2007, mientras que el gobierno de Chile lo hizo el 18 de diciembre de 2008.

⁵⁹ Punto quinto del Acuerdo de Solución amistosa. En Op. Cit. Nota 12

⁶⁰ Información obtenida en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2008, publicada en el sitio web <http://www.cidh.oas.org> [consulta: 26 de agosto de 2009]

En resumen, el cumplimiento de las medidas es el siguiente:

- Medidas de perfeccionamiento de la institucionalidad: el 15 de septiembre de 2008 se ratificó el Convenio 169 de la OIT, siendo publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de ese año; mientras que en lo referente al reconocimiento constitucional, la presidenta Michelle Bachelet envió el 23 de julio de 2007 al Congreso, un proyecto de ley para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, proyecto que se encuentra actualmente en primer trámite constitucional⁶¹.
- Medidas para fortalecer la identidad territorial y cultural mapuche: fue creada la comuna del Alto Bío Bío, mediante aprobación de la Ley N° 19.959 publicada en el Diario Oficial el 21 de julio del año 2004. mientras que, con el objeto de solucionar los conflictos de tierras, el Estado informó que se compraron tierras a casi la totalidad de las Comunidades Pehuenche pertenecientes a la comuna del Alto Bío Bio. Respecto a la creación de un Directorio, éste aun se encuentra pendiente.
- Revisión de causas judiciales: si bien el gobierno de Chile manifestó su imposibilidad de intervenir en éstas por el principio de separación de poderes que rige el Estado de Derecho, se comprometió a procurar el respeto estricto de las normas del debido proceso y la aplicación de beneficios garantizados a las personas privadas de libertad. El proceso seguido en su contra finalizó con sentencia condenatoria de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, sin beneficios y con el rechazo y la inadmisibilidad de los recursos de queja y de casación en el fondo interpuestos ante la Excm. Corte Suprema. El problema de este fallo es la fuente legal en la cual está basado, pues el tribunal de 1ª instancia aplicó la Ley antiterrorista para un hecho que no guarda relación alguna con los delitos tipificados por dicha legislación, situación que se ha convertido en una constante por parte de las autoridades judiciales y

⁶¹ Fuente: Proyecto de ley que reconoce a los pueblos indígenas en Chile, Número de Boletín 5522-2007, www.camara.cl [consulta: 26 de agosto de 2009]

administrativas, que obviando la legislación penal común, han utilizado contra el movimiento indígena, leyes como la de Seguridad Interior del Estado y la Antiterrorista.

- Demandas particulares de las familias mapuche pehuenche afectadas por parte de ENDESA: los peticionarios indicaron en su informe, que se firmó un memorando de entendimiento con el Gobierno, el cual se ha cumplido parcialmente.
- Medidas para el desarrollo y preservación ambiental: los peticionarios informaron que el Estado ha incumplido este ítem al aceptar la tramitación de un estudio de impacto ambiental del proyecto de central hidroeléctrica conocido como “Proyecto Angostura”, en territorio mapuche pehuenche. Con esto, el Estado ha incumplido su compromiso de adoptar medidas para la calificación de los territorios del Alto Bío Bío como áreas de protección de recursos de valor natural o patrimonial cultural, y su consecuente declaración de zonas no edificables o de restringida edificación, como se había pactado en el Acuerdo de Solución Amistosa.
- En conclusión, según la CIDH, el gobierno de Chile ha cumplido parcialmente con los compromisos asumidos en el Acuerdo, estando pendiente además, la participación e información prometida a las organizaciones indígenas en las políticas que los afectan. Un claro ejemplo de esto fue lo sucedido el 21 de abril del 2004, cuando la empresa ENDESA, en una decisión unilateral cerró definitivamente el ducto inferior de la Represa Ralco inundando un cementerio indígena perteneciente a la comunidad de Quepuca Ralco que había sido utilizado hasta mediados de la década de los 50 del siglo XX y donde se encontraban los restos de más de medio centenar de personas. Esta medida fue adoptada pese a existir conversaciones previas entre personeros de gobierno y agrupaciones indígenas, en las cuales se estaba acordando la

remoción de dichos restos para su inhumación en otro lugar. Este hecho demuestra el escaso compromiso del gobierno ante los pueblos indígenas y la falta de comunicación y de fiscalización de parte de éste con las empresas privadas que operan en el país.

PARTE III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO EN EL DERECHO COMPARADO.

En América Latina, las estadísticas demográficas señalan que existen aproximadamente, unas cuarenta millones de personas pertenecientes a los pueblos indígenas, los que se encuentran divididos en poco más de 400 sociedades diferenciadas y asentadas en territorios controlados por una veintena de estados. Estas sociedades indígenas van desde pueblos pequeños o microetnias de unos cientos de individuos cada una de ellas, como los kumiai, mura, etc; a pueblos formados por más de un millón de personas, como los aymará, náhuatl, quechua, quiché, etc; pasando por pueblos intermedios de algunos cientos de miles, como los coyas, mapuches, mazatecos, zapotecos, entre otros⁶².

Las regiones que concentran la mayor población indígena son las que se encuentran en la Cordillera Andina, que incluye países como el norte de Chile y Argentina, Colombia, Perú y Ecuador; y las de Mesoamérica. En estas dos regiones, está concentrada más del 90% del total de la población indígena, las cuales tienen en común el hecho de haber sido las zonas donde habitaron los imperios indígenas prehispánicos más importantes, como lo fueron los incas, mayas, aztecas, chibchas, etc. El 10% restante de la población, se dispersa entre la Amazonia, Orinoquia, Gran Chaco, Araucanía y la Patagonia⁶³.

La gran mayoría de estos pueblos indígenas se encuentran actualmente dispersos y separados debido a las actuales fronteras de los Estados Americanos, por lo que han debido sufrir, además de la discriminación, la segregación de sus territorios y la

⁶² Datos extraídos de “Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina” de Stavenhagen, Rodolfo, Ob. Cit. Nota 12. Complementados y actualizados con el documento “La situación de los Derechos Humanos de los indígenas en las Américas”, CIDH, OEA. 2000. <http://www.cidh.oas.org/Indigenas> [consulta : 20 de julio de 2008]

⁶³ Ob. Cit. Nota 54

sujeción de su pueblo a las leyes de diversos estados. Es el caso de algunos como los amoura, situados en Colombia y Venezuela; los chiriguano, entre Bolivia, Argentina y Paraguay; los yanomani, divididos entre Brasil y Venezuela; también el pueblo aymara cuyo territorio original se reparte entre las fronteras de Perú, Bolivia, Chile y el norte de Argentina, y el mismo pueblo mapuche, cuyos habitantes se dividen entre Chile y Argentina⁶⁴.

Durante la historia latinoamericana de los últimos quinientos años, las sociedades indígenas han debido enfrentar tres grandes choques culturales, que nos explican la situación actual de segregación y discriminación en que se encuentran a lo largo de América y que nos sirven, a modo de introducción, para abordar en forma un poco más a fondo, el tema del reconocimiento del derecho indígena en algunos países latinoamericanos⁶⁵.

El primero se produce a la llegada del conquistador, desde 1492 en adelante, donde comienza la colonización y la denominación genérica de los pueblos indígenas como "indios". Es en este momento donde se inicia el etnocidio contra los pueblos originarios, donde tanto los estados locales como los pueblos de organización social menores, junto a sus territorios, pasan a pertenecer por medio de la fuerza, a los estados imperiales occidentales de la época por el supuesto derecho de conquista que esgrimían y con el cual legitimaron abusos y asimilación de estos pueblos por medio de las armas y el engaño.

El segundo momento comienza en el siglo XIX, con la aparición de las nuevas repúblicas producto de las independencias de los nacientes estados americanos de los imperios occidentales. Es el tiempo donde se trata de asimilar la cultura indígena a los estados emergentes con el fin de formar un solo pueblo, integrado por ciudadanos, dentro de los cuales se cuentan a las comunidades indígenas. El problema surge en que para formar esta nueva sociedad unitaria, también se utiliza la coerción como

⁶⁴ Ob. Cit. Nota 54

⁶⁵ Ob. Cit. Nota 54

medio para lograrlo, obligando a las comunidades indígenas a abandonar su derecho y su cultura para adoptar la normativa y costumbre del criollo. Ante esta situación, los pueblos indígenas se rebelan, aprovechando la poca estabilidad de los nuevos poderes centrales, y se organizan para recuperar territorios usurpados, establecer gobiernos regionales propios, formar alianzas políticas con otros grupos sociales marginados, y armarse. Pues en este contexto político los indígenas se enfrentaban a dos posibilidades, o ser parte de la “comunidad nacional” correspondiente o bien ser combatidos por las armas “nacionales” y la represión de estos estados, para lo cual necesitaban defenderse.

Finalmente, podemos agregar un último momento que ha provocado un nuevo levantamiento indígena, pero esta vez con la palabra, y que ha sido la situación política sufrida por gran parte de los estados americanos durante la década de los 80 y 90, donde gobiernos autoritarios terminaron con los pocos avances que lograron algunas regiones en tema de los derechos indígenas (por ejemplo las reformas agrarias que se comenzaban a realizar en ciertos países, incluido Chile, donde se pretendía devolver algunos territorios usurpados por terratenientes a las comunidades indígenas) y se dedicaron a reducir estas comunidades, a perseguir a sus dirigentes por razones políticas, a disolver organizaciones y a despojarlos de sus tierras, lo cual hizo que volviésemos a los tiempos de la conquista en cuanto al tratamiento de estos pueblos.

Al término de los gobiernos de facto, reaparecen las organizaciones indígenas que se habían mantenido en la clandestinidad durante la época y con éstas, el levantamiento del pueblo indígena, cansado ya de tanto abuso; liderado ahora, no por los antiguos jefes, sino por un nuevo grupo de indígenas, la gran mayoría universitarios, con un profundo conocimiento de las leyes estatales, del derecho internacional, y con propuestas claramente especificadas sobre lo que exigen a los estados sobre el reconocimiento de su calidad de pueblo y de su derecho propio.

A continuación, abordaré la situación legal que viven en algunos países latinoamericanos los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus derechos, el tratamiento legal que tienen, tanto dentro de la legislación nacional como de la ratificación de los diversos tratados internacionales analizados anteriormente; siendo el objetivo principal de este análisis, establecer si existe en cada una de las legislaciones a tratar, reconocimiento del derecho propio indígena.

A. BOLIVIA

Según el Censo Nacional del año 2001, Bolivia tiene alrededor de 8.274.325 habitantes, de los cuales el 62% se considera población indígena. Bolivia cuenta con 35 pueblos originarios ubicados en tierras altas y bajas. Mayoritariamente están constituidos por los pueblos quechua y aymara, existiendo una alta diversidad cultural y demográfica, pues el 25% del territorio boliviano es altiplánico asociado a la Cordillera de los Andes, el 15% es de valles interandinos, mientras que el 60% son llanos⁶⁶.

Bolivia preserva en gran parte su pasado precolombino, sus indígenas mantienen las tradiciones de sus ancestros en cuanto a organización social, lengua y estilo de vida. Como una muestra de esto, es el hecho de que casi el 40% de la población indígena no habla español⁶⁷.

En materia legal, es uno de los países que más ha avanzado en cuanto a reconocimiento del derecho indígena, pues ha dictado gran cantidad de leyes sobre el tema, ha creado ministerios públicos específicos para asuntos indígenas, además de

⁶⁶ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística de Bolivia, censo 2001. Sitio web www.ine.gov.bo [consulta: 27 de agosto de 2009]

⁶⁷ Valenzuela Fernández, Rodrigo. Inequidad, ciudadanía y pueblos indígenas en Bolivia. Santiago, CEPAL, 2000. 46 pp.

ser uno de los primeros países latinoamericanos en ratificar el Convenio 169 de la OIT y principalmente por su declaración constitucional de Estado Plurinacional.

El proceso para la nueva Constitución Boliviana comenzó el 2 de julio de 2006, mediante la realización de elecciones populares para la formación de una Asamblea Constituyente. De los 255 escaños, más del 50% lo obtuvieron representantes del Partido Movimiento al Socialismo (MAS) del Presidente Evo Morales. El 14 de diciembre de 2007, la Asamblea envió el proyecto definitivo al Congreso Nacional, el cual dispuso la realización de un Referendo para el 4 de mayo de 2008, siendo éste postergado en dos ocasiones por la Corte Nacional Electoral, aduciendo la falta de “condiciones técnicas, operativas, legales y políticas”⁶⁸ Finalmente, el oficialismo llegó a un acuerdo con el partido de oposición PODEMOS (Poder Democrático Social), convocando al Referendo definitivo que se realizó el 25 de enero de 2009, en el cual se aprobó la Constitución con un 61.43% de los votos, siendo promulgada por el presidente Evo Morales, en un multitudinario acto el 7 de febrero de 2009⁶⁹.

Si bien, ya en la reforma constitucional de 1995, se reconocía a los pueblos indígenas al definir a Bolivia como un país multiétnico y cultural, es en esta Constitución donde existe un reconocimiento expreso del Estado Plurinacional, se reconoce no sólo de la existencia de los pueblos indígenas, sino también de su derecho propio en toda su dimensión. Dice el artículo 1º: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

⁶⁸ QUIROGA, Carlos Alberto. Corte boliviana suspende referendos de Constitución y autonomías. Agencia Reuters, 7 de marzo de 2008. Sitio web www.ltareuters.com , [consulta: 1 de septiembre de 2009]

⁶⁹ VACA, Mery. Bolivia promulga nueva Constitución. Publicado el 7 de febrero de 2009, BBC mundo.com, <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america> , [consulta: 1 de septiembre de 2009]

El artículo 2º, por su parte, reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, basándose en su existencia precolonial y en el dominio ancestral de sus territorios. Dispone este artículo: “se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la ley”.

Esta Constitución contiene un capítulo especial (capítulo IV) donde consagra los derechos y garantías que se les reconoce a los pueblos indígenas. Dentro de la enumeración, podemos destacar aquellos derechos reconocidos por la Constitución que significan un reconocimiento de instituciones del derecho propio indígena, como es la libre determinación, pluralismo jurídico, organización política, derechos de representación, uso y aprovechamiento de los recursos naturales y derechos territoriales. Estos derechos, no sólo están reconocidos en esta enumeración, sino que a lo largo de esta Carta fundamental, se vuelven a tratar. Respecto a estos derechos, dispone el artículo 30, parte II lo siguiente:

“En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión (...).”

“4. A la libre determinación y territorialidad.

5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.

7. A la protección de sus lugares sagrados (...).”

“9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.

10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas (...)."

"14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

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, 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 terceros.

18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado".

En primer lugar, la Constitución boliviana reconoce en el N° 4 del artículo 30, la libre determinación de los pueblos indígenas, como ya lo manifestaba en su artículo 2º, estableciendo el derecho de los pueblos al autogobierno, a la autonomía, y al reconocimiento de sus instituciones conforme a las leyes del país. El reconocimiento a la libre determinación de los pueblos indígenas se materializa en esta Constitución, a través de la institución denominada "Autonomía Indígena Originaria Campesina", que se encuentra regulada en el Capítulo 7º. Establece el artículo 289: "La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias".

Se comprende como Autonomía Indígena Originaria Campesina, a los territorios indígena ancestrales que se encuentren actualmente habitados por pueblos indígenas,

los cuales se regirán por un Estatuto, elaborado con sus propias normas y procedimientos, según lo establece expresamente el artículo 290.II: “El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley.

Otro elemento del derecho propio indígena reconocido en esta Constitución es el pluralismo jurídico. El artículo 178.I al señalar los principios en que se funda la administración de justicia, reconoce entre éstos al pluralismo jurídico. Establece este artículo: “La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”. Posteriormente, en el Capítulo 4º del Título III, reconoce la jurisdicción indígena originario campesina, estableciendo que los miembros de los pueblos indígenas estarán sujetos a ésta, reconociendo constitucionalmente en su artículo 190.I la jurisdicción indígena, sus instituciones, normas y procedimientos.

“Art. 190.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

Respecto al derecho de representación, la Constitución asegura la representación de los pueblos indígenas en diversas instituciones. En la Asamblea Legislativa Plurinacional (compuesta por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores), el artículo 147 garantiza “la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”⁷⁰. En tanto, el artículo 197.I, referido al Tribunal Constitucional Plurinacional, establece que estará conformado por: “Magistrados y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y

⁷⁰ Artículo 147 Constitución Política de Bolivia, octubre de 2008.

del sistema indígena originario campesino”⁷¹. Finalmente el artículo 211, relativo a la representación política establece que los pueblos indígenas podrán elegir a sus representantes políticos de acuerdo a sus propias formas de elección. Reconociendo de esta forma, la validez de los procedimientos de elección que existen en cada comunidad indígena.

En cuanto a los derechos territoriales, la Constitución reconoce no sólo la propiedad individual, sino también la propiedad colectiva, siendo esto esencial para una real protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, pues se reconoce legalmente el concepto de propiedad colectiva, declarándola imprescriptible, indivisible e inembargable. Señala el Artículo 394.III: “El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad”.

En relación a los derechos de agua, el artículo 374.II establece que el Estado: “reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua”.

Reafirmando el reconocimiento de los derechos territoriales, el artículo 403 refiriéndose expresamente a los pueblos indígenas, reconoce que los territorios indígenas no comprenden solamente el derecho a la tierra, sino a un conjunto de otros elementos que permiten el desarrollo de estos pueblos. Estos elementos son: el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, la consulta y la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales no renovables, y la aplicación

⁷¹ Artículo 197.I Constitución Política de Bolivia, octubre de 2008.

de sus propias normas y procedimientos dentro de sus territorios. Lo que hace esta norma es señalar que el reconocimiento de los derechos de propiedad indígena debe incluir necesariamente, el reconocimiento de otros derechos asociados que permitan un desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.

Finalmente, encontramos diversos mecanismos que permiten defender las eventuales violaciones a estos derechos garantizados en la Constitución. En primer lugar, el artículo 135 establece la denominada Acción Popular, la cual procede: “contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”. Esta acción podrá interponerse por cualquier persona, en representación propia o de alguna colectividad, durante todo el tiempo en que subsista la amenaza o vulneración de derechos.

Otra institución es la Defensoría del Pueblo, establecida en los artículos 218 y siguientes de la Constitución. Este organismo deberá velar por el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos garantizados no sólo en la Carta Fundamental, sino también en los tratados internacionales y en las demás leyes de la República. Además, el artículo 218.II señala que velará además por la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Como hemos podido apreciar, el gobierno de Evo Morales se encuentra a la vanguardia en materia de reconocimiento del derecho propio indígena, en relación a los demás países de Latinoamérica. Esta Constitución abandona las políticas de segregación y asimilación de los pueblos indígenas, que han imperado desde la época colonial, para reconocer y otorgar el estatus jurídico que merecen los pueblos originarios.

Siguiendo con nuestro análisis, corresponde abordar la normativa legal boliviana, con el fin de reafirmar la existencia del reconocimiento de derecho propio indígena.

En primer lugar tenemos la **Ley Nº 1257 de 1991**, por medio de la cual el gobierno de Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT, otorgando a este instrumento internacional la fuerza legal de ley de la República, debiendo ser respetados por todos los habitantes del país, los derechos y garantías consagrados en este Convenio. Según el profesor Carlos Villarroel Sandoval, en su artículo “La aplicación en Bolivia del Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT”⁷², existe una relación de causa y efecto entre el Convenio 169 y las reformas que se realizaron al sistema jurídico boliviano. A nivel constitucional, el Convenio fue aprobado bajo la Constitución de 1967, la cual no contenía disposición alguna relativa a los pueblos indígenas, siendo necesario entonces, introducir diversas modificaciones en el año 1995, que incluían un reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, con el objeto de cumplir el mandato de los artículos 6, 7 y 8 del Convenio.

Otra consecuencia de la ratificación del Convenio, fue la suscripción de tratados internacionales. Entre los instrumentos internacionales más relevantes, en 1993, se aprobó y ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, reconociendo recién ese año Bolivia, la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En resumen, la aplicación del Convenio 169, según Carlos Villarroel, fue exitosa, pues permitió una adecuación del sistema jurídico boliviano, tanto de la Constitución de la época, como de diversas leyes y la aprobación de tratados internacionales relacionados con derechos humanos.

Siguiendo con nuestra revisión de la legislación boliviana, analizaré a continuación algunas leyes que abordan el reconocimiento de algunos derechos indígenas.

⁷² VILLARROEL Sandoval, Carlos. La aplicación en Bolivia del Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT.

En materia de derechos de representación y organización política indígena, encontramos la **Ley N° 1551 De la Participación Popular**, del 20 de abril de 1994, modificada en el año 1996 y en el año 2009, luego de la nueva Constitución; y la **Ley N° 2028 de Municipalidades**, aprobada en el año 1998.

La primera de éstas, la **Ley N° 1551 de la Participación Popular**, al tratar sobre los objetivos de contempla en su artículo 1º que: “La presente Ley reconoce, promueve y consolida el proceso de participación popular articulando a las comunidades indígenas, campesinas y urbanas, en la vida jurídica, política y económica del país”. Mientras que en su artículo 2º señala los elementos necesarios para materializar los objetivos propuestos en el artículo anterior, reconociendo la personalidad jurídica a las Organizaciones Territoriales de Base. Estas organizaciones, según lo define el artículo 3 de la ley, están formadas por comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus propias normas, y que cuyos representantes también se eligen según la normativa propia.

El artículo 7º y 8º establecen los derechos y obligaciones para estas organizaciones, entre los cuales se destacan, en cuanto a derechos:

- Participación en la realización y prestación de servicios públicos de acuerdo a las necesidades de la comunidad, en materias como educación, salud, saneamiento, desarrollo urbano y rural, entre otros.
- Promover acciones de gestión y preservación del medio ambiente y desarrollo sostenible.
- Representar la modificación de acciones, obras o servicios ejecutados por los órganos públicos, cuando éstos sean contrarios al interés comunitario.

Entre los deberes encontramos:

- Informar y rendir cuentas a la comunidad de las acciones de representación realizadas.

- Interponer los recursos necesarios para la defensa de los derechos reconocidos en esta ley, entre otros.

Esta ley establece un sistema de organización regional a través de los gobiernos municipales, lo cual ha permitido en la práctica una mayor participación en las decisiones políticas de las distintas comunidades integrantes de estas organizaciones, entre las cuales encontramos a los pueblos indígenas; por lo que se convierten en sujetos activos en la toma de decisiones administrativas que les afecten directamente, permitiendo una participación activa, de acuerdo a sus normas, de los pueblos indígenas en estas organizaciones. Esta situación debería fortalecerse con la puesta en marcha de las Autonomías Indígenas, establecidas en el artículo 289 y siguientes de la nueva Constitución Política, que permitirán el autogobierno y autonomía de dichas comunidades.

Finalmente, el tema de las organizaciones base y del reconocimiento de los derechos de participación indígenas se reitera en la **Ley N° 2028 de Municipalidades**, aprobada en 1998. Esta ley dispone en su artículo 8° al referirse a las competencias del gobierno municipal, en especial en las relativas al desarrollo humano sostenible, lo siguiente: “Promover y fomentar la participación en la formulación de las políticas, planes, programas y proyectos en favor del desarrollo integral y los derechos de los pueblos indígenas y comunidades originarias y de la mujer en condiciones de equidad”

A continuación, en el tema de los derechos de propiedad, encontramos la **Ley N° 1.715 del año 1996**, sobre el Servicio Nacional de Reforma Agraria, la cual en su artículo 2 ya contemplaba la función económico social de la tierra, función que sería reconocida constitucionalmente en la nueva Constitución de Morales, diciendo: “El solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunaria y las tierras comunitarias de origen cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra”. Por su parte, el ítem tercero del artículo 3° garantiza los derechos de los

pueblos indígenas sobre sus tierras comunitarias de origen, de acuerdo al reconocimiento del artículo 171 de la Constitución. Dispone además que: "(...) Los títulos de tierras comunitarias de origen otorgan en favor de los pueblos y comunidades indígenas y originarias la propiedad colectiva sobre sus tierras, reconociéndoles el derecho a participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables existentes en ellas (...)". También señala el carácter de inembargables, imprescriptibles, no enajenables, ni gravables, de estas propiedades colectivas.

Más adelante, en el artículo 41, la ley realiza una clasificación de la propiedad agraria, donde define lo que se entiende por tierras comunitarias de origen diciendo: "son los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo". Norma que puede interpretarse como reconocimiento a la propiedad ancestral indígena. Reafirmando esto, artículo 13 n° 6, al tratar sobre las funciones de la Comisión Agraria Nacional, señala que ésta debe: "Velar por el tratamiento integral de la tierra, promoviendo el reconocimiento, la garantía y protección de los derechos que los pueblos y comunidades indígenas y originarias poseen sobre sus tierras comunitarias de origen, y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables"

Siguiendo con los derechos territoriales, específicamente los referente a los recursos naturales, podemos nombrar la siguiente normativa: **Ley N° 1.333 de 1992, sobre Protección y Conservación del Medio Ambiente**, la **Ley N° 1.700 de 1966 o Ley Forestal**, y la **Ley N° 3058 o de Hidrocarburos, del 2005**. La primera de ellas, considera activamente la participación de las comunidades indígenas en la protección de los recursos naturales del país y su desarrollo sostenible. En su artículo 64, a propósito del establecimiento de áreas protegidas, dispone que tal declaratoria sea compatible con la existencia de comunidades originarias en dichos sectores. Luego el artículo 78 dispone la creación de mecanismos y procedimientos con el objeto de garantizar la cooperación de estas comunidades en los procesos de desarrollo

sostenible y el uso racional de recursos; y en “el rescate, difusión y utilización de los conocimientos sobre uso y manejo de recursos naturales con la participación directa de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas”.

La **Ley Forestal**, cuya última modificación es del año 1996, regula el régimen de la concesión forestal, en la cual considera la situación de los pueblos originarios respecto de la explotación de estos recursos. El artículo 32 se refiere a la autorización de aprovechamiento en tierras de propiedad privadas y en tierras comunitarias de origen. Garantiza este artículo a los pueblos indígenas: “(...) la exclusividad en el aprovechamiento forestal en las tierras comunitarias de origen debidamente reconocidas de acuerdo al artículo 171 de la Constitución Política del Estado y a la Ley Núm. 1257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (...)” . Referencia que deberá entenderse hecha al actual artículo 388 de la nueva Constitución. Finalmente agrega la misma disposición: “No requiere autorización previa el derecho al uso tradicional y doméstico, con fines de subsistencia, de los recursos forestales por parte de las poblaciones rurales en las áreas que ocupan, así como de los pueblos indígenas dentro de sus tierras forestales comunitarias de origen. (...)”

La **Ley de Hidrocarburos Nº 3058**, en tanto, de fecha 17 de mayo de 2005, dispone en su artículo 114: “En cumplimiento a los Artículos 4º, 5º, 6º, 15º y 18º del Convenio 169 de la OIT , ratificado por Ley de la República N º 1257, de 11 de julio de 1991, las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, independientemente de su tipo de organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente Ley”. El artículo siguiente complementa el procedimiento de consulta, señalando los casos en que ésta es obligatoria: previamente a la licitación, contratación y aprobación de medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos; y a la aprobación de los estudios de impacto ambiental. En cuanto al derecho de representación de las comunidades en estas decisiones, el artículo 118 señala que los procesos de consulta se llevarán a cabo en las correspondientes instancias representativas de las comunidades indígenas, respetando sus usos y

costumbres. Finalmente, el artículo 121 declara que las tierras agrícolas, ganaderas, forestales y de conservación, sean individuales o colectivas de propiedad de pueblos indígenas, quedarán excluidas de los procesos de expropiación, a menos que se declare su utilidad y necesidad pública para actividades hidrocarburíferas. Este artículo claramente retrocede en la protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, pues basta que se declare la utilidad y necesidad pública de explotar un yacimiento de hidrocarburo, para que los territorios indígenas sean confiscados por el Estado y sustraídos del control indígena.

Para concluir el análisis, estableceremos si existe reconocimiento legal de normas de administración de justicia indígena. Bolivia cuenta con dos importantes disposiciones legales. Una de ellas es la **Ley Nº 1818**, del 22 de diciembre de 1999, Ley del Defensor del Pueblo, que en su artículo 11, al tratar las atribuciones de este organismo, señala como una de ellas “Velar por el respeto de la naturaleza multiétnica y pluricultural del Estado boliviano y promover la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas y originarios del país”. Esta institución pasó a tener reconocimiento constitucional con la nueva Constitución, siendo tratado en los artículos 218 y siguientes de dicho cuerpo legal.

Por último, encontramos el **Código de Procedimiento Penal** promulgado en 1999, el cual tiene significativos avances en el reconocimiento de la administración de justicia como elemento del derecho propio indígena al tratar en su artículo 28 la justicia comunitaria. Este artículo dispone que: “Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado.

La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena”.

Asimismo, el artículo 391 del mismo código trata de la diversidad cultural señalando el caso en que un miembro de una comunidad indígena sea imputado por un delito y deba ser sometido a la jurisdicción ordinaria, para lo cual se establecen reglas especiales a seguir junto a las normas comunes del procedimiento penal:

1. Asistencia de un perito durante la etapa preparatoria y el juicio especialista en materia indígena, y
2. Elaboración de un informe por el mismo perito antes de dictarse la sentencia, que tenga por objeto conocer los patrones de comportamiento del imputado para efectos de fundamentar, atenuar o extinguir eventualmente su responsabilidad penal.

B. COLOMBIA.

En Colombia habitan unos 80 grupos étnicos que alcanzan una población de 701.860 individuos, según el censo de 1993. Su diversidad cultural se refleja en la existencia de más de 64 idiomas y unas 300 formas dialectales. Se distribuyen en 32 departamentos a lo largo del país, especialmente en aquellos de ubicados en la selva tropical húmeda⁷³.

A pesar del reconocimiento constitucional y legal que existe en materia de derechos indígenas, la realidad de las comunidades colombianas es muy distinta en cuanto a nivel de vida se refiere. Existen graves problemas como la usurpación de sus territorios de parte de colonos, terratenientes y narcotraficantes; la falta de buena calidad de sus tierras, la nula cobertura de necesidades básicas como la salud, alimento y vivienda; y además la permanente agresión física y cultural que sufren por parte de las

⁷³ Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. CIDH, OEA. 1999. < <http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm> > [consulta : 22 de octubre de 2005]

instituciones estatales, del ejército, de los grupos paramilitares, de la guerrilla y de los narcotraficantes.

Es quizás este último problema, el que mayormente afecta a las comunidades indígenas de Colombia, y que ha significado una amenaza para su sobrevivencia y ha transformado sus territorios en zonas de conflicto. Las comunidades y familias indígenas sufren de manera especial los efectos de la violencia que impera en su país. Más de 500 dirigentes indígenas han sido asesinados durante estos últimos 25 años por razones políticas. La violencia, a cargo de las fuerzas públicas, paramilitares y guerrilleros; se concentra en las zonas rurales y especialmente en las zonas más alejadas que son en general donde existen los resguardos indígenas. Los ataques provocan el desplazamiento de las poblaciones de sus asentamientos, incrementando así el número de refugiados internos.

A continuación, analizaré la normativa colombiana en busca de reconocimiento de derecho propio en ese país.

La Constitución Política de 1991, reconoce y ampara la diversidad étnica y cultural de la nación, además de proteger sus riquezas culturales y naturales (artículos 7 y 8). Consagra también el principio de no discriminación en su artículo 13, señalando que: “El Estado adoptará las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de los grupos discriminados o marginados.”

En el capítulo 2 dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales, se hace referencia a los derechos territoriales en su artículo 63, el cual señala que las tierras comunales de grupos indígenas, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Reafirmando lo anterior, el artículo 72 consagra la misma disposición para otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, señalando además que pertenecen a la Nación y se encuentran bajo protección del Estado.

El artículo 63, al abordar las tierras comunales, incluye también dentro de su ámbito de protección, a las llamadas “tierras de resguardo”, las cuales forman parte junto a las “reservas”, de los territorios protegidos de los pueblos indígenas, la base de la propiedad indígena; siendo los primeros, los más importantes. El resguardo es una institución legal y sociopolítica de origen colonial, conformada por una comunidad indígena que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y lo administra según su derecho propio. Actualmente se registran 567 resguardos a nivel nacional, con una extensión de 36.500.416 hectáreas y que albergan al 80% de la población indígena del país. Las reservas en cambio, son entidades más pequeñas que provienen de la reforma agraria de 1969, y en la actualidad sólo existen 19 de ellas, habitadas por unas 1.500 familias indígenas.

Adicionalmente, durante los últimos años, el gobierno colombiano ha desarrollado políticas y programas para facilitar el reconocimiento y registro oficial de estos territorios protegidos. Es así como en 1996, por el Decreto 1397, se creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, con amplia representación indígena, la cual tiene por objeto fundamental programas las acciones anuales de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos, y el saneamiento y conversión de reservas, según la necesidad de las comunidades. Estas modalidades de dominio, las tierras de resguardo y las reservas, son un caso de reconocimiento de derecho propio indígena, específicamente de derecho de propiedad de territorios indígenas y también de derechos de representación, en lo que respecta a la composición de la Comisión Nacional de Territorios, ya mencionada.

En materia de administración de justicia indígena, la Constitución establece en su artículo 246, jurisdicciones especiales para los territorios indígenas, por lo que al interior de éstas podrán sus autoridades, aplicar su derecho, siempre sujetos al control legal de la Constitución. Agrega el artículo 247 que podrán crearse jueces de paz para dirimir conflictos individuales y comunitarios que se susciten entre indígenas.

En relación a lo anterior, y refiriéndose también a su organización política, encontramos otro reconocimiento del derecho propio en la Constitución. Esta otorga un grado de autonomía a los territorios indígenas pues su artículo 286 las considera, junto a los departamentos, distritos y municipios; como entidades territoriales. Estas se encuentran reguladas en el artículo siguiente, el cual dispone que “(...) gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y de la ley.”⁷⁴ En virtud de lo anterior, se les reconoce el derecho al autogobierno al interior de estos territorios, pudiendo ejercer las competencias que les correspondan, administrar recursos y tributos, y participar en las rentas nacionales. En relación a esto, el artículo 330 señala que estos territorios serán gobernados por consejos conformados y reglamentados según el derecho propio indígena y que tendrán entre sus funciones: velar por la aplicación de normas sobre usos del suelo y poblamiento de sus tierras; diseñar políticas y programas de desarrollo económico y social; promover inversiones públicas y velar por su ejecución; percibir y distribuir recursos; preservar los recursos naturales; colaborar con el mantenimiento del orden público al interior de su territorio; representar al territorio ante el gobierno nacional; y las demás funciones que señale la Constitución y la ley.

El artículo 329 señala que la conformación de estas entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación la efectuará el Gobierno nacional, con la participación de representantes indígenas. Agrega además, con respecto al derecho de propiedad, que: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”, con lo que garantiza la calidad de dueños de esas tierras, a los pueblos indígenas.

En cuanto a la representatividad ante el Gobierno Nacional, señala en su artículo 171 que: “Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.” Mientras que en materia de diputados, el artículo 176 consagra la creación de una circunscripción especial para asegurar la participación de los pueblos indígenas.

⁷⁴ Artículo 286 Constitución Política de Colombia, 1991.

Como podemos apreciar, en materia de administración de justicia, organización política y derechos de representación, la Constitución colombiana reconoce la aplicación del derecho propio de las comunidades indígenas.

Concluyendo con el examen constitucional, el artículo 310 se encarga de proteger específicamente a ciertas comunidades indígenas, disponiendo una serie de medidas con el fin de proteger a las comunidades nativas que habitan el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de normas especiales que regulen su administración, inmigración, comercio exterior, enajenación de bienes, entre otras, con el objeto principal de resguardar y garantizar la identidad cultural de dichas comunidades y preservar el ambiente y los recursos naturales del archipiélago.

En materia legal, encontramos sólo algunas disposiciones que reconocen derechos indígenas. En primer lugar nos encontramos con la **Ley N° 21 de 1991**, que reglamenta los derechos indígenas, a través de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, convirtiéndolo en ley nacional, con carácter coercitivo y obligatorio para todos los habitantes del país. De esta forma todos los derechos y garantías que consagra este convenio, tienen plena aplicación en la legislación colombiana.

En cuanto al tema de la organización política indígena, en 1993, se aprueba el **Decreto N° 1088** que regula la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas. Esta ley está basada en lo dispuesto en el artículo 56 transitorio de la Constitución, que señala que el gobierno puede dictar las normas que sean necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con los demás organismos territoriales, y además tiene como antecedente la Ley N° 89 de 1890, que facultó a los cabildos indígenas para administrar lo relativo al gobierno económico de las parcialidades. Esta normativa tiene por objeto: “Que las nuevas condiciones de las comunidades indígenas en el país exigen un estatuto legal que las faculte para asociarse, de tal manera que posibilite su participación y permita fortalecer

su desarrollo económico, social y cultural”. Esta normativa reconoce un cierto grado de participación política de los pueblos indígenas y su derecho de representación.

El artículo 2 de esta normativa legal señala la naturaleza jurídica de estas asociaciones, reconociéndolas como entidades de derecho público de carácter especial, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Mientras tanto, el artículo 3 establece como objeto de estas asociaciones el desarrollo integral de las comunidades indígenas. Para lograr este objetivo, estas entidades pueden: realizar actividades industriales o comerciales, y fomentar proyectos de salud, educación y vivienda coordinados con las autoridades nacionales o regionales, siempre sujetos a la normativa legal vigente.

En su artículo 13 esta ley establece una prohibición ya señalada en la Constitución, dispone que “Los cabildos o autoridades tradicionales indígenas que conformen las asociaciones de que trata el presente Decreto, no podrán vender o gravar las tierras comunales de los grupos étnicos o los resguardos indígenas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 63 de la Constitución Política y demás normas concordantes”.

C. ECUADOR.

Los pueblos indígenas del Ecuador se encuentran localizados a lo largo del país en las áreas costera del norte, en la Sierra y en el Oriente y alcanzan alrededor de un 45% de la población total. Estos pueblos enfrentan graves problemas que dificultan su desarrollo, pues gran parte de su población sufren los efectos de una pobreza generalizada, y es muy poca la inversión social hacia ese sector. Los indígenas, además, son objeto de discriminación, tanto desde el sector público como del privado.

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es la culminación de una lucha de años por parte de las organizaciones indígenas. Estas, redefinieron su relación con las estructuras del Gobierno nacional y con la población no indígena desde los últimos decenios; a través de una red de organizaciones representativas locales y regionales, reagrupadas en un órgano coordinador nacional, llamado CONAIE, que actuó en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, cuyo principal objetivo fue obtener la enmienda de la Constitución en que se reconociera al Ecuador como Estado plurinacional. Esta enmienda, en el año 1998, significó un gran avance, al reconocer la existencia de una diversidad étnica antes ignorada, y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Pero el reconocimiento como pueblos, recién se obtiene en la nueva Constitución ecuatoriana, aprobada en un Referéndum Constitucional el 28 de septiembre de 2008, pues ya no sólo se reconoce en su artículo 1º al Estado como pluricultural, sino que como Estado plurinacional, permitiendo de esta manera, el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En términos generales, es el artículo 57 de la Constitución, quien reconoce y garantiza el derecho propio indígena, para posteriormente en los artículos siguientes abordar más extensamente estos derechos. Es por eso, que con el objeto de ordenar el análisis de esta Carta Fundamental, centraré el estudio en el artículo 57, y los derechos colectivos que aquí se reconocen, complementándolos, cuando corresponda, con los artículos que tratan estos derechos de manera más extensiva. Reconoce el artículo 57, los siguientes derechos colectivos:

- **Derecho de autodeterminación y derecho de representación:**

- El desarrollo y fortalecimiento de su identidad, sentido de pertenencia, organización social y de sus tradiciones ancestrales (Nº 1);
- El desarrollo de sus propias formas de convivencia y organización social dentro de sus territorios legalmente reconocidos (Nº 9);

- La participación, en los organismos oficiales, de sus representantes, con el objetivo de definir políticas públicas y planes del Estado que les conciernan. Además, mantener sus propias organizaciones, en un marco de respeto al pluralismo y a la diversidad cultural y política que el Estado reconoce (Nº 15 y 16)

Complementan este artículo, el artículo 1º que reconoce a Ecuador, como un Estado intercultural y plurinacional. Luego, el artículo 60 reconoce como forma de organización ancestral territorial, a las comunidades que posean propiedad colectiva de tierras, señalando que podrán formar circunscripciones territoriales reguladas por ley. Idea que es reafirmada en el artículo 257, el cual establece la conformación de circunscripciones territoriales indígenas con derechos de autodeterminación dentro de su territorio, los que se regirán “por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos”.

En cuanto al derecho de representación, el artículo 67 señala lo siguiente: “Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas (...)”. Mientras el artículo 97, agrega que: “Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos” (...) y “formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales (...)”

- **Pluralismo jurídico:**

- El desarrollo y práctica de su derecho propio, con la única limitación de no vulnerar derechos constitucionales, particularmente los relacionados con las mujeres, los niños y los adolescentes (Nº 10)

- A ser consultados sobre cualquier medida legislativa que afecte su derecho propio (Nº 17).

- El desarrollo de las relaciones y cooperación con otros pueblos, particularmente los que estén divididos por fronteras internacionales (Nº 18)

El capítulo IV de la Constitución, en su sección segunda, aborda el tema de la Justicia Indígena, permitiendo el desarrollo de un pluralismo jurídico en Ecuador. Señala su artículo 171 que: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (...)”. “Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. Con esta norma, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su propia administración de justicia, siendo la única limitación el respeto a las normas constitucionales y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, limitación que se aplica a cualquier forma de administración de justicia del derecho positivo. Finalmente, agrega el artículo, que el estado garantizará el respeto y cumplimiento de las decisiones adoptadas por la jurisdicción indígena por parte de las autoridades públicas, con lo cual se otorga validez a dichas resoluciones.

En su sección séptima, trata sobre los Jueces de Paz (Artículo 189), quienes tendrán competencia exclusiva para conocer conflictos individuales, vecinales y contravenciones que la ley someta a su conocimiento, utilizando mecanismos de conciliación basados en la equidad, pero les establece como limitación, que no prevalecerán sobre la justicia indígena, con lo cual se refuerza la validez e importancia que se le otorga a la jurisdicción indígena en la Constitución.

- **Derechos de propiedad y derecho a los recursos naturales:**

- La conservación de la propiedad de sus tierras comunitarias, las cuales se declaran, imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles. Además de la mantención de la posesión de sus territorios ancestrales y su adjudicación gratuita, y a no ser desplazados de estos territorios (Nº 4, 5 y 11);

- La participación en el uso, usufructo y administración de los recursos naturales renovables que se encuentren en sus territorios, y respecto de los recursos no renovables, se les asegura, la consulta previa sobre los programas de explotación y comercialización que les afecten, y su participación en los beneficios que de estos se obtengan (Nº 6 y 7);
- A mantener, proteger y recuperar su patrimonio cultural e histórico, además de desarrollar sus conocimientos colectivos, como la medicina tradicional, ciencias, tecnologías, etc. (Nº 12 y 13);
- A desarrollar un sistema de educación intercultural bilingüe.

Complementando lo dispuesto por el artículo 57, el artículo 321 de la Constitución, consagra el reconocimiento y garantía del Estado del derecho de propiedad tanto individual como comunitaria.

En tanto, el artículo 322 contiene un importante avance al reconocer la propiedad intelectual de los “saberes ancestrales” de los pueblos indígenas, prohibiendo toda apropiación de éstos.

El artículo 379 consagra dentro del patrimonio cultural de Ecuador, a la lengua indígena y demás manifestaciones culturales de estos pueblos, declarando que serán bienes inembargables, inalienables e imprescriptibles, garantizando su protección estatal.

Finalizo este análisis con el artículo 408 que declara como propiedad inalienable, inembargable e imprescriptible, los recursos naturales no renovables, como los yacimientos minerales y de hidrocarburos, señalando que estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales que esta Constitución establece y que se encuentran enumerados en el artículo 395 y siguientes, donde se asegura la participación activa y permanente de aquellas comunidades y pueblos “en la planificación, ejecución y control de toda actividad que

genere impactos ambientales”⁷⁵. Estos artículos permiten una participación real y activa de las comunidades indígenas en el manejo y explotación de los recursos naturales que se encuentren dentro de sus territorios, otorgando de esta forma una herramienta legal para luchar contra la eventual vulneración de sus derechos de propiedad.

A nivel legal, la normativa más importante en materia de derechos de propiedad indígenas, es la **Ley de Desarrollo Agrario** promulgada en 1992 y que posteriormente fue modificada en el año 2004.

Esta Ley otorga un reconocimiento formal a las tierras comunitarias de posesión ancestral, al establecer en su artículo 49 que: “El Estado protegerá las tierras del INDA⁷⁶ que se destinen al desarrollo de las poblaciones montubias, indígenas y afroecuatorianas y las legalizará mediante adjudicación en forma gratuita a las comunidades o etnias que han estado en posesión ancestral, bajo la condición de que se respeten tradiciones, vida cultural y organización social propias”. Este artículo, si bien es un gran avance en materia de reconocimiento de propiedad ancestral indígena, tiene como limitante que sólo abarca la adjudicación para comunidades y etnias, y no, una adjudicación a favor de pueblos respecto a territorios más vastos.

Finalmente, un tema pendiente: la situación de los pueblos indígenas con status jurídico de pueblos indígenas ocultos o de aislamiento voluntario, como los Tagaeri y Taromenane, de nacionalidad Huaorani, que se ubican en el área del Parque Nacional Yasuni. En la actualidad estos pueblos sufren la amenaza constante de una potencial explotación petrolera en su territorio, por lo que necesitan la reserva y protección del Estado, y que se cumplan los acuerdos adoptados en la Declaración de Belem, Brasil,

⁷⁵ N° 3, Artículo 395 de la Constitución de Ecuador, 2008.

⁷⁶ INDA, Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, es un organismo de derecho público, creado por la Ley de Desarrollo Agrario, en su artículo 36 y siguientes, y que tiene entre sus principales atribuciones: otorgar títulos de propiedad a las personas naturales que estando en posesión de tierras rústicas y teniendo derechos sobre ellas, carezcan de título (como es el caso de la propiedad ancestral indígena); y la adjudicación de tierras.

En la conformación del Consejo Superior del INDA, forman parte también, dos representantes de comunidades indígenas, según lo dispone el artículo 40 N° 6 de la ley.

en el año 2005, suscrita por Ecuador junto a otros cinco países latinoamericanos que tienen dentro de sus territorios pueblos con estas características.

D. MEXICO.

El Estado mexicano está integrado por una población indígena que se estima de 10 millones de personas, lo cual significa que forman parte de alrededor del 10% de la población total mexicana. De ellos unos 6 millones conservan su lengua autóctona y sus valores culturales, sus formas de vincularse con la naturaleza, de administrar justicia y de organizarse.

Existe una presencia indígena importante en al menos el 28% de las localidades del país, en donde veinte regiones concentran la mayor cantidad de pueblos indígenas mexicanos, mostrando la diversidad de esa sociedad. Algunas de estas son: la Región de Mayo y Región Tarahumara (Chihuahua), en el norte; la Región de Huicot en Nayarit, Durango y Jalisco, Región de Huasteca de Potosí, Hidalgo y Veracruz; ambas de centro del país y en el sur, destacan las regiones de Chontal de Tabasco, de Oaxaca y Chiapas, entre otras.

En estas regiones una importante proporción de indígenas mantiene su identidad y habitan en pueblos y comarcas propias. Un análisis del Instituto Nacional Indigenista de México basado en el censo de 1990, señaló que existen a lo menos 13 mil localidades con población eminentemente indígenas, donde el 70% conservan su cultura y su idioma, y más de 4 mil localidades con población indígena dispersa.

Los indígenas mexicanos, al igual que sus pares a lo largo de Latinoamérica, se encuentran en situación de desigualdad frente al resto de la población sufriendo en muchas zonas condiciones deplorables de pobreza, falta de acceso a la salud, educación y a los servicios sociales.

En el plano educacional, mientras la población general presenta altos índices de escolaridad, más de la mitad de los niños indígenas no concurren a la pre primaria y un 28% de niños entre los 6 y 14 años, no asiste a la escuela. Asimismo, el índice de analfabetismo en la población adulta, que en general no supera el 12% de la población no indígena, en los indígenas sobrepasa el 40%.

Por otra parte, son los pueblos indígenas, los que sufren de forma más dramática la crisis económica del agro que ha enfrentado al país estos últimos años y la caída de sus precios. Esto, a raíz de que la mayoría de ellos, incluyendo muchos niños, trabajan y viven de la tierra, a lo cual se suma la baja productividad agrícola de las tierras donde debieron concentrarse, como consecuencia de la ocupación de las suyas; y la falta de inversión productiva o de infraestructura por parte del Estado. Esto ha llevado a cifras alarmantes de pobreza, en que según el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, en 1998 ésta alcanzaría un 80% al interior de las comunidades indígenas⁷⁷.

A diferencia de los otros Estados latinoamericanos tratados en este capítulo, México es una República federal, integrada por estados libres y soberanos, por lo cual debemos diferenciar entre las leyes federales, incluyendo su Constitución, y las leyes estatales. Es por esta razón, que este caso será abordado en un primer lugar desde la normativa federal, en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, para terminar con el estudio de dos estados mexicanos que concentran una alta población indígena y cuentan con legislación específica, como son Oaxaca y Chiapas.

⁷⁷ Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México. CIDH, OEA, 1998. Sitio web Cit. Nota 16.

D.1. Legislación federal mexicana.

La **Constitución Política de los Estados Unidos de México** data de 1917 y ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su historia, siendo la última de ellas la reforma del año 2004. El artículo 2º inciso 2º, desde su última modificación del año 2001, otorga reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas al señalar, en primer lugar la calidad de nación pluricultural de México “sustentada originalmente en sus pueblo indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”

Pero no sólo se limita al reconocimiento a nivel constitucional de los pueblos indígenas, sino que además, en este mismo artículo, reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación y autonomía para que éstos puedan mantener su identidad, enunciando ciertas materias específicas, como:

- “Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.” (Numerando I)
- “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos (...)”. Esta disposición se ve limitada por la sujeción a los principios generales de la Constitución. (Numerando II)
- “Elegir de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno (...)”(Numerando III)
- “Acceder (...) al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades”, con la limitación de respetar las modalidades de propiedad establecidas en la Constitución y los derechos adquiridos de terceros.(Numerando VI)
- “Elegir en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos”. (Numerando VII)

- “Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado (...)”. Para garantizar esto, la Constitución establece que se tomará en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas y su cultura, teniendo derechos a ser asistidos por intérpretes. (Numerando VIII)

También señala este artículo que los organismos estatales y federales deberán promover la igualdad de oportunidades y eliminar cualquier forma de discriminación, con el fin de asegurar la vigencia de los derechos indígenas y su desarrollo integral. Esto a través de diversas políticas públicas que se lleven a efecto para materializar los derechos y garantías que se consagran en esta disposición, pues si bien es cierto que constituye un paso importante el reconocimiento otorgado a los pueblos, éstos no podrán desarrollarse plenamente dentro de sus comunidades si se mantiene las condiciones de marginalidad y pobreza en que viven. Estas políticas son la concretización de las garantías y derechos que consagra la Constitución. Entre éstas podemos destacar:

- “Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos (...)”
- “Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior” lo que busca esta norma es terminar con los altos índices de analfabetismo que existen en la actualidad al interior de las comunidades, para así a través de la educación, mejorar sus expectativas y calidad de vida.
- “Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo (...)”.
- “Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos (...)”

En cuanto a la propiedad de las tierras, el artículo 27 regula detalladamente el dominio de éstas y su concesión de parte del Estado, pero no ahonda mayormente en la propiedad de tierras indígenas, sino que simplemente señala que “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”.

En cuanto a la normativa legal, la **Ley Agraria de 1992**, tampoco trata el tema de la propiedad ancestral ni del dominio de éstas, pero si reconoce el uso del derecho consuetudinario para la resolución de controversias en que se vean involucradas tierras de pueblos indígenas, en su artículo 164.

Con esto podemos apreciar la grave falencia del derecho positivo mexicano, que a pesar de existir un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, no contempla una protección ni regulación de los derechos de propiedad y dominio de los territorios indígenas, siendo éstos la base fundamental para el desarrollo de estos pueblos.

Quizás algo un poco más específico lo constituyen dos leyes ambientales: la **Ley General de equilibrio ecológico y la protección al ambiente** y la **Ley Forestal**. La primera de éstas consagra en su artículo 45 el establecimiento de Áreas protegidas que tiene por objeto proteger todo aquello que sea importante para el mantenimiento de la cultura e identidad indígena. A continuación, en su artículo 47 agrega que la administración de dichas áreas se promoverá la participación de pueblos indígenas con el fin de propiciar el desarrollo integral de las comunidades. Por su parte, la Ley Forestal en su artículo^{1º} señala que constituye esta ley el reglamento del artículo 27 de la Constitución, siendo de esta forma de observancia general e interés nacional sus disposiciones y que tiene por objeto regular y fomentar la conservación, protección, aprovechamiento, entre otras cosas, de los recursos forestales con el fin de propiciar al desarrollo sustentable del país, para lograr el desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas.

En cuanto a la administración de justicia de los pueblos indígenas, el **Código Penal** señala en sus artículos 51 y 52 que para la sanción de un delito cometido por una persona indígena, el juez deberá tener en cuenta los “usos y costumbres” de su pueblos y comunidades. Pero sin duda una norma importante de este cuerpo legal lo constituye el artículo 149 bis que reconoce el delito de genocidio y lo sanciona drásticamente. Señala este artículo que comete este delito: “el que con propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.” De esta forma se da un paso trascendental en el cumplimiento de la normativa internacional vigente que reconoce y sanciona este delito cometido principalmente contra los pueblos indígenas que han sido exterminados a lo largo de la historia latinoamericana de manera impune.

El 21 de mayo del año 2003 se publicó la ley que crea la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, el cual vino a ocupar el lugar del Instituto nacional Indigenista y pasa a asumir sus mismas funciones, su personalidad jurídica y su patrimonio. Este organismo tiene por objeto, al igual que el Instituto, el orientar, promover, apoyar, fomentar y evaluar los proyectos y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución.

Finalmente, quisiera hacer mención a una ley que si bien, es de aplicación general para la población mexicana, constituye una gran herramienta para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Me refiero a la **Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos**, del año 1992. Esta ley regula a un organismo con autonomía de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto esencial “la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano”. De esta forma, los pueblos indígenas podrán recurrir ante este organismo cuando vean vulnerados sus derechos por autoridades o servicios públicos. Además su artículo 29 sostiene que en la presentación de las

quejas ante esta Comisión, se le proporcionará un intérprete a aquellas personas que no entiendan el español; mientras que el Reglamento interno de la Comisión señala específicamente que en el caso de que las reclamaciones por violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas evidencien patrones sistemáticos de trasgresión, la Comisión siempre deberá conocer de dichas quejas.

D.2. El Estado de Oaxaca.

En Oaxaca el 60% de sus 3.2 millones de habitantes es indígena y más del 7.5% del territorio es propiedad comunal de estos pueblos. En este Estado, existe un gran reconocimiento del derecho propio indígena, pues de los 570 municipios que existen en Oaxaca, 430 de ellos eligen a sus autoridades comunales según su derecho propio, por lo que la existencia de un pluralismo político es un hecho tangible en esta zona.

El Estado de Oaxaca ha alcanzado un mayor desarrollo en el tema indígena a través de su legislación. Cuenta con una Constitución que reconoce el derecho propio indígena y con una ley reglamentaria que regula específicamente diversos temas indígenas.

En primer lugar, la **Constitución Estatal** en su artículo 16 consagra la composición étnica plural del Estado de Oaxaca sustentada en los pueblos indígenas que la integran. Reconoce el derecho a la libre determinación de éstos expresado en su plena autonomía al interior del estado dentro del marco jurídico vigente. Les reconoce también personalidad jurídica y el goce de sus derechos sociales, además de sus formas de organización política, social y gubernamental, sus sistemas normativos y jurisdicción, dejando su regulación a la ley reglamentaria.

En cuanto al derecho de propiedad, su desarrollo es débil al igual que la legislación federal, pues el mismo artículo sólo se refiere al derecho social de uso que tienen los pueblos indígenas y al disfrute de los recursos naturales de sus territorios.

Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución le otorga vigencia al preservar el uso del tequio al interior de comunidades indígenas como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo. El tequio nace a raíz de las depresiones económicas que vienen afectando a México en los últimos años, las cuales se acrecientan con dos hechos relevantes, el primero es el ingreso al Tratado de Libre Comercio de América del norte, donde los medianos empresarios no pudieron competir con la invasión de productos extranjeros mucho más baratos; y el segundo se produce por la insurgencia de los pueblos indígenas en Chiapas en 1994, que causa impacto en la conciencia no solo de México, sino que de todo el mundo.

En medio de estos acontecimientos, surge en 1999 el tequio, que junto al tlaloc y al tianguis, forman el conjunto de “monedas comunitarias” o “dinero alternativo”, existentes desde los años 90 en mercados organizados al interior de los pueblos indígenas principalmente, donde no se aceptaba la moneda oficial y se intercambiaban productos utilizando dichos vales. Es por eso que resulta muy importante el reconocimiento a nivel constitucional de este verdadero sistema económico vigente en las comunidades indígenas, que además les ha ayudado a enfrentar de mejor forma las crisis económicas del país.

En otro tema, la constitución dispone un capítulo especial para el tema de la jurisdicción indígena. Es así como el artículo 112 del capítulo quinto señala: “La Jurisdicción Indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la ley reglamentaria del Artículo de esta Constitución.” En relación a la jurisdicción también, el artículo 113 señala que aquellos municipios que pertenezcan a comunidades indígenas podrán asociarse libremente según filiación étnica e histórica para formar asociaciones de pueblos y

comunidades indígenas que tengan por objeto: el estudio de problemas locales, la realización de programas de desarrollo, capacitación, programas de urbanismo y otras actividades que signifiquen progreso y desarrollo para éstos.

En lo que a la Constitución se refiere, el artículo 114 regula la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, la cual funciona de igual forma que la federal y tiene prácticamente los mismos objetivos.

Como dijimos en un principio, el Estado de Oaxaca cuenta con una **ley que es reglamentaria del artículo 16 de la Constitución**. Esta ley data del año 1998 y tuvo su última modificación el 2001. Es de orden público e interés social y rige en todo el territorio de la región. Su artículo tercero define para efectos de esta ley el concepto de pueblos indígenas en el cual no se hace referencia al concepto de pueblo en sí, en cuanto a auto determinación, sino que simplemente se limita a señalar que: “(...) El Estado reconoce a dichos pueblos indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, Municipales, así como con terceras personas.”

En relación a la autonomía, este artículo también la define diciendo que: “La expresión de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas como partes integrantes del estado de Oaxaca, en consonancia con el orden jurídico vigente, para adoptar por si mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su cosmovisión, territorio indígena, tierra, recursos naturales, organización sociopolítica, administración de justicia, educación, lenguaje, salud y cultura.” En tanto el artículo 8º dispone que dentro del orden jurídico el Estado deberá respetar los límites de los territorios de los pueblos indígenas dentro de los que éstos ejercerán la autonomía reconocida por esta ley. Agrega que dicha autonomía será ejercida a nivel de municipio, de las agencias municipales, de agencias de policía o de asociaciones integradas por varios municipios o comunidades. Por su parte el artículo 10 consagra el derecho a regirse en cuanto a la organización social y política de acuerdo a sus propios sistemas normativos internos, reafirmando así lo dispuesto en los artículos anteriores.

En materia de cultura y educación, los artículos 16 y 17 sancionan el delito de genocidio y la discriminación; mientras que el 15 y el 19 consagran el derecho a la identidad y a mantener su propia cultura y costumbres. Finalmente, el artículo 24 establece una educación intercultural bilingüe.

En cuanto a sus sistemas normativos internos, el artículo 29 reconoce la validez de las normas internas de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos que se susciten al interior de las comunidades, siempre que no contravengan la Constitución ni las leyes. A continuación, los demás artículos detallan la forma de llevar a cabo los procesos judiciales, ya sean penales, civiles, u otros cuando una de las partes es indígena, con el objeto de asegurar una defensa oportuna y real de sus derechos, tanto bajo la autoridad estatal como de la autoridad indígena.

Con respecto a los derechos de propiedad, se sigue la regla de la gran falencia de la legislación mexicana que pese a contener normas tan específicas sobre los pueblos indígenas, han omitido regular el tema de los territorios indígenas y de la propiedad ancestral. Esta ley sólo señala en su artículo 51 que los pueblos tendrán acceso a los recursos naturales de sus tierras en los términos que señala el artículo 27 de la Constitución Federal, disposición que fue analizada con anterioridad. En consecuencia no existe una norma que reconozca la propiedad ancestral indígena.

A pesar de estas falencias, esta ley representa un gran avance en materia de reconocimiento a nivel estatal en México, aunque aun permanece muy debajo de las expectativas y de las demandas de los pueblos indígenas al no manifestar una postura clara frente al derecho de la autodeterminación ni la propiedad ancestral.

D.3. El Estado de Chiapas.

Los pueblos indígenas constituyen el 20.6% de la población de 3.9 millones de habitantes que tiene Chiapas⁷⁸.

En este estado existe una creciente participación indígena en diversas áreas, destacando la existencia de jueces indígenas, de programas de educación bilingüe y transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena. Asimismo, los médicos comunitarios han comenzado a utilizar la medicina tradicional, y se creó una Subprocuraduría de Asuntos Indígenas que cuenta con una defensoría de oficio exclusiva para los pueblos indígenas.

El 16 de febrero de 1996, representantes del Gobierno Federal y del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, firmaron los primeros acuerdos en la llamada “Mesa de San Andrés”, los cuales significaron el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Se estableció una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas, en la cual, el gobierno se comprometía a normar sus acciones en base a los principios de libre determinación y autonomía, pluralismo e integridad. Se comprometió además, a no intervenir en la organización interna ni en los asuntos indígenas relacionados con el aprovechamiento de sus recursos, lo que se traduce en la necesidad de participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten⁷⁹.

Los Acuerdos de San Andrés fomentaron una nueva relación entre el gobierno y los pueblos indígenas, reconociendo la participación de éstos en todas las instancias de gobierno, debiendo el Estado garantizar y respetar estas instancias. Por otra parte, significaron la base para las reformas constitucionales y legales, que permitieron el reconocimiento de los derechos indígenas y una mayor participación en las instituciones estatales.

⁷⁸ FUENTE Fernández, Rosa. Autonomía Indígena en Chiapas. Ed. Los libros de la Catarata. 2008.
<<http://spazioinwind.libero.it/educazioneinchiapas/introducion.htm>> [Consulta: 19 octubre 2009]

⁷⁹ Ob. Cit. Nota 75

La **Constitución Política de Chiapas** consagra en su artículo 13 una población pluricultural y reconoce y protege a los pueblos indígenas que habitan su territorio, así como a los que se encuentran asentados temporalmente en él. Ese extenso artículo, que contiene once incisos, regula de manera específica el tema indígena. En primer lugar, reconoce el derecho de elegir a sus autoridades tradicionales conforme al derecho consuetudinario. En cuanto a los procesos judiciales, garantiza que en caso de ser indígena una de las partes de un conflicto, se tomarán en consideración sus usos y costumbres y se le proporcionará un traductor y un defensor que entiendan su lengua y su cultura.

Por otra parte, este artículo consagra el principio de no discriminación y promueve “el desarrollo de la cultura, lenguas, usos, costumbres, tradiciones y formas de organización social, política y económica de las comunidades indígenas.”

En general, el reconocimiento y consagración de derechos es muy similar al que señala el artículo 2º de la Constitución Federal, simplemente que éste se enmarca en un contexto estatal y profundiza mucho más en ciertos temas. Uno de ellos, que es una disposición bastante importante, va más allá de lo dispuesto en la Carta federal, y es el inciso 8º del mismo artículo que señala: “En los municipios con población de mayoría indígena, el trámite y resolución de las controversias entre personas pertenecientes a comunidades indígenas, será conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales, y con la participación de sus autoridades tradicionales, debiendo salvaguardarse los derechos fundamentales que consagra la Constitución general de la República y el respeto a los derechos humanos.” A pesar de contener una limitación, esta norma le otorga plena vigencia al derecho propio indígena al interior de esos municipios, por lo que constituye un reconocimiento muy importante para los pueblos indígenas.

Dentro del mismo tema, en cuanto a la administración de justicia, y confirmando lo señalado anteriormente, la Constitución señala que se deposita el ejercicio del poder judicial en primera instancia, a los jueces de paz y conciliación indígenas, en aquellos municipios de mayoría indígenas. Estos serán los encargados de resolver los asuntos que se susciten entre las comunidades y serán elegidos por ellos mismos.

Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas. Esta es la Ley reglamentaria establecida por el artículo 13 de la Constitución Política de Chiapas. Su artículo 2º reconoce el carácter étnico cultural del Estado de Chiapas, y reconoce y protege a los diversos pueblos indígenas que habitan ese Estado. El artículo 3º consagra una definición de pueblo indígena, señalando que es “aquel que se conforma de personas que descienden de poblaciones que, desde la época de la conquista, habitaban en el territorio que corresponde al Estado y que hablan la misma lengua, conservan su cultura e instituciones sociales, políticas y económicas y practican usos, costumbres y tradiciones propios”. También define la comunidad indígena diciendo que se entiende por ésta “al grupo de individuos que, perteneciendo al mismo pueblo indígena, forman una colectividad que se encuentra asentada en un lugar determinado, con formas de organización social, política y económica, así como con autoridades tradicionales, valores culturales, usos, costumbres y tradiciones propios”.

Un artículo muy importante es el 5º que reconoce el derecho a la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas, dentro del ámbito estatal, “en toda su amplitud política, económica, social y cultural”; reafirmando este reconocimiento, con el reconocimiento también de sus autoridades tradicionales (artículo 6º), nombrándolas auxiliares de la administración de justicia.

En materia de administración de justicia, junto a las autoridades tradicionales, esta ley establece los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena en aquellos municipios o comunidades con población indígena (Artículo 12); los cuales sólo tendrán

competencia para conocer de los asuntos en que ambas partes sean indígenas (Artículo 14).

En cuanto a los derechos culturales, los artículos 39 a 47, consagran el reconocimiento de éstos, estableciendo que los pueblos indígenas tendrán “derecho de conservar, proteger y desarrollar todas sus manifestaciones culturales, incluidos los sitios arqueológicos y sagrados, centros ceremoniales y monumentos históricos, además de sus artesanías, vestidos regionales y expresiones musicales” (Artículo 39). Por su parte, el artículo 41 establece el fomento y protección de las costumbres indígena, a fin de consolidar la identidad cultural de los pueblos indígenas.

En el tema de los territorios indígenas, el artículo 56 prohíbe el desplazamiento de las comunidades indígenas de sus territorios y posesiones, a menos que existan causas de utilidad pública debidamente justificadas o en caso de peligrar su seguridad. El artículo 58, asegura el regreso a sus territorios de comunidades que hayan sido expulsadas, promoviendo el diálogo y la celebración de convenios para un retorno pacífico.

Finalmente, en cuanto a los recursos naturales, el Estado establecerá mecanismos para el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas (Artículo 60), y deberá consultar previamente a las comunidades ante la realización de cualquier proyecto que pueda afectar los recursos naturales de estas comunidades (Artículo 62).

E) PERU.

Perú es un país históricamente multicultural, en cuya población de 25 millones de habitantes, más de 8 millones se consideran pertenecientes a pueblos indígenas. Su diversidad cultural se refleja por la presencia de alrededor de 65 grupos étnicos

quechuas, aymaras, aguarunas y otros amazónicos, que habitan mayoritariamente en comunidades rurales y en la periferia urbana⁸⁰.

En los problemas más frecuentes que enfrentan estas comunidades, destacan el reconocimiento de territorios comunales, el derecho a la participación y consulta, y el alto índice de extrema pobreza en que se encuentran muchos de ellos, lo que genera altas tasas de desnutrición infantil y mortalidad.

A nivel internacional, en 1994, el Estado peruano ratificó el **Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales**. Con este acto, Perú se comprometió a adoptar medidas especiales con el objeto de garantizar a sus pueblos indígenas, el goce real de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, y también a realizar los esfuerzos que fuesen necesarios para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo de estos pueblos, respetando sus valores culturales y religiosos.

En cuanto a su normativa interna, en el año 1993, el Estado peruano aprobó una nueva **Constitución Política** donde consagra los principios del pluralismo étnico y cultural, reconociendo la existencia de las comunidades y culturas nativas. En su artículo 2º inciso 19 declara que: “Toda persona tiene derecho:
19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”

Estos principios se recogen específicamente en los artículos 15, 17, 48, 89 y 149. Los dos primeros artículos se refieren a la educación; mientras el primero consagra el derecho a “una formación que respete su identidad”, el artículo 17 señala que el Estado

⁸⁰ Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú, CIDH, OEA, 2000. Sitio web Cit. Nota 14.

fomentará la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, y preservará las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. El artículo 48 dispone: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

En relación al derecho de la libre determinación, el artículo 89 reconoce la existencia legal de las comunidades nativas y le otorga personalidad jurídica, de modo que puedan gozar de una organización autónoma, siempre eso sí, con la limitación de enmarcarse dentro de la legislación vigente. En cuanto al derecho de propiedad, sólo se establece en este mismo artículo la imprescriptibilidad de sus tierras, salvo los casos de abandono, sin ahondar en cuanto al reconocimiento de propiedad ancestral.

Por último, el artículo 149 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, quienes apoyadas por las Rondas Campesinas, pueden administrar justicia dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no vulneren los derechos fundamentales de la persona.

El **Código del Medio Ambiente**, señala en su artículo 54 que el Estado reconoce el derecho de propiedad sobre las tierras ubicadas en áreas naturalmente protegidas, de las comunidades campesinas y nativas.

El **Decreto Ley N° 22.175**, de 1978 en concordancia con el artículo 89 de la Constitución, otorga reconocimiento legal y personería jurídica a las comunidades nativas, garantizándoles además, el derecho de propiedad respecto a las tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería. Por último, establece la protección de la propiedad territorial, al declarar estas tierras inalienables, inembargables e imprescriptibles.

En el año 1987 se promulga la **Ley N° 24.571**, la cual en su artículo único, reconoce y legaliza las llamadas “Rondas campesinas”, organización destinada al servicio de la

comunidad y al desarrollo y a la paz social sin fines políticos partidarios. Las rondas campesinas surgen en la sierra norte del Perú a mediados de los años setenta, luego de la Reforma Agraria, en momentos en que se producen, a causa del abandono estatal del campo y la agudización de la pobreza; graves problemas de seguridad que conllevan a numerosos robos por bandas organizadas y entre vecinos, para lo cual se hacía indispensable, ante la falta de autoridad comunal, la necesidad de organizarse por parte de la población. Es así como se crearon “grupos de rondas nocturnas”, que se encargaban de vigilar las tierras; y que luego derivaron en un verdadero sistema de autoridad comunal propio, donde la población encontró la manera de organizarse políticamente a nivel de comuna.

Es así como en la actualidad, las rondas campesinas, formadas tanto de comunidades campesinas, como de pueblos indígenas; cumplen un papel trascendental al interior de las comunidades, pues constituyen verdaderas organizaciones comunales, y son además, un claro reconocimiento del derecho propio indígena. En el año 2003, se promulgó la **Ley N° 27.908**, que regula de manera más específica sus funciones. El artículo 1º de esta ley, le otorga personalidad jurídica a las rondas campesinas reconociéndolas como entidades autónomas y democráticas, y señala sus atribuciones: “pueden entablar interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”

Por otra parte, el artículo 6º reconoce el derecho a la participación, al control y a la fiscalización de los proyectos de desarrollo que se pretendan implementar en su jurisdicción comunal. En cuanto a sus funciones jurisdiccionales, el artículo 7º señala que podrán intervenir en la solución pacífica de conflictos que se susciten entre miembros de la misma comunidad, o con externos, siempre que el conflicto haya

nacido al interior de su jurisdicción, reconociendo así, el derecho consuetudinario. De esta forma, la mayor parte de los conflictos se resuelven al interior de las comunidades, utilizando sus propias leyes y siendo esencialmente, una justicia reparatoria. Finalmente en sus artículos 8º y 9º, establece la coordinación y apoyo de organismos sociales y jurisdiccionales, incluida la fuerza pública, en el desempeño de su cargo, lo cual significa una validación del accionar de estas organizaciones.

Decreto Ley Nº 22.175, Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo Agrario de las regiones de Selva y Ceja de Selva, 1978. Esta ley, según lo expresa su artículo 1º, tiene por finalidad establecer una estructura que contribuya al desarrollo integral de las regiones amazónicas de Selva y Ceja de Selva, a fin de que las comunidades nativas que habitan en esa zona, alcancen niveles de vida compatible con la dignidad de la persona humana. Por esta razón, el Estado reconoce su existencia legal y les otorga personalidad jurídica. En materia de derecho de propiedad, el artículo 12 señala que serán restituidos los territorios usurpados bajo la Constitución de 1920 y que dichas tierras serán declaradas imprescriptibles e inembargables. Y su artículo 19 reconoce al derecho consuetudinario indígena como resolución de conflictos al interior de estas comunidades. Es así como esta ley, reconoce el derecho propio indígena, a través de normas que reconocen el derecho de propiedad ancestral y la organización bajo sus propias normas, permitiendo el desarrollo del pluralismo jurídico y de la autodeterminación, lo cual contribuye al desarrollo y al reconocimiento de los derechos de estos pueblos.

PARTE IV. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

En relación al resto de Latinoamérica, nuestro país se encuentra en un nivel legislativo bastante inferior con respecto al tema del reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. A lo largo de nuestra historia republicana se han sucedido diversos períodos en que el tema indígena ha sido abordado con políticas erróneas tendientes a la asimilación e integración, más que al respeto de las diferencias culturales existentes. Teniendo incluso épocas en que se pretendió exterminar social y culturalmente a dichos pueblos y durante las cuales fueron despojados de gran parte de sus territorios. Sólo en el año 2008, bajo el Gobierno de Michelle Bachelet, se logró la anhelada ratificación del Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional base para el reconocimiento de los derechos indígenas.

Hasta la fecha, Chile no se reconoce constitucionalmente como un Estado plurinacional ni pluricultural, con lo que los pueblos indígenas no han logrado un reconocimiento ni un respeto real sobre sus derechos. Sin embargo, el 23 de noviembre de 2007, fue presentado por la Presidenta de la República un proyecto de ley para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que se encuentra en la Etapa de Primer Trámite constitucional⁸¹.

Este proyecto, como se explica en el mensaje enviado por la Presidenta⁸², responde a los compromisos adoptados en el Acuerdo de Nueva Imperial de 1989, y que se ha manifestado a través de diversos proyectos de ley que no han prosperado en el

⁸¹ Proyecto de Ley, Boletín N° 5522-07, Reforma Constitucional par a el reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, 23 de noviembre de 2007. En <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [Consulta: 22 de octubre de 2009]

⁸² Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas de Chile, Santiago, 23 de noviembre de 2007, Mensaje N° 1101-355. En < <http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [Consulta: 22 de octubre de 2009]

Congreso Nacional⁸³. Adicionalmente, en las conclusiones del Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, realizado en el año 2006, diversas organizaciones indígenas demandaron este reconocimiento constitucional, así como también lo han hecho las organizaciones internacionales, a través de sus recomendaciones en el tema.

Según lo expresado en el Mensaje, el texto propuesto reúne los principales elementos discutidos tanto por organizaciones indígenas como por el derecho comparado, siendo los puntos a reformar los siguientes:

1. Reconocimiento constitucional de la nación chilena como multicultural.
2. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.
3. Reconocimiento a los pueblos indígenas del derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.
4. Protección a las tierras indígenas y a los recursos naturales⁸⁴.

Tomando estos puntos en consideración, el proyecto de ley establece las siguientes modificaciones, en un artículo único:

1. Se agrega al artículo 3°, el siguiente inciso 4°: “La nación chilena es multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”

2. Se agrega al artículo 19 N° 24, relativo al derecho de propiedad, el siguiente inciso 10°: “Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas⁸⁵”

⁸³ Ejemplo de esto han sido la Moción presentada el 6 de Julio de 1999, por los diputados señores Francisco Huechumilla Jaramillo, Juan Pablo Letelier y Juan Bustos Ramírez, entre otros, en la cual se planteaba una Reforma Constitucional para el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y el otorgamiento de participación política en el Estado. Esta Moción se encuentra en Primer Trámite Constitucional desde 1999, donde el último movimiento fue en el año 2004, solicitando el archivo del proyecto.

⁸⁴ Ob. Cit. Nota 72.

⁸⁵ Ob. Cit. Nota 71.

Actualmente, el proyecto, que tiene carácter de suma urgencia, desde el 20 de enero de 2009, se encuentra en Primer trámite legislativo en el Senado, siendo aprobado en general el día 4 de mayo de 2009, encontrándose pendiente la formulación de indicaciones. Es de esperar, que el Congreso Nacional, apruebe el proyecto lo antes posible, para comenzar el bicentenario con un nuevo marco institucional de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Pero debido a que nuestro análisis se debe centrar en la legislación vigente, corresponde centrarse en la única normativa dictada sobre la materia que es la Ley N° 19.253 llamada Ley indígena, la cual junto a una pocas disposiciones contenidas en diversas normas, como el Código Procesal Penal y de Aguas, entre otros; y la ratificación de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen ciertas disposiciones sobre el tema, constituyen el marco legal que regula esta materia.

En este número analizaré esta legislación para conocer que derechos garantiza y aquellos que aun están pendientes y el grado de reconocimiento a los pueblos indígenas. Antes, como una forma de introducir el tema, quisiera hacer una reseña sobre la legislación indígena a lo largo de la historia de nuestro país, como una forma de conocer la evolución legislativa frente al tema y la manera en que ha sido abordado según el período político de que se trate.

A. Primeras leyes relativas a pueblos indígenas.

Desde los inicios de la República en Chile, el tema indígena ha sido abordado desde diferentes dimensiones, desde una legislación liberal, pasando por una proteccionista y asimilacionista, hasta llegar a lo que conocemos actualmente. Con el fin de comprender la evolución que ha experimentado este derecho, analizaremos brevemente las disposiciones legales más importantes dictadas desde la

Independencia, dividiéndolas en diferentes períodos según la visión imperante en la sociedad chilena de cada época. Cabe destacar que en un comienzo la normativa legal estaba dirigida sólo al pueblo mapuche, siendo posteriormente promulgadas leyes exclusivas para el tratamiento de Isla de Pascua y de los territorios anexados del norte del país como consecuencia de la Guerra del Pacífico.

A.1 Las primeras leyes en una República individualista.

El gobierno de la época pretendió apartarse de la política española de mantener a los indígenas en un status jurídico inferior, por lo que buscó a través de la creación de estas normas, la integración de éstos en un plano de igualdad a la sociedad chilena, haciendo caso omiso de la diversidad. La primera de ellas la Ley del 1º de julio de 1813, dictado bajo el gobierno de don José Miguel Carrera. Su importancia radica en ser la primera disposición legal republicana dirigida al pueblo indígena, sin perjuicio de que tuvo nula aplicación práctica. En síntesis, estipulaba la reducción de las comunidades a “...villas formales, gozando de los mismos derechos sociales de ciudadanía que corresponde al resto de los criollos”⁸⁶, lo que en la práctica sólo significaba privar a los indígenas de sus tierras y establecer una política claramente reduccionista. Posteriormente, en 1819, es dictado un Bando Supremo por Bernardo O’Higgins, en el cual se otorgaba la ciudadanía chilena a los indígenas y se declaraban libres al igual que todos los habitantes del Estado; estipulándose además su plena capacidad y libertad contractual.

Finalmente en este período se dicta la Ley del 10 de junio de 1823, la cual se refiere exclusivamente a los territorios indígenas, disponiendo un sistema de medición de tierras, lo que provocó que se limitaran sus dominios, siendo reducidos a pueblos y rematados los terrenos considerados como sobrantes por el Estado. La importancia de esta ley fue el establecimiento de los primeros títulos de propiedad indígena, llamados

⁸⁶ Ley del 1º de julio de 1813, sobre Villas para Indios. <www.biblioteca.serindigena.org> [consulta: 5 de marzo de 2010]

títulos de comisario (reconocidos por la actual legislación), pues se disponía que *“lo actual poseído según lei por los indijenas, se les declare en perpetua y segura propiedad.”*⁸⁷

A.2 Período proteccionista.

Durante los diez años siguientes, los intereses del Estado cambiaron y buscaron la forma de ocupar pacíficamente los territorios ubicados al sur del Bío Bío, creando a través de la Ley del 2 de julio de 1852 la Provincia de Arauco, con el fin de regularizar la situación jurídica de esos territorios y mantener un control de las enajenaciones de propiedades indígenas efectuadas en esa zona, so pretexto de velar por los intereses de los indígenas. Para esto dictaron alrededor de nueve decretos, que fijaban procedimientos especiales para la venta de estas tierras, en las cuales debía intervenir un funcionario estatal, para asegurar el libre consentimiento del indígena y que el precio le fuese pagado. Esto luego con el Decreto del 4 de diciembre de 1855, fue aplicado también a la provincia de Valdivia.

En esos años se dicta el Código Civil, situación que vino a complicar mayormente a las comunidades, pues al establecer el sistema de inscripción de propiedad raíz en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, provocó que muchos de sus territorios ancestrales que habían sido usurpados por chilenos fuesen inscritos por éstos, despojándolos definitivamente de su dominio, con lo cual se desconoce totalmente la propiedad ancestral indígena. Por otra parte, en cuanto a sus derechos y libertades fundamentales, se vieron sujetos involuntariamente a una legislación que pretendía normar una gran cantidad de materias que eran resueltas a través de la aplicación del derecho consuetudinario..

⁸⁷ Ley del 10 de junio de 1823, que fija procedimientos que deben observarse en la venta de tierras sobrantes, y declaración relativa a los terrenos que deben quedar a perpetuidad en poder de los indios. <www.biblioteca.serindigena.org> [consulta: 5 de marzo de 2010]

A.3 Pacificación de la Araucanía.

En este período, el gobierno chileno tuvo como política estatal, la ocupación de los terrenos ubicados al sur de la Araucanía con el objeto de colonizarlos con chilenos y extranjeros para lograr el desarrollo de la zona. A causa de la férrea oposición de los mapuches a estos planes, este proceso demoró casi veinte años, período que se conoce como Pacificación, caracterizado por la violenta represión militar contra el pueblo mapuche y la creación de normas legalizando este actuar dando origen a las llamadas reducciones o reservaciones indígenas. Destaca por su importancia la primera de estas normas, la Ley de 4 de diciembre de 1866, que disponía la designación de todos aquellos terrenos al sur del Bío Bío que no fuesen acreditados por las comunidades indígenas como propias a través de la posesión material de al menos un año; como tierras fiscales. Esto ocasionó que una gran superficie del territorio fuera rematado para la colonización de particulares y que los mapuches fueran relegados a vivir en poblaciones fundadas por el Estado en un lugar previamente determinado, naciendo así las reducciones.

Esta ley también creó la Comisión Radicadora de Indígenas, que fue el organismo encargado de reubicar a los mapuches en los terrenos de su pertenencia, previa certificación de la posesión material de un año, siendo obligatorio la inscripción del terreno y la aprobación de dicha comisión. Junto a este órgano, se creó también el Protector de Indígenas, quien tenía como labor el resguardo de sus derechos, para evitar abusos en las enajenaciones y expropiaciones, pero en la práctica sólo significó un apoyo para la política llevada a cabo por el gobierno. La reacción de los mapuches fue de rechazo a la normativa, por lo que gran parte de ellos no se mudaron a los territorios asignados, sino más bien se reubicaron en territorios vírgenes.

Quizás el único avance significativo de esta norma, fue el trabajo desarrollado por la Comisión Radicadora, mediante el cual el Estado otorgó a los mapuches que pudieron acreditar la posesión de sus tierras, títulos de merced, pasando a tener un dominio

comunitario e inalienable sobre las tierras asignadas; lo que significó el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva. Tales territorios fueron considerados como terrenos indígenas al inscribirse en el Registro establecido al respecto, iniciando con esto una serie de medidas para resguardar tales tierras, como la prohibición de celebrar cualquier acto o contrato sobre ellas, otorgando al menos cierta protección a los intereses indígenas.

Esta ley fue complementada con la del 4 de agosto de 1874, que vino a suplir varias de sus carencias y omisiones. Se estableció que los indígenas que no pudiesen probar la posesión de un año de sus tierras, serían considerados como colonos para el efecto de adjudicarles hijuelas sin los demás requisitos exigidos al resto de los colonos. Soluciona también los problemas hereditarios al señalar que la posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer o hijo basta para constituir a favor de los indígenas los mismos derechos que las leyes comunes establecían para los chilenos, con lo que se podían evitar usurpaciones de tierras por parte del Estado al momento del fallecimiento de alguno de los integrantes de la comunidad, reconociendo de cierta forma el derecho propio en materia de familia.

Las leyes posteriores a ésta se limitaron a mantener las prohibiciones de celebrar actos y contratos que priven directa o indirectamente a los indígenas de la posesión de sus territorios prorrogando cada cierto tiempo estas prohibiciones, cada vez por un lapso de 10 años y también ampliando estas medidas a otras provincias creadas por el gobierno.

A.4 Anexión de Isla de Pascua.

Mientras eso sucedía en el sur de nuestro país, el gobierno chileno anexaba el territorio de Rapa Nui. El 9 de septiembre de 1888, los jefes pascuenses en representación de las principales familias de la isla, encabezados por su rey Atamu Tekena, suscribieron un acta cediendo la soberanía de Rapa Nui al gobierno de Chile.

Esta declaración fue aceptada en el momento por el representante del país, el Capitán de Marina Policarpo Toro Hurtado. Esta cesión, sin embargo, se limitaba exclusivamente al tema de la soberanía, por lo que el sistema de autoridad y gobierno de la isla se mantenía como antes, es decir, a cargo de sus jefes, al igual que la propiedad de sus tierras.

El objetivo real de la anexión para Chile era doble, por una parte convertirla en una estación naval y evitar la intromisión de alguna potencia extranjera, y por otra, su explotación económica y comercial. Para lograr esto, era esencial la adquisición de la propiedad de las tierras de la isla, por lo que las primeras gestiones de Toro fueron la compra de dos importantes terrenos y el arriendo de otro perteneciente a extranjeros a nombre del Estado chileno. Posteriormente, en 1916, el ejecutivo dicta el Decreto N° 444, iniciando el proceso de colonización de Isla de Pascua, dejándola bajo la dependencia del Ministerio de Colonización, declarándola asimismo como subdelegación del Departamento de Valparaíso. Luego con la Ley N° 3220 promulgada el 9 de febrero de 1917, se dispone que Rapa Nui quedará sometida a la Dirección Marítima, debiendo regirse por las leyes, decretos y reglamentos navales. Con esta disposición, el Estado desconoce completamente el acuerdo firmado en 1888, renegando de las autoridades locales y sometiendo a su pueblo a leyes militares, produciéndose una situación inédita desde el punto de vista legal, pues si bien, la Isla era considerada territorio chileno, los pascuenses quedaban completamente excluidos de la legislación nacional, incluso sin el amparo de las normas constitucionales. Esto se confirma con la promulgación del Decreto ordinario de Marina N° 40, del 11 de noviembre de 1936 que aprobó el “Reglamento de régimen interno de vida y trabajo en la Isla de Pascua de la República de Chile”, el cual regulaba íntegramente la vida y trabajo de sus habitantes.

En el año 1966 se dicta la Ley N° 16.441 que crea el Departamento y la comuna de Isla de Pascua y diversos servicios públicos, otorgando títulos de dominio en predios urbanos y rurales; y deroga la reglamentación marítima pasando los rapa nui a ser ciudadanos de la República, aplicándoseles la normativa indígena vigente y que provee

un estatuto especial para Isla de Pascua.

A.5 Situación de los pueblos del norte en el siglo XIX.

También durante el siglo XIX se produce la anexión de otro territorio, pero este fue consecuencia de la Guerra que enfrentó a Chile con Perú y Bolivia. El cambio en las fronteras del país, significó que el pueblo aymara fuera dividido y una parte de él quedase sometido a la jurisdicción nacional. La existencia de tierras comunales de estos pueblos fue ignorada por la legislación chilena, pues no se dictó norma alguna que las reconociera o las regulara, ni tampoco se les aplicó la legislación indígena dictada en la época por la cual se les concedió a los pueblos del sur de Chile, títulos de merced. Al contrario, dichas tierras fueron consideradas como propiedad estatal al menos que existiesen escrituras que acreditaran la propiedad privada conforme al derecho vigente. En consecuencia, dejó de existir prácticamente la propiedad comunal aymara. Lo mismo ocurrió con la autoridad indígena, pues se creó el cargo de Inspector de Distrito, funcionario designado por el gobernador entre los lugareños, que cumplía un rol intermediario entre el gobierno y el pueblo indígena, ejerciendo en realidad una función netamente informativa al servicio de la administración pública; desconociendo de esta forma a la autoridad aymara y sus atribuciones.

El auge del salitre experimentado entre los años 1890 y 1929, solo vino a empeorar la situación de estos pueblos, a raíz del consumo de recursos naturales por parte de las empresas salitreras en desmedro de los cultivos y del ganado, fuentes de subsistencia para estas comunidades. La escasez del agua significó un problema con el que han debido lidiar desde entonces, el cual se ha visto posteriormente agravado tanto por las empresas mineras del norte, como por el Código de Aguas de 1981 que estableció un régimen de aprovechamiento otorgado por la autoridad, lo que ha significado un beneficio a ciertos sectores productivos del país, y un agravio a los pueblos del norte. Este código será analizado más adelante, cuando tratemos las leyes vigentes y que afectan a los pueblos indígenas.

A.6 Disolución de las comunidades indígenas.

Desde comienzos del siglo XX los sectores más progresistas y los gobiernos con ideas más liberales, veían la propiedad comunal como un obstáculo para lograr la asimilación indígena a la sociedad chilena, por lo que preferían una propiedad familiar individual. El 29 de agosto de 1927 es dictada la Ley N° 4.169 que crea el Tribunal Especial de División de Comunidades Indígenas con sede en Temuco, el cual tenía por finalidad proceder a la división de una comunidad con la sola petición de uno de los comuneros. Las hijuelas resultantes de este procedimiento podían ser libremente enajenadas por sus propietarios, siempre que se cumplieran algunos requisitos como el haber cumplido con la Ley de Instrucción primaria, como una forma de evitar arbitrariedades; pero tales requisitos no eran necesarios luego de transcurridos diez años desde la fecha de término de la partición. Con esta ley, se inicia el proceso de desintegración de comunidades indígenas, que continuaría a lo largo de cuarenta años provocando la división de estos pueblos.

Luego, en 1930 se dicta la Ley N° 4.802 que reemplaza el tribunal especial por los Juzgados de Indios, quienes cumplen la misma función, pero con mayores atribuciones. Las divisiones podían ahora, llevarse a cabo de oficio, aún en contra de alguno de los comuneros y las adjudicaciones se otorgaban al que estuviese presente al momento de efectuarlas, de lo contrario, se les compensaba con dinero. Se cancela además el título de merced comunitario y las normas del código civil relativas al derecho de propiedad individual, comienzan a ser aplicadas íntegramente a las comunidades disueltas. Al año siguiente como una forma de limitar en algo las excesivas atribuciones de estos juzgados, debido a la resistencia de las comunidades, se dicta el Decreto con fuerza de Ley N° 266, que establece como requisito de la partición la petición de al menos un tercio de los comuneros.

Posteriormente es el Decreto N° 4.111 del mismo año, el que refunde todas las disposiciones dictadas al respecto.

A partir del año 1943, aproximadamente, las restricciones para gravar y enajenar la propiedad fueron desapareciendo, lo que desencadenó un proceso divisorio que tuvo como consecuencia que a fines de los cuarenta fuesen traspasadas más de cien mil hectáreas a manos de particulares, afectando a cerca de 832 comunidades; quienes llevadas por las presiones, las necesidades económicas y la ignorancia de los procedimientos judiciales y notariales, enajenaron sus tierras a terceros.

Esta situación se mantuvo casi inalterable hasta 1953, fecha en que es dictado el Decreto con fuerza de Ley N° 56 que crea la Dirección de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Tierras y Colonización, siendo éste un primer esfuerzo por establecer medios legales e institucionales para enfrentar el problema del desarrollo social y económico del pueblo indígena.

Luego, el 3 de enero de 1961, se crea la Ley N° 14.511 que deroga gran parte de la legislación anterior, con la cual se aborda el tema indígena con mayor profundidad, pues no sólo se refiere al derecho de propiedad, sino también regula, aunque de forma deficiente, el desarrollo indígena, tanto social como económico y el derecho de familia. Esta ley reglamenta detalladamente los asuntos contenciosos que son competencia de los Jueces de Letras de Indios, asegurando la defensa indígena ante éstos a través del Defensor.

Por otra parte, restablece las limitaciones de gravar y enajenar suprimidas desde 1943, para evitar los abusos cometidos durante ese período, a la vez que reguló ciertas expropiaciones para así rearmar algunas comunidades disueltas. Dispone un período de tiempo en el cual operan estas prohibiciones de a lo menos 15 años, durante los cuales sólo se permitía la enajenación entre personas indígenas siempre que fuese autorizado por el Juez de Letras.

Hace prevalecer los títulos de merced otorgados anteriormente sobre otros títulos posteriores incluso contra particulares. Permitiendo de esta forma la expropiación de

ciertos terrenos.

Regula el crédito indígena, siendo el Banco del Estado el encargado de otorgar éstos como una forma de resolver en parte, las graves carencias que afectaban a la población.

A pesar de contener normas tendientes al desarrollo indígena, esta ley no se apartó del espíritu divisionista de la época y también reguló arduamente el tema de las divisiones de comunidad, aun cuando los procesos se volvieron menos arbitrarios y por lo mismo llevados a cabo con menor frecuencia. Pero de todas formas, pese a sus carencias, fue la primera norma creada con la finalidad de proteger y resguardar los derechos indígenas.

Este cambio en la legislación unido al reforzamiento de la conciencia colectiva de estos pueblos, los llevó a tomar otra postura frente al rol del Estado, reaccionando y oponiéndose a las medidas de división, frenando este proceso. Todo esto en un fuerte ambiente de cambios sociales.

A.7 17.729: Primera ley indígena.

Desde 1967 se inicia en el país un proceso de cambios económicos y sociales nunca antes visto, afectando también a los pueblos indígenas. Se desarrolla la Reforma Agraria, que tenía como objetivo principal transformar el sistema de tenencia de tierras y se lleva a cabo, en 1969 y 1970 dos Congresos Mapuches que culminan en la elaboración de un proyecto de ley, que abordaba de manera íntegra el tema indígena. Como consecuencia del período que vivía el país, con una política fuertemente enfocada al desarrollo social, y de la creciente demanda de las organizaciones indígenas; este proyecto fue presentado por el gobierno de Salvador Allende al Congreso Nacional, siendo aprobado por éste con varias modificaciones, publicándose el 26 de septiembre de 1972, la Ley N° 17.729.

Esta ley constituye en todo sentido una excepción respecto de la legislación dictada anteriormente sobre indígenas, tanto porque frena el proceso de despojo de sus tierras ancestrales, como porque a través de sus normas se reconoce la calidad de indígena independiente de su relación con la tierra. Es la primera en señalar y definir quienes son indígenas considerando como tales a las siguientes personas: los que invoquen un derecho que emane directa e inmediatamente de un título de merced o título gratuito otorgado en virtud de la ley de 1866 y posteriores, y leyes 4.169, 4.802 y decretos 4.111 y 14.511; los que invoquen un derecho declarado por sentencia dictada en juicio de división de comunidades; y los que, “habitando en cualquier lugar del territorio nacional, forman parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborigen y se distinguen de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistema de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión provenientes de grupos autóctonos del país”.

Además se define la tierra indígena como las que fueron concedidas en merced, por las leyes de 1866, 1874 y 1883, y las concedidas mediante título gratuito en razón de haber sido radicado el indígena por la Ley 4.169 y posteriores a ésta.

Deroga la antigua Ley N° 14.511 poniendo término a los Juzgados de indios y a la Dirección de Asuntos Indígenas, siendo sustituidos por el Instituto de Desarrollo Indígena (IDI), que asume sus funciones. Es un servicio público encargado de dar curso a la división de comunidades, fiscalizar actos y contratos relativos a las tierras indígenas y recuperar las usurpadas de manos de particulares. Tiene como finalidades fundamentales las de promover el desarrollo social, económico, educacional y cultural de los pueblos indígenas y buscar su integración a la comunidad nacional, respetando su idiosincrasia y costumbres.

En cuanto al reconocimiento del derecho propio indígena, específicamente, en relación al derecho de propiedad, esta ley trata las siguientes materias:

- Se mantiene la prohibición de enajenar la tierra común, pero se autoriza para gravarla a favor de ciertas instituciones, previa autorización del IDI, prohibiendo a los notarios y conservadores autorizar contratos que puedan privar a los indígenas de su dominio.
- Se declara la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.
- Se autoriza la división de las comunidades previo acuerdo del Instituto de Desarrollo Indígena o siempre y cuando la mayoría absoluta de los comuneros lo soliciten al instituto. Para estas divisiones se establece un procedimiento especial, mediante el cual se aseguraba que ninguno de los adjudicatarios recibiese en la liquidación una superficie de terreno inferior a una unidad agrícola familiar.
- Se declara la inembargabilidad de las tierras indígenas, sólo los herederos que vivan y trabajen en dichas tierras podrán suceder al causante.
- Finalmente desarrolla un proceso de restitución de tierras indígenas, a petición del interesado o de oficio, cuando dichos terrenos se encuentren ocupados por particulares que carezcan de título o éste haya sido otorgado con infracción a las leyes indígenas. Dicho procedimiento también estaba a cargo del Instituto.

En síntesis, es la primera ley de carácter integracionista respecto de los pueblos indígenas, aún cuando no contiene una concepción de autonomía de las culturas indígenas y los vuelve a tratar, al igual que las legislaciones anteriores, sin valorizar su diversidad étnica y cultural. A pesar de esto, regula mejor los procedimientos de restitución y expropiación, y procura que en las divisiones de tierra las hijuelas resultantes sean de una superficie que permita el sustento y progreso del adjudicatario, pero continúa pendiente la denominación de “pueblos”, siendo tratados como etnias.

Lamentablemente, la Ley N° 17.729 sólo tuvo un año de aplicación real pues con el golpe militar de 1973 comienza un período de contra reforma y un régimen de libre mercado que rechaza las demandas colectivas de los pueblos indígenas.

A.8 La Contra Reforma y el Régimen Militar.

Después del año 73 se impuso en Chile un régimen de carácter totalitario inspirado en la filosofía liberal individualista, el cual aspiraba a reafirmar el carácter unitario del Estado y la propiedad individual, negando así la existencia en nuestra sociedad de pueblos indígenas con identidad cultural diferente y organizada en torno a la propiedad colectiva. Los pueblos indígenas se erigían como una amenaza a la existencia del Estado unitario y del dominio individual. Es por esto que la legislación cambia radicalmente de propósito y se dicta en marzo de 1979 el Decreto Ley N° 2.568 sobre la división de tierras mapuches, que fue reformado en algunos puntos por el D.L. N° 2.750 del mismo año; el Decreto Ley N° 2.885 que permite el establecimiento de la propiedad privada sobre tierras pascuenses; y el nuevo Código de Aguas, en 1981 que afecta directamente el derecho de aprovechamiento de las comunidades del norte, el cual será tratado al momento de analizar la legislación vigente. Con esta legislación, se desconoce completamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no existe reconocimiento alguno de su derecho propio.

El Decreto Ley N° 2.568 modifica la ley anterior persiguiendo la división de tierras indígenas y la restitución de aquellas a sus dueños anteriores por tratarse de “tierras usurpadas”. Pretendió también eliminar todo reconocimiento a la existencia de estos pueblos al disponer que, a contar de la fecha de inscripción en el Registro de Propiedades 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”. En la misma línea, define indígena como “toda persona que posea derechos que emanen directa e indirectamente de algún título de merced o gratuito que sirven para determinar la tierra indígena”. Tal calidad debía ser acreditada con un certificado emanado del Instituto de Desarrollo Agropecuario, organismo que asumió las funciones del Instituto de Desarrollo Indígena.

El procedimiento de división de tierras era ahora expedito y gratuito y facultaba a cualquier ocupante de una comunidad indígena para solicitar la partición. Su

tramitación estaba a cargo de un funcionario estatal, el Abogado defensor de Indígenas, quien actuaba en nombre de los solicitantes ante el Juez de Letras competente. Una vez aprobada la división, el juez adjudicaba la propiedad individual y exclusiva a los comuneros, y ordenaba su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Disponía la ley, que estas hijuelas una vez inscritas, no podrían enajenarse en un plazo de 20 años salvo expresa autorización del Director Regional del INDAP, la cual sólo se otorgaba si el adquirente era dueño de otra hijuela o para fines educacionales o sociales. Tal era la única limitación a la libre disposición de estos territorios, limitación que podía ser fácilmente vulnerada pues se permitió el arrendamiento por un lapso de hasta 99 años, con lo cual muchos propietarios perdieron su derecho sobre la tierra adjudicada.

Durante esta época, esta legislación fue responsable de un proceso divisorio de comunidades indígenas sin precedente en la historia del país. Entre 1979 y 1989 se otorgaron un total de 72.068 títulos de dominio a personas indígenas con una superficie total de 463.409 hectáreas. Como consecuencia de ello, las comunidades sufrieron un gran deterioro económico y cultural, pues no se respetaron los espacios comunes donde realizaban las actividades agrarias, ni tampoco los espacios fundamentales para el desarrollo de su cultura.

Por su parte, el Decreto Ley N° 2.885 de 1979 en la misma línea, reglamentó el otorgamiento de títulos de dominio en Isla de Pascua y la administración de las tierras fiscales, creando para estos efectos una Comisión Especial de Radicaciones. Se establece un complejo procedimiento para la regularización de la propiedad al cual debían someterse los pascuenses con el objeto de “adquirir” el dominio de sus tierras legalmente a través de la inscripción y de ser considerados poseedores regulares, so pena de ser desconocida su calidad de propietarios por la autoridad gubernamental.

El objetivo de esta disposición era el mismo que el del resto de la legislación de la época, regular completamente el régimen de propiedad estableciendo un sistema de

titularidad individual, pues se creía que eso significaría un gran paso para la modernización y el progreso del país, proceso al que debían sumarse los pueblos indígenas prescindiendo de su propia cultura y derecho. Lo que en la realidad significó un deterioro económico mayor de estos pueblos y su marginación en el desarrollo social del país, con un desconocimiento total de la propiedad ancestral indígena.

B. Legislación indígena vigente.

Antecedentes. El restablecimiento de la democracia.

Frente a la situación de división y usurpación de sus territorios, los pueblos indígenas comienzan a organizarse dando origen a nuevas instancias de representación y defensa de sus derechos. Es así como el pueblo mapuche constituye los Centros Culturales en 1978 y luego la organización AzMapu; los huilliches en 1982 forman la junta de Caciques de Butahuillimapu; por su parte Rapa Nui, como consecuencia del Decreto N° 2.885 de 1979 y de la ampliación de la pista de aterrizaje Mataverí posteriormente, reactivó el Consejo de Ancianos; y finalmente el pueblo aymará coordinó a sus organizaciones andinas con el objeto de defenderse de la privatización de las aguas en manos de compañías mineras amparadas en el nuevo Código de Aguas.

Sin embargo, estos esfuerzos no rinden frutos sino a partir de del año 1987 cuando se realizan los Encuentros sobre Minorías Étnicas y Derechos Humanos convocados por la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Antropólogos y luego en el año 1988, cuando se llevan a cabo seminarios del Proyecto para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de Chile a cargo de la Comisión Chilena de Derechos Humanos. Producto de estos encuentros surge la Comisión Técnica de

Pueblos Indígenas de Chile (CTPICH) con el propósito fundamental de promover el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas del país.

Estos pueblos a través de sus organizaciones representativas unidas a la Comisión, levantaron una demanda común frente al Estado, en que exigen la reivindicación de sus derechos amenazados y reclaman el reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de la sociedad chilena.

Debido a la negativa del gobierno militar de acoger sus demandas y a las puertas de un proceso electoral, las organizaciones se acercaron a los partidos de la Concertación para lograr que el tema indígena fuese parte de sus planes de gobierno. Fue así como en septiembre de 1989, la Comisión les hizo entrega del documento “Propuesta y Demandas de los Pueblos Indígenas para el período democrático 1990-1994”.

La Concertación como respuesta, elaboró una propuesta basada en dicho documento y convocó a los pueblos indígenas a un proceso de reflexión a través de todo el país el que concluyó el 1º de diciembre de 1989 en Nueva Imperial, con el Encuentro Nacional de Pueblos Indígenas, al cual asistieron más de 400 dirigentes representativos de todos los pueblos.

En marzo de 1990, como resultado de las elecciones del año anterior, después de dieciséis años de gobierno totalitario, asumen el poder político los Partidos de la Concertación, encabezándolos como Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar. Ese mismo año, el 27 de julio se publica en el Diario Oficial el Decreto N° 30 de la Secretaría General de Gobierno, que crea la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, que tiene por objeto asesorar al Presidente en la determinación de políticas gubernamentales a favor de los pueblos originarios y que está integrada por representantes de las organizaciones indígenas y del gobierno. Dicha entidad funcionó hasta 1993, y su principal aporte fue el proyecto de legislación para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, germen de la actual Ley N° 19.253.

Este proyecto fue discutido con organizaciones indígenas en el Congreso Nacional de Pueblos Indígenas desarrollado en Temuco en enero de 1991, y fue presentado al Congreso Nacional en octubre del mismo año. Se fundaba en el principio de discriminación positiva, reconociendo el derecho a los pueblos para su desarrollo e integración, con respeto a su cultura. Proponía algo nuevo en la historia del país, que era el reconocimiento legal de éstos y establecía la obligación del Estado de velar por su protección y de promover su desarrollo.

Junto con esto, el gobierno también envió al Congreso un proyecto de reforma de la Constitución de 1980, con el fin de consagrar constitucionalmente a los pueblos indígenas, reconociendo su existencia y estableciendo mecanismos de protección y amparo de sus derechos.

Debido a la conformación del Poder legislativo en esa época, de los tres temas sometidos a su aprobación, la ratificación del Convenio N° 169, el proyecto de reforma constitucional y el de Ley Indígena; sólo éste último fue aprobado, después de una larga espera de tres años y con varias modificaciones. Entre los principales reparos que se hacían, estaba la denominación de “pueblos”, lo que era considerado una amenaza contra el carácter unitario del Estado y un potencial peligro de sufrir procesos separatistas en su interior. Fue así como finalmente el 5 de octubre de 1993 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.253, la Ley Indígena, de la cual hablaremos a continuación.

B.1 Ley N° 19.253, que establece “Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”.

Esta ley constituye uno de los mayores logros de los pueblos indígenas en materia de reconocimiento de sus derechos. Por primera vez en la historia de nuestro país, se consagra a nivel legal el reconocimiento de la pluriculturalidad étnica de la sociedad chilena. Esta normativa consta de ocho títulos, un título final y disposiciones transitorias, que analizaremos tomando en consideración cuatro elementos para conocer el grado de reconocimiento de los derechos indígenas que contiene esta normativa. Estos elementos son: la calidad de Pueblos y su identidad; la libre determinación y organización política; el derecho de propiedad, principalmente, el reconocimiento de la propiedad ancestral; y el pluralismo jurídico.

- **Denominación de Pueblos.**

El primer título de esta ley, llamado “De los indígenas, sus culturas y sus comunidades”, reconoce, en primer lugar, la pluriculturalidad étnica de la sociedad chilena, para posteriormente definir quienes son indígenas y que se entiende por comunidades. Su artículo 1º, representó el primer gran obstáculo para la aprobación de esta ley, pues en el proyecto se utilizaba el término “pueblos”, el cual fue reemplazado por el de “etnias” dado el supuesto atentado al concepto de Estado unitario que tal denominación podría significar, como resultado tenemos que, no existe la denominación de pueblos en esta norma, siendo reconocidos los pueblos indígenas como etnias. Señala este artículo: “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. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del

norte del país, las comunidades Kawaskar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”. Finalmente su inciso 3º señala el deber del Estado y de la sociedad de: “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”. Con este artículo, la legislación nacional otorga reconocimiento legal a las comunidades indígenas y los hace acreedores de garantías y protección por parte de la sociedad en general y del Estado en particular.

Los artículos siguientes señalan la calidad de indígenas y su acreditación, dentro de los cuales destaca el artículo 4º que otorga validez legal a la posesión notoria del estado civil, como fuente suficiente para la adquisición de derechos y obligaciones que emanen de la ley civil. Con esto, se valida el derecho propio indígena respecto a las relaciones de familia, pues reconoce los lazos de unión entre éstos.

- **Derecho de propiedad.**

Su título 2º y 3º, denominados “Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas” y “Del desarrollo indígena”, tienen como objetivo revertir la situación de escasez de tierras sufrida por los pueblos indígenas como consecuencia de políticas gubernamentales orientadas a la radicación, reducción y usurpación de territorios comunitarios. Abarcan tres grandes temas, el reconocimiento de las tierras indígenas, su protección y las políticas de desarrollo para éstas. En cuanto al primero de éstos, el artículo 12 señala como tierras indígenas a aquellas que las personas o comunidades actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos de comisario y de merced, cesiones gratuitas de dominio conforme a los cuerpos legales que ahí se indican, las que se posean por otros mecanismos que el Estado ha utilizado para ceder, regularizar, entregar o asignarles tierras, también aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades indígenas, siempre

que sean inscritas en el Registro de Tierras creado por esta ley; y por último, las que a futuro sean declaradas pertenecientes en propiedad a personas o comunidades por los Tribunales de Justicia o que se reciban a título gratuito por el Estado. Con esta norma, se reconoce la propiedad ancestral de territorios indígenas, al establecer que se considera como tierras indígenas las que “históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades indígenas” (Artículo 83), con la sola limitación que deberán inscribirse en el Registro de Tierras.

En cuanto al segundo tema, como una forma de garantizar el derecho de propiedad de estos pueblos, se establecen mecanismos de protección como la nulidad absoluta de actos y contratos de arriendo o comodato cuando recaigan sobre propiedades pertenecientes a comunidades originarias, y se permite un plazo máximo de 5 años, para estos contratos, si se trata de propiedades individuales. Por otra parte, estas tierras no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre individuos de una misma etnia. Las divisiones de tierra, deberán ser solicitadas ante un Juez de competente, por la mayoría absoluta de los titulares de un derecho hereditario, evitando así las divisiones arbitrarias. Finalmente, reconoce el artículo 18 que no obstante la sucesión de propiedad individual se ajustará al derecho común, para las tierras comunitarias se estará a “la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común”. Agrega su artículo 19 el derecho de las comunidades para ejercer actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, canchas de nguillatún, campos deportivos, y otros espacios que sean propiedad fiscal.

Para fomentar el desarrollo de estas tierras, se crea el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, constituido por aportes estatales, donaciones extranjeras y particulares. Su objetivo es tratar de resolver los problemas de escasez de tierras y aguas a través de financiamiento y subsidios. Las tierras y los derechos de aprovechamiento adquiridos con recursos de este Fondo, tienen la prohibición de enajenarse durante 25 años.

Por su parte, en las disposiciones referentes a los pueblos indígenas del norte del

país, se aborda el derecho de aprovechamiento de las aguas, señalando su artículo 64 que: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras 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 (...)”.

El artículo 64 de la Ley Indígena consagra un reconocimiento del derecho propio indígena, al reconocer la propiedad ancestral de las Comunidades Indígenas del Norte, entre ellas las Aymaras y Atacameñas, pues permite su regularización pese a la existencia de derechos inscritos a favor de terceros. Este artículo en su inciso 1º establece que serán bienes de propiedad y uso de dichas comunidades indígenas, las aguas que se encuentran en los terrenos de la comunidad, como los ríos, canales, acequias y vertientes, y que las comunidades gozarán de este derecho preferente sin perjuicio, de los derechos que terceros hayan inscritos de conformidad al Código de Aguas. En tanto que en su inciso 2º establece que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de las comunidades, debiendo garantizarse previamente, el normal abastecimiento de aguas a las comunidades afectadas.

En relación a esta norma, el artículo 3º transitorio, en su inciso 2º dispone que 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 Atacameñas.

Ambos artículos son trascendentales al reconocer un derecho preferente de constitución de derechos de aguas a favor de las comunidades del Norte, basados en el reconocimiento de normas de derecho propio indígena, específicamente las relativas a la propiedad ancestral indígena, lo cual ha permitido la regularización de sus derechos y exigido la constitución de los mismos, fundándose además en lo dispuesto en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas que reconoce el derecho del ocupante en la posesión de las aguas por un período de cinco años.

- **Organización Política.**

El Título V consagra dos instancias de participación para los pueblos indígenas. En primer, lugar la obligación que tienen los servicios del Estado de escuchar y considerar la opinión de sus organizaciones en materias que tengan relación con cuestiones indígenas y en la administración de zonas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena. La otra instancia es la formación de asociaciones con personalidad jurídica definidas en el artículo 36 como: “agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común de acuerdo a las disposiciones de este párrafo”. Estas instituciones podrán desarrollar actividades de educación y cultura, profesionales y económicas que beneficien a sus miembros.

En cuanto a las disposiciones particulares para cada pueblo, el Título VIII contiene una serie de normas que otorgan reconocimiento legal a algunas instituciones ancestrales de los pueblos originarios. En el párrafo I dedicado a los mapuches huilliches, el artículo 61 reconoce el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial. En el mismo tema, en las disposiciones relativas al pueblo rapa nui, el artículo 66 en su inciso 2º dispone: “Reconócese que esta Comunidad posee sistemas de vida y organización histórica, idioma, forma de trabajo y manifestaciones culturales autóctonas.” Se crea además la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, organismo que tiene por finalidad propender al desarrollo integral de la comunidad a través de programas y planes tendientes a elevar su nivel de vida y conservar su cultura y recursos naturales. Lo importante de este organismo es la participación que tendrá el Consejo de Ancianos, autoridad tradicional de Rapa Nui. Entre sus funciones destaca la de estudiar 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 esta etnia (...)”, como lo dispone el artículo 69 de la ley.

- **Organización judicial y reconocimiento del pluralismo jurídico.**

El Título VII contiene las normas especiales sobre procedimientos judiciales refiriéndose específicamente a la costumbre indígena y su aplicación en el ámbito de la justicia y a los procesos judiciales en los conflictos de tierras. Parte su artículo 54 señalando en su inciso 1º 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”. El reconocimiento que se da es doblemente limitado, pues la costumbre constituirá derecho siempre que se aplique en juicios entre indígenas y que sea compatible con la Constitución. Respecto a esto último señala Cecilia Mardones en *Legislación Indígena en Chile*: “Si las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas son ancestrales y para algunos de ellos sagradas, ninguna norma legal o constitucional será capaz de cambiar sus costumbres e instituciones, aunque tales normas se refieran a derechos fundamentales como los concibe la cultura occidental”. Agrega luego que el único límite que podría imponerse al reconocimiento de un pluralismo jurídico “es aquel que exige un respeto a los derechos humanos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas y en los tratados internacionales”⁸⁸. En conclusión, esta norma no obstante de aplicación restringida, al disponer que la costumbre constituya derecho bajo ciertos supuestos, convierte a ésta en obligatoria para las partes y el juez, de tal manera que se impondrá aun contra ley expresa, teniendo entonces la ley común una aplicación subsidiaria a la costumbre indígena, por lo que podríamos hablar de un reconocimiento de pluralismo jurídico en los casos en que la ley lo permita.

Continúa este artículo con su inciso 2º disponiendo que: “Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a

⁸⁸ MARDONES Bobadilla, Cecilia. *Legislación indígena en Chile*. Tesis (Licenciatura en Ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad Central, 1997. Pág. 188.

requerimiento del Tribunal”. Esta disposición otorga libertad de medios para probar la costumbre, sin perjuicio de referirse específicamente al informe de peritos que daba realizar la Corporación. En este caso el valor de la costumbre será según las reglas de la sana crítica tal como lo establece el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente su inciso 3º dispone que: “El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación”. Esto se reafirma con algunas normas contenidas en diversos cuerpos legales como en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 62 y en el nuevo Código Procesal Penal, artículo 291.

Los artículos siguientes de este título establecen los procedimientos judiciales especiales en materia de conflictos de tierras. Es así como esta ley le otorga facultades de conciliación a la Corporación de Desarrollo Indígena para resolver extrajudicialmente un conflicto entre indígenas. Este procedimiento carece de solemnidad alguna, bastando que las partes se acerquen voluntariamente a la institución con el fin de prevenir o terminar un juicio sobre tierras. El acta de lo acordado producirá efecto de cosa juzgada en última instancia y tendrá mérito ejecutivo, es decir, tiene pleno valor coercitivo para ser respetado por las partes. Al actuar el representante del organismo como amigable componedor, se está reconociendo en parte las normas consuetudinarias indígenas sobre resolución de conflictos, pues dicha función era ejercida por las autoridades ancestrales de cada pueblo.

Concluye este título con un procedimiento especial declarativo dirigido para “las cuestiones a que diere lugar el dominio, posesión, división, administración, explotación, uso y goce de tierras indígenas, y a los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas, y en que sean parte o tengan interés indígenas (...)”. El artículo 56 regula este procedimiento que se tramitará según las disposiciones de los Libros I y II del CPC

ante el Juez de Letras competente en la comuna donde se sitúe el inmueble afectado. Este procedimiento se aplicará también a los juicios reivindicatorios o de restitución en que los indígenas figuren como demandantes o demandados, como lo dispone el artículo 57. Todas estas actuaciones judiciales serán patrocinadas por abogados de las Corporaciones Judiciales o defensores de indígenas designados por resolución del Director de la CONADI, gozando así de privilegio de pobreza por el solo ministerio de la ley.

Finalmente, debemos señalar la creación en esta ley de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, un servicio público, funcionalmente descentralizado y con personalidad jurídica, encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo de los pueblos indígenas. El artículo 39 señala las funciones de CONADI destacando entre ellas: la promoción del reconocimiento y respeto de las etnias, de sus comunidades y personas que la integran; promoción de su cultura e idioma y de la educación intercultural bilingüe; asumir la defensa jurídica de indígenas en conflictos sobre tierras y aguas y ejercer funciones de conciliación y arbitraje cuando lo señale la ley; velar por la protección de tierras indígenas y promover su adecuada explotación y finalmente; mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones y otro de Tierras Indígenas, para un mejor control y destinación de recursos. En cuanto a su organización, las comunidades serán representadas por los Consejos Indígenas existentes en cada Subdirección Nacional, con funciones de participación y consulta, elegidos por el Subdirector previa consulta de las organizaciones indígenas (artículo 46).

Concluyendo con el análisis de la Ley Indígena, podemos decir que ésta representó un gran cambio en materia de legislación indigenista. Es la primera en abordar el tema de manera global y considerando todas sus aristas. Anteriormente las leyes dictadas estaban destinadas exclusivamente los pueblos mapuches, siendo la Ley Nº 17.729 la primera que reconoce la existencia de otras etnias en el país, aunque sólo en términos generales. Además sólo existía una política de integración, sin considerar su derecho a la autonomía y al desarrollo de sus propios sistemas culturales, sociales, económicos y

políticos; y se regulaban exclusivamente conflictos y derechos relacionados con territorios indígenas. En relación al derecho propio indígena, es primera vez que nuestra legislación lo reconoce en ciertos ámbitos, como en la propiedad ancestral indígena y en ciertas formas de pluralismo jurídico, que, aunque sea de forma bastante limitada, significó en su tiempo, un avance trascendental en la lucha de estos pueblos y sus organizaciones.

Sin embargo, luego de transcurrir más de 15 años desde su entrada en vigencia, se evidencia deficiencias y problemas en su aplicación. Al ser una legislación perfectible, se esperaba que fuera paulatinamente reconociendo otros derechos indígenas, para estar al mismo nivel de la legislación internacional y comparada. Pero no ha sido así. Esta ley se estancó y hasta el día de hoy sigue sin reconocer ni garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En materia de libre determinación, establece un sistema de consulta que ni siquiera se ha implementado, haciendo nula la participación política de los pueblos indígenas; mientras que, en materia de pluralismo jurídico, al no reconocer ningún derecho de autonomía política ni administrativa, hace imposible pensar en la coexistencia de otro ordenamiento jurídico junto al derecho positivo.

Por otro lado, la orientación campesinista de la ley se contradice con la realidad de los indígenas urbanos, quienes, según la Encuesta CASEN del año 2003⁸⁹, alcanzan el 64.1% de la población indígena, tornándose insuficiente las disposiciones dirigidas a éstos, marginándolos de algunos beneficios que contempla la ley.

Pero es en el ámbito de los derechos de propiedad y recursos naturales, donde esta ley tiene su mayor limitación. En la actualidad, los territorios indígenas pueden ser permutados por tierras no indígenas o también expropiados por causa de utilidad pública, lo que ha permitido, la utilización de territorios ancestrales para la construcción de mega proyectos que han afectado considerablemente al medioambiente, como es el

⁸⁹ Encuesta de caracterización socioeconómica nacional y población indígena. CASEN 2003. Noviembre de 2005. En <http://www.mideplan.cl/casen/pdf/casen2003poblacionindigena.pdf>. [Consulta : 23 de octubre de 2009]

caso de Ralco y de numerosos proyectos forestales en territorio mapuche. Además, esta norma carece de toda protección a los recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, pues el Estado puede otorgar derechos de aprovechamiento sobre éstos a personas no indígenas, sin ningún tipo de control, que es lo sucede en la actualidad con las empresas mineras del norte de nuestro país, lo cual ha provocado gran escasez de agua en las Comunidades Indígenas del Norte.

Por otra parte, durante los últimos años, la CONADI se ha visto sobrepasada por las reivindicaciones indígenas, lo que ha producido una brecha cada vez mayor entre la oferta estatal y la demanda de estos pueblos. Todo esto sumado a la falta de recursos y su inadecuada estructuración territorial y funcional. Según lo señala José Aylwin, en el documento “Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile”⁹⁰, si bien la participación indígena al momento de la creación de CONADI fue significativa, ha disminuido en los últimos años debido a diversos factores. “Uno de ellos es el carácter indirecto de la elección de los integrantes indígenas del Consejo Nacional de esta entidad (designados por el Presidente de la República a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas (art. 41 d Ley 19.253 y Decreto Supremo N° 236 de 1999)), el que ha determinado que no siempre los representantes indígenas más votados por sus organizaciones sean designados para integrar este Consejo. Otro factor ha sido su intervención por parte del ejecutivo, a objeto de lograr su control. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de Ralco, caso en que esta instancia debía pronunciarse en relación a las permutas de tierras indígenas que darían viabilidad al proyecto. Con estas intervenciones el ejecutivo ha dejado en claro que CONADI no es una institución de participación indígena, ni menos de co-gestión de la política indígena, sino más bien una agencia gubernamental bajo su control”⁹¹. Esto ha generado que amplios sectores indígenas hayan decidido marginarse del proceso.

⁹⁰ AYLWIN, José. Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile. Documento de trabajo N° 3. En: www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/02/dcto-trabajo-3-implementacion-de-legislacion.doc. [Consulta: 26 de octubre de 2009]

⁹¹ Ob. Cita. Nota 90.

B.2 Código de Aguas.

Este cuerpo legal fue dictado durante el régimen militar en el año 1981, y vino a reformar el antiguo Código de 1969. Como se mencionó anteriormente, este Código ha significado un grave perjuicio para los pueblos del norte de nuestro país, pues bajo la influencia del modelo económico que imperaba en la época, estableció un régimen legal de aprovechamiento de las aguas, mediante el cual, separa el derecho del agua del de tierra con lo que posibilita que particulares, ajenos a las comunidades, obtengan derechos de aprovechamiento en territorios que históricamente les han pertenecido a los pueblos originarios.

Esta nueva ley dispone que el derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad y su posesión se adquiere y se prueba mediante su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Este derecho es transferible, transmisible y su adquisición o pérdida por prescripción se remite a las normas del Código Civil, es decir, a pesar de ser un bien nacional de uso público se regula como cualquier derecho real privado.

Estableció además que su solicitud debía ser formulada por un conjunto de personas individuales, excluyendo con esto la petición comunitaria de los pueblos indígenas, y al exigir la inscripción en el registro, la ley desconoció la propiedad ancestral de los pueblos del norte, pues permitió que terceros inscribiesen aguas ocupadas por éstos.

Los principales beneficiarios de esta legislación fueron las empresas mineras de la zona, al contar con los recursos necesarios y la asesoría jurídica especializada para llevar a cabo este complejo procedimiento. Desde que entró en vigencia, estas compañías han presentado un sinnúmero de solicitudes para constituir derechos sobre las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas, generando una crisis económica en la región y la migración de sus habitantes a las ciudades cercanas al

provocar el desecamiento de sus bofedales obstaculizando el desarrollo agrícola y ganadero.

Afortunadamente en 1992, el Congreso Nacional aprobó una modificación del Código, la Ley de Bofedales, con el objeto de frenar la explotación excesiva de las mineras en la zona y así evitar el proceso de extinción que se estaba viviendo con los pueblos del norte. La reforma está dirigida a proteger las fuentes de agua del altiplano, estipulando el artículo 64 que: “Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.” Este artículo, unido a las disposiciones especiales contenidas en la Ley Indígena, ha significado un reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos sobre los derechos de agua en la zona norte de nuestro país. Este reconocimiento se materializa con la firma del Convenio Marco para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de las comunidades aymaras y atacameñas, firmado el año 1997 entre la CONADI y el Director General de Aguas, el cual persigue el cumplimiento del artículo 3º transitorio, adoptando una serie de obligaciones recíprocas para restablecer dichos derechos.

Estos artículos han contribuido a sentar jurisprudencia en nuestros tribunales a favor del reconocimiento de la propiedad ancestral indígena, teniendo como ejemplo el fallo histórico de la Corte Suprema en el caso Toconce.

B.3 Normas reglamentarias de la Ley Indígena.

Luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.253 en 1993, se dictaron diversos decretos reglamentarios con el objeto de materializar algunas normas de esta ley. Entre ellos destacan:

- Decreto Supremo N° 396 del 17 de mayo de 1994, que aprueba el Reglamento para la operación del Fondo de Desarrollo Indígena, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de la Ley. Este fondo tiene por objeto impulsar el desarrollo integral de las comunidades a través de los llamados “programas especiales”, definidos en el artículo 1º de este decreto como “aquellos que en ese carácter sean aprobados por el consejo nacional de la CONADI y a través de los cuales se podrán desarrollar planes especiales de crédito, sistemas de capitalización y otorgamiento de subsidios en beneficio de las Comunidades Indígenas o indígenas individuales”.

- Decreto N° 150 del 17 de mayo de 1994, que fija el Reglamento sobre organización y funcionamiento del registro público de tierras indígenas. Su finalidad es dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley y así regular la inscripción de las tierras mencionadas en el artículo 12.

- Decreto Supremo N° 395 del 17 de mayo de 1994, que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas indígenas. Dice relación con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley y tiene por objeto el: - “Otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras,
 - Financiamiento de mecanismos para la solución de problemas relativos a tierras, y
 - Financiamiento para la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso” (artículo 1º).

- Decreto Supremo N° 392 del 12 de abril de 1994, que aprueba el Reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena; para la constitución de comunidades y para la protección de su patrimonio histórico. Esta normativa contempla el procedimiento administrativo a realizar para la acreditación de la calidad de indígena, y uno judicial, para el caso de ser rechazada la solicitud ante las autoridades administrativas. En el primero, la acreditación se obtiene mediante un certificado emitido por la CONADI y en el segundo, a través de sentencia judicial dictada por el Juez de Letras competente.

Este decreto además regula la constitución de comunidades indígenas, proceso que se realiza con la formación de una asamblea constituyente para luego culminar con el depósito del acta respectiva con el objeto de gozar dicha comunidad, con ese solo acto, de personalidad jurídica (artículo 10).

B.4 Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Esta Ley fue publicada el 9 de marzo de 1994, siendo su última modificación el 30 de julio de 2008; y nació con el objeto de dar contenido y desarrollo jurídico a la garantía constitucional, crear una institucionalidad para solucionar los problemas ambientales y establecer los instrumentos necesarios para una eficiente gestión de los asuntos ambientales, protegiendo adecuadamente los recursos naturales de nuestro país. El objeto de su análisis radica en que es cada vez más frecuente la realización de grandes proyectos en territorios indígenas, los cuales simplemente son permutados o expropiados o se conceden derechos de aprovechamiento sobre recursos naturales ubicados dentro de tierras indígenas, con consecuencias perjudiciales para las comunidades. Es por esto, que a continuación, analizaré esta norma para saber cuando se debe realizar un Estudio de Impacto Ambiental, específicamente cuando se trata de asentamientos históricos de los pueblos indígenas; y la participación que les cabe a estas comunidades en la aprobación de estos proyectos.

En su Título final crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) un organismo público, descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de coordinar y fiscalizar la aplicación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Al ser un organismo descentralizado, el Artículo 80 de la Ley 19.300 establece las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMA) que son las encargadas de calificar los documentos respectivos, recibir las evaluaciones

sectoriales de las instituciones y servicios públicos competentes y las observaciones de los organismo comunitarios y de las personas directamente afectadas.

Si bien los criterios para aprobar un Estudio de Impacto Ambiental se encuentran definidos en la propia Ley y en su respectivo Reglamento, en la práctica en las resoluciones de la CONAMA y las respectivas COREMA han imperado criterios políticos por sobre criterios técnicos, lo que ha significado la aprobación de casi la totalidad de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Esta Ley establece en su Título II, dos mecanismos de gestión ambiental: Educación e investigación y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es el encargado de identificar los proyectos o actividades susceptibles de generar impacto ambiental, obligándolos someterse a evaluación. Los instrumentos con que cuenta son: la Declaración de impacto ambiental y el Estudio de Impacto Ambiental. Ambos son mecanismos de evaluación de tipo preventivo que tienen por objeto predecir o anticipar los efectos negativos que pudiesen generar un proyecto o actividad sobre el medio ambiente, con el fin de adoptar las medidas necesarias para su compensación o reparación. El artículo 8º establece que: “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”. Sin perjuicio de esto, en su Reglamento, el Decreto Supremo 30/97 se dispone que si el titular del proyecto presenta junto a la Declaración o al Estudio una póliza de seguro que cubra el riesgo, podrá obtener una autorización provisoria para iniciar el proyecto.

El Artículo 11 de la Ley establece cuando debe realizarse un Estudio de Impacto Ambiental; y en su letra c) se señala que cuando el proyecto genera como efecto el: “Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.” Respecto a esta letra, el Reglamento de Impacto Ambiental, que contiene los detalles de la elaboración de los Estudios de

Impacto Ambiental, fue modificado por Decreto Supremo N° 95/2001 del ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 07 de diciembre de 2002; introduciendo importantes modificaciones en lo que respecta a la variable antropológica, disponiendo en su artículo 8° que serán consideradas en ésta, las características étnicas y las manifestaciones de la cultura, como las ceremonias religiosas, celebraciones, ferias, mercados, entre otros. Su artículo 9° también considera: “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”

Esta referencia de la ley a las características étnicas y a las poblaciones protegidas por leyes especiales, necesariamente nos remite a las normas de la Ley Indígena y por consiguiente, la Ley sobre bases del Medio Ambiente, en especial su Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentra estrechamente relacionada con las comunidades indígenas. Diversas empresas nacionales y extranjeras han llevado a cabo sus proyectos en lugares de asentamiento histórico de estas comunidades (por ejemplo el caso de Ralco, en territorio Pehuenche y ahora el caso de Geotérmica del Norte con su intervención en los Géiseres de El Tatio). Es por esto, que las comunidades indígenas se incorporan al sistema de evaluación de impacto ambiental como sujetos susceptibles de impacto y por ende, titulares de derecho, pudiendo las comunidades, formular observaciones al Estudio presentado lo cual deberá resolverse en los fundamentos de la resolución. Lamentablemente aunque las Comunidades afectadas directamente con un determinado proyecto, se opongan a éste, esta oposición no es vinculante para el organismo encargado de su aprobación o rechazo.

No obstante lo anterior, al existir esta vinculación con la Ley Indígena, el Sistema de evaluación de Impacto Ambiental deberá velar por la protección de los pueblos indígenas conforme a los principios consagrados en el artículo 1° de la Ley Indígena, teniendo como obligaciones:

- Conservar las manifestaciones étnicas y culturales propias de las etnias indígenas;
- Proteger las tierras indígenas como fundamento de la existencia y cultura indígenas;
- Valorar la existencia de las etnias indígenas por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena, su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.
- Respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines.
- Proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.⁹²

B.5 Otras disposiciones.

Para terminar, quisiera hacer una breve mención a otros cuerpos legales que contienen normas referidas al tema indígena.

En primer lugar nos encontramos con el Decreto N° 636 de 1990, que crea la Comisión de Educación y Cultura Indígena (CECI) cuyo principal objetivo es “asesorar al Ministerio de Educación en materias concernientes a la educación y culturas indígenas”. Para lograr esto, tendrá entre sus funciones: estudiar acciones educativas que se proyecten hacia los pueblos originarios, proponer métodos de enseñanza para la capacitación de profesionales en lenguaje y escritura de idiomas nativos, además de diseñar modelos educacionales especiales para cada pueblo y fomentar y promover la conservación y difusión de las expresiones culturales de los pueblos indígenas.

En cuanto a las normas penales, el reconocimiento del derecho propio indígena es

⁹² YAÑEZ Fuenzalida, Nancy; Investigación Evaluativo de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas, Informe Final, enero 2004, Pág. 44.

nulo, pues es considerado como un atentado al principio de legalidad en que se basa nuestra legislación punitiva. Ni siquiera la reforma procesal penal contiene normas al respecto, siendo que establece las llamadas salidas alternativas, dentro de las cuales destacan los acuerdos reparatorios en los cuales podría tener plena aplicación el ordenamiento jurídico indígena. Las únicas disposiciones que aluden a nuestro tema son el artículo 291 del Código Procesal Penal y los artículos 214 y 332 del Procedimiento Penal, que señalan la obligatoriedad de contar con un intérprete para aquellas personas que no hablen o no entiendan bien el idioma castellano.

CAPITULO III
VIGENCIA DEL DERECHO PROPIO EN LOS SISTEMAS SOCIALES Y POLÍTICOS
INDÍGENAS. ESPECIFICAMENTE LOS PUEBLOS ATACAMEÑOS DE SAN PEDRO.

A. INTRODUCCION AL TEMA. EL PUEBLO ATACAMEÑO.

Breve historia del pueblo atacameño⁹³.

En la cuenca del Salar de Atacama y el valle del Loa, al interior del desierto más árido del mundo, arribaron hace 9.000 a.C. los primeros grupos de familias cazadoras y recolectoras, siendo los verdaderos descubridores de la Puna de Atacama y los primeros creadores de lo que posteriormente sería la sociedad atacameña.

Estos habitantes se relacionaron con el espacio de los Andes y lo domesticaron a su medida en toda su territorialidad, siendo una sociedad esencialmente dinámica. No surgieron grandes ciudades, pues la única posibilidad de sobrevivir en estos territorios era a través de una vida en movimientos entre pequeñas aldeas y estancias de pastoreo, lo que junto a las labores ganaderas, agrícolas, mineras y artesanales, sumado al tráfico caravanero con cargas de bienes en sus intercambios, les significó una vida con mayor éxito de adaptación. La organización social y política entonces, se basó en los ayllu, establecidos según parentesco y territorio.

A comienzos del milenio, se advierte el surgimiento de una de las etapas de mayor esplendor de este pueblo, reflejándose en el crecimiento de densos asentamientos y cementerios, con ofrendas muy sofisticadas que sugieren una vida aldeana más organizada, con jerarquías políticas y religiosas. Se producen, además, los mejores logros agrarios, pastoriles y artesanales. El hecho que desencadenó este fenómeno fue la expansión de la cultura Tiwanaku desde los 400 años d.C. los pueblos de Atacama fueron percibidos como territorios importantes para este régimen, pues el

⁹³ Información obtenida del Capítulo Segundo El Pueblo Atacameño. Informe Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago, Chile. Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. 2003

establecimiento de alianzas permitió sustentar una red de caravanas vinculadas directamente con la elite atacameña, pues en los ayllus de San Pedro se encontraba el poder político y religioso más importante de todos los oasis atacameños.

Entre las influencias Tiwanaku e inca, se constituyó la “nación atacameña”, rodeada de aspectos culturales comunes. Es el tiempo en se que configura una identidad de nación, desde los años 900 d.C., sustentada por las autoridades locales y las poblaciones arraigadas entre los ríos de Atacama y el Loa. Los vestigios más importantes son los enormes pukaras o fortalezas ubicados en colinas estratégicas rodeadas de aldeas abiertas a orillas de los ríos donde viven y laboran los agricultores. Luego del alejamiento de la cultura Tiwanaku producto de una intensa sequía que afectó a la zona, mermando su poderío agrícola; comienza a definirse una mayor autonomía regional, política y religiosa en los umbrales de la expansión inca y española.

Los pueblos atacameños en esa época, desarrollaron una economía de excedentes con incremento de las labores agrarias, pecuarias, mineras y traslado de productos de estatus y domésticos desde el Pacífico hasta las selvas orientales. Ubicados en alturas entre los 2.300 y 4.000 metros sobre el nivel del mar, en lugares intermedios desde Peine a San Pedro de Atacama, desde Toconce a Lasana, entre Calama, Chiu Chiu Quillagua, con acceso directo a la puna argentina. Todos eran pueblos étnicamente afines traspasados por fronteras blandas, cohabitando con distintas identidades, pese a la separación que imponía la Cordillera.

Fue en este momento, cuando los Señores de los Oasis y quebradas altas habían configurado sus territorios y definido sus expresiones culturales, arribaron los incas a la región. Su dominio fue muy directo, pues tenían altos intereses en la expansión de la explotación minera pues estos territorios eran y son fuente rica en rocas preciosas y minerales. En los oasis, los incas se relacionaron con las autoridades políticas establecidas en los pukaras, construyendo posteriormente sus principales centros administrativos en Peine, Cartarpe y Turi, por lo que se puede concluir que la

ocupación inca fue más bien política y económica, basada principalmente en las alianzas.

Lograron incrementar la producción minera y agrícola establecieron conexiones con el altiplano del sur de Bolivia, construyendo además varios tambos y centros religiosos a los pies del volcán Licancabur.

A ser derrotado este pueblo por el ejército español, las naciones andinas del sur, incluyendo la atacameña, quedaron en una tensa espera por un desconocido invasor. Los chasquis o mensajeros, difundían órdenes y rumores donde la guerra antiespañola se comenzaba a gestar, pero debido a la violencia y destrucción, no fue posible conservar la autonomía dentro del régimen absolutista impuesto por los europeos.

A partir del siglo XVI, la categoría de atacameño fue utilizada por la colonia para identificar a toda la población que habitaba el territorio, pasando a formar parte de los límites de la Gobernación de Nueva Toledo otorgada a Diego de Almagro en el año 1534. La invasión europea y la constitución del orden colonial en esta zona, se hará intensa hasta la independencia de los estados nacionales.

Comienza el proceso de reducciones y las encomiendas que afectaron al pueblo atacameño. El virrey de ese entonces hace de las reducciones el eje de su política indígena. Este proceso se desarrolló como un intento de transformación del orden espacial indígena por uno nuevo que posibilitaría la implementación del proyecto hispano que pretendía ejercer el control cultural, económico y político de la región. Para lograr esto era necesario que los indígenas viviesen en pueblos según el modelo colonial, es decir, pueblos nucleados, con organismos municipales y con calles y plazas trazadas según el modelo del damero, muy distinto a la formas de organización que poseían desde tiempos inmemoriales. En el año 1562, mediante el Tratado de Paz, el virrey Hurtado de Mendoza otorgó en encomienda los atacameños a Juan Velásquez Altamirano, quien influyó en esta zona entre los años 1557 a 1591, contraviniendo las órdenes del virrey de procurar la conservación de este pueblo y su

adoctrinamiento, imponiendo fuertes tributos y obligándolos a trabajar para su beneficio.

La reducción se organizó para crear una visibilidad general, permitiendo una vigilancia visual o panóptica que posibilitaba la erradicación de ciertas prácticas proscritas por los españoles por considerarlas contrarias a la policía y a la cristiandad. En cada pueblo junto a un cacique que gobernaba, se creaba un cabildo o consejo municipal. Vivían dependientes de los productos de la tierra, tratando de superar los efectos negativos que producían las guerras, los flujos migracionales y los colapsos biológicos derivados de las nuevas enfermedades que traían los recién llegados; que afectaron considerablemente a la disminución de la población. Pero pese a estas dificultades y a las presiones de la Colonia, los ayllus no desaparecieron.

Durante el siglo XVII se consolidan las políticas del dominio colonial en la vida material y espiritual andina, irradiándose hasta el siglo siguiente. La actividad de la Iglesia se delineó en este territorio desde 1536 hasta fines de 1600, llevándose a cabo un fuerte proceso de extirpación de religiones. A través de éste, se pretendió eliminar las creencias, símbolos y dioses. De este modo, se produce una especie de “doble articulación” dentro de los pueblos atacameños, pues conservaron sus cultos ancestrales, pero se vincularon también con las autoridades coloniales por medio del culto católico tradicional.

Bajo el contexto del despotismo ilustrado, durante el siglo XVIII, el corregidor Francisco de Argumaniz comenzó un proceso de cambios dirigidos a extirpar la lengua kunza. De ser esta lengua preponderante por sobre el castellano, pasó a ser aniquilada a mediados de siglo. En el año 1777 se fundaron las escuelas más antiguas de la región. Así los maestros de Toconao y San Pedro eran indígenas “civilizados” instruidos en el idioma castellano. A los niños se les tenía completa prohibición de hablar la lengua kunza, ya fuera entre ellos o con sus padres. Toda esta imposición afectó a una generación de niños de San Pedro, Toconao y Chiuchiu, puesto que generalizó la castellanización, disminuyendo el prestigio del idioma materno, debido a

las amenazas de castigos para quien lo hablase. La implantación de la instrucción escolar refleja de manera clara el despotismo ilustrado de este siglo, donde la escuela resultó un arma muy eficiente para extirpar la lengua materna a los pueblos indígenas.

Desde el punto de vista económico, se obligó a los indígenas a la aceptación del reparto de mercaderías, a la venta de sus propios productos a precios irrisorios, y a la usurpación de sus tierras y minas.

La presión económica, los abusos y las presiones ideológicas hicieron que este pueblo se fuera polarizando, produciéndose fugas hacia el otro lado de Los Andes. La gestión de los corregidores españoles derivó en una serie de disturbios políticos y administrativos, culminando este período con la rebelión tupacamarista y catarista de 1781 en Atacama.

La resistencia indígena.

El 4 de noviembre de 1780 en Tinta, se da inicio a la rebelión más grande del período colonial encabezada por la figura de Tupac Amaru, heredero de Tomás Catari quien había sido el responsable de la primera sublevación general ese mismo año en Chayanta. La rebelión de Tupac se extendió desde el centro del Perú hasta el noroeste argentino y por el sur hasta San Pedro de Atacama y fue motivada por el desmesurado abuso, obligaciones y opresiones de atacameños de Atacama y Chiuchiu. Aparece también la figura del líder local Tomás Paniri, Cacique y Alcalde Capitán General del movimiento insurreccional. Nacido en Ayquina, afianzaba la acción libertaria a través del dominio de todas las lenguas andinas regionales. Paniri designó sus capitanes de la milicia indígena siguiendo el modelo español. Logró sublevar incluso aquellas localidades como Chiuchiu en donde existía una fuerte resistencia española.

Sin embargo, la contra resistencia fue organizada precisamente en ese pueblo por el sacerdote Alejo Pinto, logrando que toda la región de Atacama la Baja volviera a ser leal a la corona, basada en una organización militar que buscaba recuperar la zona de

San Pedro, siendo el rol de este sacerdote crucial en la sofocación de la rebelión. Finalmente Paniri fue tomado prisionero, sumariado y remitido a Pica. Reconoció la muerte de cinco españoles y su participación en el ajusticiamiento de un sacerdote. Fue sentenciado a muerte el 14 de mayo de 1781. Hacia fines de ese año, los indígenas de San Pedro ya estaban derrotados.

Luego de esto, el poder español debilitó aun más la riqueza de la sociedad indígena, incluyendo sus recursos agropecuarios. Las mejores tierras comenzaron a aparecer bajo el dominio de los grandes hacendados criollos, descendientes de los funcionarios colonos y mineros españoles, dejando de ser indígena o mestiza.

Ya en los inicios del siglo XIX, con un régimen administrativo colonial muy disgregado, se produce la ruptura del orden colonial, donde se disuelve el virreinato del Perú en varios proyectos de Estados Nacionales.

La formación del Estado Nacional Boliviano.

Con la liberación del Virreinato del Perú por Simón Bolívar en la batalla de Ayacucho, Atacama pasó a formar parte de la República de Bolivia hasta su anexión a Chile en 1904 como consecuencia de la Guerra del Pacífico de 1879.

En los comienzos de la República, Bolívar y Sucre impusieron una política liberal que fue prontamente apartada por una fracción conservadora perteneciente a ex realistas de la independencia. De este modo el diseño de la sociedad boliviana del siglo XIX será de una estructura social neocolonial reproduciendo la división de la sociedad en dos partes: una indígena y otra oligárquica, la cual ejercía el control sobre las tierras y el trabajo indígena. Es así como entre 1825 y 1842, la provincia de Atacama abarcaba desde el río Loa por el norte, hasta Paposo por el sur y por el oeste la costa del Océano Pacífico (lugar donde se construyó el Puerto de Cobija fundamental para el desarrollo económico) hasta la provincia de Lípez junto con las provincias argentinas de Salta, Tucumán y Catamarca, por el este.

Los atacameños fueron explotados a través del tributo y en numerosos servicios personales como empleados domésticos, sirvientes en tambos y posadas, cargadores, mozos de iglesias, etc. Como consecuencia de esto, más de la mitad de las finanzas del Estado se obtuvieron por este medio, continuando la dependencia de un tipo de pacto político que conservaba las formas neocoloniales de relación con la población indígena. Este pacto de subordinación consistía en que el Estado reconocía la propiedad de la tierra los indígenas, mientras ellos pagaran los tributos.

La sociedad atacameña durante este siglo, estará compuesta por comunidades locales sin reconocimiento oficial del Estado, carentes de estatus de corporaciones que ostentaba durante los siglos anteriores. En estas comunidades estarán presentes las costumbres, instituciones y prácticas propias, vinculadas a la tierra tanto económica como socialmente. Son comunidades con una matriz cultural que alberga una religiosidad andino-católica, con un tipo de pensamiento dual aplicado a diversos aspectos de la vida religiosa, la organización social y en general en al vida cotidiana, como resultado de más de tres siglos de vida indígena sujeta a un sistema colonial.

En la antesala de la Guerra del Pacífico, al menos en San Pedro, persistía el sistema de castas, distinguiendo familias de ancestro español, criolla y ciertos mestizos quienes eran los portadores de estatus y poder. En cuanto a la comunidad indígena, se les reconocían sus derechos de tierra y ganado, pero se jerarquizaba a los caciques que tenían bienes y tierras de importancia, estigmatizándolos siempre bajo el concepto de "indios". Como consecuencia de esto, parte importante de la propiedad atacameña pasó a manos de algunos hacendados relacionados con el comercio del flete del ganado, concentrándose así los primeros capitales en San Pedro.

El Estado Chileno y su orden republicano.

Hacia fines del siglo XIX se inicia la invasión militar chilena a la región y la posterior anexión territorial de la zona de Atacama al Estado de Chile. Desde 1879 la zona

experimenta bruscos cambios porque con el alza de la explotación y exportación del salitre aumentó sustantivamente la población.

Concluida la Guerra del Pacífico, en el año 1833 la región se incorpora, sólo de hecho, a la soberanía chilena junto con el resto de la Puna. Recién en el año 1888 se crea por ley el Departamento de Antofagasta, donde se establece a San Pedro de Atacama como capital de la Novena subdelegación que incluía pueblos y asentamientos del Salar y los territorios de la puna de Atacama.

La población indígena localizada en la puna y en las tierras bajas, no fue considerada como potencialmente chilenizable, primando un discurso de marginalidad y aislamiento respecto de los indígenas. Las políticas de constitución de soberanía en la zona y el proceso de chilenización se materializan recién a comienzos del siglo XX.

Con la ocupación chilena quedaron abolidas las obligaciones fiscales que pesaban sobre los pueblos indígenas, indicando el Estado, que en lo sucesivo los tratarían como un habitante más de la región. Esta imagen fue diametralmente opuesta a la relación neocolonial que sostuvo el Estado boliviano durante el siglo XIX. Pero sin embargo, fue una acción interesada con el objeto de ganar la voluntad de estos pueblos y evitar una eventual resistencia. Por otro lado, la igualdad propuesta por el gobierno significaba en la práctica un proceso asimilacionista, renegando de la identidad propia, pues ya no se les trató como indígenas, sino que como campesinos, obreros y habitantes rurales.

Alrededor de 1930, los pobladores de Atacama se ocupaban en las actividades agrarias, arriería, en la crianza de animales y en la creciente actividad minera, ya sea migrando a las salitreras o a Chuquicamata. El Estado se hace socialmente incluyente y la sociedad comienza a buscar el progreso y la modernidad. Es por esto que se busca que las comunidades indígenas participen como ciudadanos ejerciendo sus derechos civiles y políticos, incluyéndolos en los servicios y actividades sociales del Estado.

Desde 1940 hasta nuestros días.

Entre los años 1930 y 1970, el país implementa un modelo económico de sustitución de importaciones, con el fin de resolver la crónica dependencia exterior que se vivía desde el punto de vista económico y que había significado consecuencias dramáticas para el país durante la crisis financiera mundial de 1929.

Por esos años el gobierno mostró más interés y preocupación por la inclusión social que propendía acciones de integración, provocando cambios sociales y culturales. Los atacameños comienzan a crear numerosas organizaciones y actividades como centros para el progreso, centros de hijos de pueblos, campeonatos deportivos y olimpiadas entre comunidades entre otras.

La sociedad atacameña entre 1940 y 1960 comienza a acercarse más a las ciudades, especialmente a Calama, dependiendo fuertemente de la minería y de las actividades urbanas. Esto se produce debido a que las actividades agropecuarias no alcanzan a cubrir el sustento de sus familias. Por esos años también, se produce un importante proceso migratorio de familias yugoeslavas a San Pedro, quienes concentraron grandes ganancias, adquiriendo tierras atacameñas.

Con la dictación de la Ley de Juntas de Vecinos en la década de los 60, se impuso a las organizaciones indígenas un modelo organizacional distinto, que con posterioridad se fue adaptando a las necesidades y aspiraciones de cada comunidad. Esta entidad, al ser reconocida por el Estado, se convirtió en un interlocutor más formal para las comunidades.

Luego de golpe militar en 1973, la intervención castrense en la segunda región respondió al propósito de integrar estos territorios a la soberanía nacional y endurecer las fronteras a través de la presencia activa del Estado. Esta política implementó una serie de acciones que generaron subsidios, apoyo alimenticio, asistencia social y de salud, lo cual siguió una pauta muy eficiente, pero no democrática. El gobierno

imprimió lo nacional por sobre lo local, momento en que el Estado busca definitivamente borrar y negar lo indígena de la zona. Junto a esto, los problemas fronterizos extremaron los procesos de chilenización, reflejándose en la construcción de una serie de escuelas fronterizas donde primaba un discurso de integración, resaltando los valores patrios y los símbolos nacionales de la historia chilena, además de la proliferación de los campos minados en la zona.

En cuanto a la legislación, las comunidades indígenas así como los recursos naturales, se vieron enormemente afectados por la abolición de los cuerpos legales promulgados en el gobierno de Salvador Allende, y la dictación del DL 2695 de regulación de la pequeña propiedad raíz rural, donde se estableció la división de las comunidades y su liquidación.

En materia de aguas, el nuevo Código de 1981, otorgó a los particulares un derecho real de aprovechamiento, mediante el cual se puede usar, gozar y disponer de él conforme a la ley. Al separar el derecho de agua del derecho de tierra, se posibilitaba a terceros ajenos a obtener derechos sobre las aguas ubicadas en territorios indígenas. Se desconoce el derecho ancestral de las comunidades sobre este recurso, no reconociéndolas además, como organizaciones tradicionales susceptibles de ser propietarias de estos derechos, pues las solicitudes sólo podían ser efectuadas por miembros individuales y no por la comunidad toda.

En conclusión, la intervención militar en la zona no tuvo como fin una preocupación en estos pueblos, sino más bien un interés meramente militar y fronterizo, además de los intereses propios de esta zona minera.

El pueblo atacameño en la actualidad

La sociedad atacameña en la actualidad es una sociedad regionalizada o deslocalizada, pues ya no tiene como límite la localidad. Hoy se distribuye en espacios urbanos, rurales, semirurales, semiurbanos, y no sólo en lo local. El concepto de

atacameño comienza a usarse como pueblo y ya no sólo como una definición geográfica. Con las elevadas tasas de migración hacia la ciudad, esta sociedad ya no tiene como límite la localidad, pues al estar regionalizada, articula otros espacios tales como los urbanos. A pesar de esta movilidad, el pueblo atacameño mantiene el sentido de pertenencia y conexión con lo propio, así lo demuestra el hecho de los que viven fuera de su comunidad, todos los años vuelven para participar de la fiesta religiosa u otra festividad importante. También, por lo general, volverán definitivamente a sus pueblos al envejecer.

Desde el mundo prehispánico y colonial, persisten aquellos aspectos ideológicos y ritualistas que dicen relación con la herencia andina de los “abuelos” o antepasados, con cargas de rogativas ancestrales muy dominantes que no han sido cubiertas completamente por la occidentalización y la doctrina cristiana, sino que más bien se han mezclado con éstas. Un ejemplo de esta fusión es el culto a San Antonio, que se celebra mediante el “enfloramiento” del ganado, que funde lo pagano con lo sagrado.

En materia política, a raíz de la dictación en el año 1993 de la Ley Indígena, se constituyeron las Áreas de Desarrollo Indígena, con el fin de permitir el desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas. Dentro de las cuales se creó mediante el Decreto N° 70 de marzo de 1997, el área de San Pedro de Atacama. Posteriormente, en diciembre del año 1998, se constituyó un Comité Directivo encabezado por el Intendente de la Segunda Región e integrado por el Gobernador de la Provincia de El Loa, la Directora de CONADI y el SERPLAC de dicha región, además de once representantes de las comunidades atacameñas del sector. Dicho organismo a tenido a cargo la implementación de una serie de políticas de ayuda y desarrollo social, que buscan mejorar la calidad de vida y las condiciones materiales de las comunidades indígenas, que junto a la creación de las áreas de desarrollo, buscan establecer la coordinación de los programas de gobierno y regionales para satisfacer las necesidades atacameñas.

Las demandas atacameñas hoy.

Durante muchos años, el pueblo atacameño se mantuvo silencioso expresándose sólo localmente. Pero fue a raíz de la dictación de la Ley Indígena que comenzó un proceso de reunificación y reculturización, llamado etnogénesis, concepto que postula “una identidad étnica y la implementación de una forma de ciudadanía diferenciada como una nueva forma de vinculación entre los indígenas y el Estado”⁹⁴. De esta manera, se crearon organizaciones con objetivos dirigidos al desarrollo colectivo, con una fuerte identidad étnica y un proyecto de pueblo. Estas organizaciones se concretaron en las llamadas Asambleas Comunales, quienes tienen a su cargo la organización, manejo y control de los recursos naturales y sociales, así como la práctica de tareas colectivas, junto al control social y la administración de justicia.

En la actualidad, dichas asambleas se han visto afectadas por los efectos de la economía de mercado y el crecimiento excesivo y abusivo de las grandes compañías mineras en la zona. Además, la intervención estatal, ha debilitado el manejo organizativo debido a la imposición de la legislación nacional para resolver conflictos locales y la administración que ha llevado a la creación de Juntas de Vecinos, reconocidas por las autoridades gubernamentales y con un sistema de funcionamiento y de elección muy distinta al de las Asambleas. Estos cambios de autoridades y controles de administración de justicia que se han impuesto en las comunidades y en su territorio, además de los problemas causados, principalmente en relación al agua, por la industria de la minería; han provocado que el pueblo atacameño se una a través de sus asambleas y como grupo políticamente organizado, se oponga a la imposición de políticas gubernamentales que consideran no se ajustan ni respetan su identidad de pueblo. Es por esto, que la comunidad atacameña, a diferencia de lo que ocurrió durante épocas anteriores, se resiste a volver a la dependencia incondicional al Estado chileno y le exige el respeto y reconocimiento de su pueblo, como se señala en la Ley

⁹⁴ GUNDERMANN, Hans, “Etnicidad, identidad étnica y ciudadanía”. Obra citada en Pág. 27, de Informe de Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 1994.

Indígena, la que no obstante no reconocer la calidad de pueblos a las comunidades indígenas, si reconoce un grado de autonomía mayor al que en la práctica se les da.

La demanda del pueblo atacameño se basa fundamentalmente en el reconocimiento constitucional de su calidad de pueblos originarios y de su derecho ancestral sobre su territorio, las aguas y medio ambiente, así como el reconocimiento de su lengua y su organización socio-política y cultural. Dentro de estas demandas, podemos señalar algunas específicas, relacionadas directamente con la zona que habitan en la actualidad, que comprende principalmente la Segunda región del país. Así, podemos destacar algunas referidas al territorio, a los derechos de aprovechamiento de aguas y a la cultura, señalando las siguientes:

- **En cuanto al territorio:**

- Se exige la constitución y saneamiento de las tierras reivindicadas por las comunidades, bajo un criterio de coherencia territorial. Con relación a este punto, según datos entregados por CONADI en su Informe “Catastro de oferta y demanda de Tierras, Agua y Riego para indígenas”⁹⁵, de octubre de 2004, la demanda real social de tierras del Pueblo atacameño⁹⁶, alcanzaría al año 2012, las 3.950 hectáreas⁹⁷.
- El reconocimiento y resguardo del Territorio Patrimonial Atacameño.
- Evitar la entrega de tierras a terceros no indígenas, pues esta práctica ha provocado, especialmente en San Pedro de Atacama y sus alrededores, la explotación desmesurada de las mismas, a través de la creación excesiva de centros turísticos, en desmedro de la población atacameña y de sus recursos naturales, especialmente del agua.

⁹⁵ Catastro de Oferta y demanda de tierras, agua y riego para indígenas.

⁹⁶ Para el estudio del Pueblo Atacameño, el informe consideró a las comunas de San Pedro de Atacama, Ollagüe, Calama y María Elena. Informe citado en nota 84, Pág. 2.

⁹⁷ Demanda Real Social de tierras, se refiere a las tierras demandadas basándose en el artículo 20 letra a) de la Ley 19.253, debido a que según el informe analizado, no existen demandas de recuperación histórica explícita de tierras basándose en el artículo 20 letra b). Informe citado en Nota 84, Pág.19

- **En cuanto al derecho de aguas:**

- Suspensión de la entrega de permisos de exploración y derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el interior de la segunda región, mientras no se regularicen las tierras comunitarias y patrimoniales de las comunidades.

- Reconocimiento de su derecho ancestral de las aguas, las que en la actualidad, son usufructuadas de forma indiscriminada por las empresas mineras del sector y los grandes proyectos hoteleros, provocando escasez del recurso en las zonas indígenas. En el mismo informe mencionado anteriormente, CONADI señaló que la demanda insatisfecha de agua por parte de los Pueblos Atacameños, alcanza los 90 lt/seg, mientras que la de riego, los 864 Lt/seg⁹⁸

- **En cuanto a los derechos culturales:**

- El reconocimiento, respeto y protección de la cultura atacameña. El objetivo de este pueblo es incorporarse a los adelantos de la modernidad, no los rechaza, pero siempre y cuando se respete y valore su cultura e identidad étnica y que éstos alcancen a todos los habitantes de la precordillera de la segunda región.

⁹⁸ Informe citado Nota 84, Pág. 23 y 25.

B. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO EN EL PUEBLO ATACAMEÑO

El objetivo de este capítulo es determinar, mediante el estudio de algunas formas de organización atacameña, si existe en la actualidad aplicación del derecho propio en el interior de las comunidades atacameñas. Para esto, abordaré los casos que conocimos en un viaje realizado a San Pedro de Atacama y sus alrededores en el año 2005. Dividiré el estudio basándome en dos elementos importantes del derecho propio:

- Derechos de propiedad ancestral del agua.
- Administración propia.

Respecto al primero de ellos, analizaré el caso de la Comunidad de Toconce, y el fallo histórico de la Corte Suprema, que reconoce la propiedad ancestral de este pueblo sobre el agua, lo cual significa un reconocimiento por parte de nuestros tribunales de justicia, del derecho propio indígena. También, abarcaré el tema de la organización administrativa que existe en torno al agua, como lo son la Asociación de Regantes y el sistema de turnos, ejemplos de la vigencia del derecho propio indígena en la zona.

En cuanto al segundo tema, analizaré dos casos de administración propia que son la Asociación del Valle de la Luna y la Comunidad de Séquitor, donde también se encuentra vigente el derecho propio.

Para terminar, comentaré el caso de los Géiseres de El Tatio, los cuales representan un claro desconocimiento de los derechos indígenas en la zona.

B.2 El derecho de propiedad ancestral sobre el agua.

Desde comienzos del siglo XX, las comunidades indígenas del norte de nuestro país han sido regularmente desprovistas del recurso natural más indispensable para el ser humano como es el agua, especialmente en regiones donde es un bien escaso debido a las condiciones climáticas imperantes; generando el desecamiento de vegas y bofedales lo que afecta directamente la economía y cultura indígena, aumentando los procesos migratorios. La principal causa ha sido históricamente la desprotección jurídica que sufre el pueblo indígena por la subordinación del derecho propio indígena al derecho positivo, amparando este último, a la industria de la minería y a las grandes ciudades de la zona.

El derecho del pueblo indígena sobre las aguas se encuentra reconocido en nuestra propia legislación, lo cual significa una contradicción en la norma positiva. El concepto de "Propiedad Ancestral Indígena" se establece expresamente en la Ley Indígena, en su artículo 3º transitorio, inciso 2º el cual dispone lo siguiente: *"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 atacameñas de conformidad al artículo 64 de la Ley Indígena."* En tanto, el citado artículo 64 establece la protección de las aguas de las comunidades del norte, siendo consideradas éstas en la ley como *"bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentran 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"*.

El concepto de *"Propiedad Ancestral Indígena"* si bien es el reconocimiento legal del derecho propio indígena y podría constituir el primer paso para lograr el reconocimiento pleno de este derecho propio y de sus normas consuetudinarias, la

preeminencia del derecho nacional chileno por sobre el indígena ha significado a través de los años un claro desconocimiento de esta propiedad ancestral, causado por el mejor derecho de terceros con derechos de propiedad inscritos sobre tierras y aguas, que han pertenecido desde tiempos inmemoriales a los pueblos indígenas, pero sobre los cuales el Estado ha otorgado concesiones al reconocer solamente como válidos los derechos de propiedad inscritos, favoreciendo a las grandes empresas en desmedro de las comunidades indígenas.

Lo anterior lo expresa claramente el abogado Manuel Cuadra⁹⁹, quien señala que el régimen de concesiones se impuso a partir del año 1913 en los principales ríos de la cuenca del Loa, a través de un Reglamento dictado el 30 de octubre de ese año, modificado posteriormente por el Decreto N° 648 del 26 de marzo de 1920. Este Decreto establecía concesiones de las aguas de los ríos San Pedro e Inacaliri a favor de la Mineral Chuquicamata y del Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia. Posteriormente fueron concesionadas las aguas de la subcuenca de los ríos Salado, Linzor, Hojalar, Toconce, a favor de la Mineral Chuquicamata y de la Sanitaria SENDOS (hoy Essan S.A.)

Esta situación ha tratado de revestirse en nuestra legislación siguiendo el ejemplo internacional y el de naciones vecinas, con el fin de reconocer los derechos ancestrales que poseen los pueblos indígenas sobre el agua por su ocupación efectiva desde tiempos inmemoriales. El Estado ha establecido mecanismos de regulación de derechos reconociendo a la “Propiedad Ancestral Indígena” como hecho en que se funda de la posesión. Es así como, reuniendo los requisitos dispuestos por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, estos derechos de agua pueden ser regularizados mediante una sentencia judicial, resolución meramente declarativa que viene a constatar la existencia de un derecho y a dar certeza jurídica sobre la titularidad del mismo. De esta forma, la Ley Indígena ha avanzado en el reconocimiento de los

⁹⁹ CUADRA, Manuel. Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. En: Revista Estudios Lickanantay N° 19 – 2000, p. 95.

derechos ancestrales de las comunidades indígenas del norte del país, permitiendo su regularización a pesar de la existencia de derechos inscritos a favor de terceros.

Es el caso de la Comunidad Atacameña de Toconce, que trataré a continuación, y más recientemente, el caso de las Comunidades Aymaras de Chusmiza y Usmagama, quienes llevan más de 10 años luchando por el reconocimiento de sus derechos al agua, derechos que, en el año 1996, fueron inscritos como suyos, por la Empresa Embotelladora Agua Mineral Chusmiza, desconociendo los derechos ancestrales de propiedad de estas comunidades. La Corte de Apelaciones de Iquique el 9 de abril de 2008, en un fallo que vuelve a sentar precedente, confirmando la sentencia de primera instancia, reconoció los derechos ancestrales de estas comunidades sobre el agua, y además, reconoce el derecho propio indígena en cuanto establece que “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”¹⁰⁰

Posteriormente, la Empresa Embotelladora interpuso un recurso de casación en la forma y en fondo con el objeto de revertir el fallo. Este recurso fue rechazado por la Corte Suprema el 25 de noviembre de 2009.

En su fallo, la Corte Suprema, reconoce la existencia de propiedad ancestral de aguas, estableciendo que la ausencia de registro de estos derechos no implica su inexistencia, sino sólo una falta de formalización registral. Señala el Considerando Cuarto de la sentencia: “De las expresiones reconocidos o constituidos empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas

¹⁰⁰ Extracto del considerando noveno de la Sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Iquique de fecha 9 de abril de 2008, Recurso 817/2006. <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina=estados_causas.php> [Consulta: 28 de octubre de 2009]

y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción”¹⁰¹. Se complementa con lo dispuesto en el Considerando Quinto, que señala: “Desde luego, es menester recordar que en este juicio lo regularizado corresponde a derechos ancestrales de la comunidad indígena solicitante, cuyos miembros desde tiempos inmemoriales han efectuado un uso ininterrumpido de las aguas que requieren normalizar para el consumo humano, animal y de riego. De esto se deriva que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aimara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos de la sociedad recurrente. Lo anterior es, por cierto, un asunto de hecho que se ha estimado acreditado tanto por el juez de primer grado como por el tribunal de alzada y que esta Corte esta impedida de modificar por la vía de la casación”¹⁰².

¹⁰¹ Extracto del Considerando 4° de la Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema de fecha 25 de noviembre de 2009, Recurso 2840/2008.

<http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php> [Consulta: 5 de marzo de 2010]

¹⁰² Extracto del Considerando 5° de Sentencia Cit. En Nota 101.

- **El caso Toconce.**

La Comunidad atacameña de Toconce se encuentra ubicada a 86 kilómetros de Calama en el origen del Río Toconce a unos 3.600 metros sobre el nivel del mar. Históricamente, su asentamiento ha sido datado en diversas fechas entre los 930 a los 1.077 d.C., siendo factible que haya sido formado en un comienzo, como una colonia de los pueblos atacameños del sur de Bolivia, por el tipo de cerámica encontrada en el lugar. Desde sus inicios, el pueblo de Toconce fue un pueblo dedicado a la agricultura y la ganadería, ocupando de manera eficiente los escasos recursos hídricos de la zona, a través del sistema ancestral de terrazas de cultivo para la siembra y cosecha de diversos alimentos como el maíz, papas, legumbres y hortalizas. Pero en el siglo XX, alrededor de los años 30, con el crecimiento de los centros mineros, se generó una crisis en el sistema agroganadero que afectó profundamente a Toconce. La presión económica de los enclaves mineros alteró el equilibrio ecológico de la región. La población campesina de los pueblos atacameños se fue transformando gradualmente en obreros asalariados de la industria del cobre, lo que produce una progresivamente migración desde la subregión del Río Salado (Toconce, Caspana, Ayquina y Cupo) hacia Calama y Chuquicamata, disminuyendo notablemente su población hasta nuestros días.

Paralelamente, la industria del cobre produjo un fuerte impacto ambiental, que se tradujo en una disminución dramática de los recursos naturales, como fue el caso de las llaretas que suministraban combustible a Chuquicamata siendo miles los animales cargando llaretas a este centro mineros. Pero tal vez lo más impactante fue la desmesurada extracción de aguas, secándose vegas y aguadas, base de la economía agroganadera de los habitantes de Toconce, lo que termina produciendo una dependencia económica externa de esta comunidad y de otras cercanas, terminando prácticamente con la actividad ganadera de la Comunidad. Siendo esta situación la antesala para el inicio de las demandas de estos pueblos, en especial de la Comunidad de Toconce por el reconocimiento de su derecho ancestral al agua, despojado por el

desarrollo minero de la región amparado en una legislación como el Código de Aguas de 1981, un código que en sus inicios monopolizó el recurso a favor de quienes en ese momento usaban las aguas, desconociendo el uso ancestral de estos pueblos, razón por la cual el fallo de la Corte Suprema viene a constituir un antecedente histórico de reivindicación de las indígenas ignoradas durante años, sentando un precedente que puede servir de base para otras demandas y otros pueblos indígenas.

El Fallo de Toconce.

En el marco del Programa de Regularización de Derechos de Aguas, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena junto a la Dirección General de Aguas, basados en los artículos 3º inciso 2º, transitorio y 64 de la Ley Indígena, encargaron el proceso de regulación de derechos de aprovechamiento de agua por un total de 100 litros por segundo, a favor de la Comunidad Atacameña de Toconce, el cual se inició por la Consultora Purifica el 4 de octubre de 1995, rigiéndose por el procedimiento establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, sobre regularización de derechos de aguas.

El caudal correspondía al obtenido por la Comunidad de Toconce de cuatro bocatomas cuyos nombres y litros son:

- Potrero: por un total de 30 litros,
- Media Quebrada: 10 litros,
- Patrillón: 25 litros, y
- Essan: por un total de 35 litros.

Las publicaciones exigidas por la ley se efectuaron el día 5 de noviembre de 1995 en el diario El Mercurio de Calama, presentando oposición a la regularización la Empresa Sanitaria y de Servicios de Antofagasta ESSAN S.A., a cuyo nombre estaban inscritos los derechos cuya regularización se reivindicaba, con fecha 1º de diciembre de ese año. En primera instancia el Tribunal concedió un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes en el río Toconce a favor de dicha Comunidad por

un total de 30 litros por segundo, 20 de la bocatoma Essan y 10 de la bocatoma Pabellón, es decir, sólo el 30% de lo obtenido originariamente, además de la constitución de una servidumbre de acueducto para el traslado del agua desde la bocatoma de Essan.

Fig. 1: Bocatomas que conducen agua hacia la Comunidad de Toconce, desde el Río Toconce.



Fotografía tomada en el camino que conduce a la Comunidad de Toconce. Mayo de 2005.

Contra dicha sentencia dictada el 8 de julio de 2002, se dedujo por ambas partes recurso de apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, siendo resueltos ambos recursos el 16 de enero de 2003 a favor de la Comunidad de Toconce. Se confirmó la sentencia de primera instancia en el sentido de regularizar el derecho de aprovechamiento de agua, pero se declaró que dichos derechos equivaldrían a 100 litros por segundo.

La empresa Essan S.A. interpuso Recurso de Casación en el fondo y en la forma con fecha 12 de agosto de 2003 ante la Excelentísima Corte Suprema, la cual declaró inadmisibile el recurso de casación en la forma, ordenando traer los autos en relación. Se fundaba el Recurso en que el fallo impugnado adolecía de un vicio de fondo al

utilizar el concepto de “propiedad” para referirse al derecho ancestral que la Comunidad Indígena tiene sobre las aguas del río Toconce, reconociéndole su calidad de “poseedora” para permitir la regularización de los derechos de aprovechamiento, estimando que ambos conceptos eran incompatibles, pues no se le podía regularizar derechos a un propietario.

El 22 de marzo del año 2004, la E. Corte Suprema ratificó la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentando jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivada del uso consuetudinario, constituyen dominio pleno.

Debido a lo trascendental del fallo que sienta jurisprudencia reconociendo parte del derecho propio indígena, es preciso destacar los fundamentos de hecho que sirvieran de antecedente al fallo y que fueron consignados como hechos no cuestionados por la Cuarta Sala de la E. Corte Suprema:

- *“b) es un hecho no discutido que la regularización que se pretende se fundamenta en la circunstancia de ser la demandante propietaria ancestral de los derechos de aprovechamiento que reclama en los términos del artículo 3º transitorio de la Ley 19.253, habiendo cuestionado la demandada el uso ininterrumpido del recurso por lo menos cinco años contados hacia atrás desde la vigencia del Código de Aguas, lapso en el que asegura la actora no los ha usado, por cuanto la totalidad del recurso pertenece a la demandada;”*

- *“c) con la testimonial de la demandante se acreditó que desde tiempos inmemoriales los habitantes del Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas del río para el consumo humano y de las bestias y para el riego, como propietarios y a la vista de todo el mundo, con la que se dio por establecido el uso de las aguas en los términos ya indicados. (...)”*

- *“e) es un hecho no discutido que la demandante ocupa en forma ancestral el recurso de agua proveniente del río Toconce, pues de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores*

de agricultura, pastoreo y para uso humano; tampoco lo está el hecho que la Comunidad ejecuta ese uso libre de violencia y clandestinidad, porque no existió denuncia relativa a usurpación de aguas en perjuicio de la empresa demandada, ni gestión alguna que haya tenido por objeto impedir la utilización de dichas aguas por parte de la demandante (...)”

- *“h) es un hecho público y notorio que la demandada suministra sus excedentes de agua a Codelco Norte y que el despoblamiento de la zona se debe al proceso de entubamiento de las mismas aguas”*¹⁰³

Como lo señala la abogada Nancy Yáñez Fuenzalida en sus conclusiones sobre este fallo, *“el hecho fundante del derecho es la ocupación ancestral con ánimo de señor y dueño, aun cuando este ejercicio haya sido suspendido como consecuencia del uso privativo por parte del tercer poseedor inscrito”*. Agrega que, el sentenciador no exige una ocupación efectiva, *“pues reconoce como derecho de posesión el uso ancestral por parte de la comunidad, aún cuando circunstancias externas la hubieran inhibido en el uso del recurso y hubieran modificado los patrones culturales de la comunidad.”*¹⁰⁴

En la jurisprudencia sentada por la E. Corte Suprema se reconoce implícitamente el control de los Pueblos Indígenas sobre sus recursos naturales, los cuales son imprescindibles para su supervivencia y su desarrollo económico, social y cultural. En este fallo, se reconoce la vigencia y validez del derecho propio indígena, al reconocer el uso inmemorial del agua por parte de la comunidad indígena, aunque dicho uso, haya sido suspendido como consecuencia de la inscripción de derechos por parte de terceros. De esta manera, el fallo otorga plena validez a las formas de ocupación y uso de recursos naturales de los pueblos indígenas, dando con esto, una señal de pluralismo jurídico, al dar eficacia a las normas del derecho propio indígena.

¹⁰³ Extracto del considerando segundo de la Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 22 de marzo de 2004.

¹⁰⁴ Yáñez Fuenzalida, Nancy. Reconocimiento del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas indígenas en Chile: Avance a partir del caso Toconce. WALIR. Observatorio de los pueblos indígenas. 2005.

Este reconocimiento del derecho de Propiedad Ancestral, sienta jurisprudencia en nuestros tribunales de justicia, de modo que, servirá de base para futuras reclamaciones basadas en los mismos hechos, como es el caso del reciente fallo en el Caso Chusmiza.

- **El sistema de Turnos y la Asociación de Regantes.**

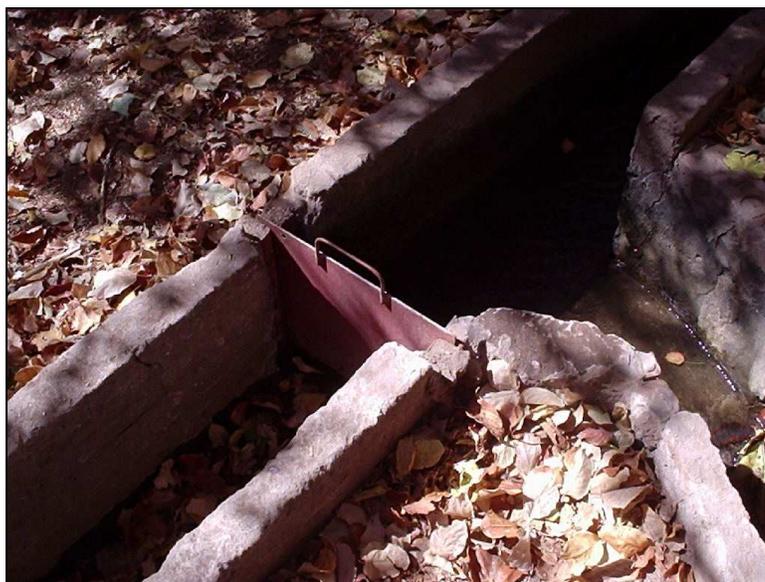
En el viaje realizado en el mes de mayo de 2005 a San Pedro de Atacama, conocimos a doña Mercedes Paniagua, quien en ese momento, era la Presidenta de la Asociación del Valle de la Luna. Fue ella, quien en una extensa entrevista, explicó como funcionan los derechos de aprovechamiento de aguas en la zona, tema sumamente importante para la comunidad atacameña debido a la escasez natural del recurso y al excesivo consumo de ésta por parte de las empresas mineras. Esta Asociación constituye un claro ejemplo de la vigencia del derecho propio en la zona, específicamente el derecho a la libre determinación, pues permite que la Comunidad disponga libremente de sus recursos naturales, en este caso del agua, y lo administre según sus propias normas de derecho propio. También es un ejemplo de propiedad colectiva, pues el agua que se administra, no es propiedad de un comunero en particular, sino de la Asociación, de tal forma que se mantienen las mismas formas de organización social y de propiedad que tenían los likan antay desde el comienzo de su historia.

La Asociación de Regantes es una asociación de comunidades indígenas formada por 17 grupos de riego, cuyo trabajo, según Paniagua, “viene de muchos años, nosotros sólo lo hemos continuado, desde el tiempo de los abuelo ellos fueron quienes organizaron por canales, cuando era menos tierra.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Extracto de la entrevista realizada a Mercedes Paniagua, Presidenta de la Asociación del Valle de la Luna, agosto 2005.

Los pueblos indígenas sólo tienen el dominio sobre sus tierras y no sobre las aguas para riego las que son de propiedad de la correspondiente Asociación de Regantes, siendo éste un importante caso de propiedad colectiva. El agua para regadío proviene del río San Pedro y se va dividiendo por sector, abarcando cada comunidad. Según la cantidad de metros cuadrados de tierra que se posean, será la cantidad de agua que le corresponda a cada comunero. Paniagua nos ilustra con un ejemplo: “A un terreno de 0.36 hectáreas, le corresponden 20 minutos de agua. Hay gente que no tiene nada sembrado e igual le dan su agua, porque se paga”¹⁰⁶. En cuanto al pago, cada comunero debe hacerlo a su respectivo grupo de riego que maneja cada comunidad. Con dicho dinero se paga a un celador, quien es el encargado de ordenar los calendarios de agua, es decir, distribuirla.

Fig. 2: Sistema de turnos. Toconao.



Fotografía tomada en Valle de Jere, al interior de la Comunidad de Toconao. Mayo de 2005.

Las aguas de regadío se utilizan mayoritariamente en las siembras de alfalfa, maíz y trigo, siendo escasa la producción de verduras debido a la falta del recurso, derivado principalmente a las empresas mineras y a la proliferación de la industria hotelera.

¹⁰⁶ Ob. Cit Nota 98

Finalmente, en el caso de que el agua no sea utilizada por algún comunero, opera una especie de prescripción, según la cual aquel que dejó de utilizar el agua que le corresponden por más de 5 años y no pagó durante ese tiempo, pierde su derecho.

B.3 Administración propia. Derecho de libre determinación.

En el mes de mayo del año 2005, viajamos a San Pedro de Atacama con el objeto de conocer la organización actual que mantiene el pueblo atacameño. Nos encontramos en San Pedro con una comuna dedicada mayoritariamente al turismo, pero lamentablemente a cargo de extranjeros o de chilenos provenientes de otras zonas del país, limitándose los habitantes de San Pedro a mantener pequeños negocios, dejando los grandes hoteles, residenciales, restaurantes, y agencias de turismo en manos no indígenas, a pesar de la gran densidad del pueblo atacameño en la zona.

Pese a este panorama, persiste la organización de los pueblos atacameños a través de sus diferentes ayllus adecuado a los mecanismos de organización que determina el Estado a través de la Ley Indígena. El liderazgo lo ejercen las directivas y las comunidades que gozan de personalidad jurídica propia reconocida por el Estado, siendo su presidente el representante legal de la comunidad y quien, junto a su directiva, se encargan de representar a sus comunidades en la lucha por el reconocimiento de sus derechos por parte del gobierno regional. Otro organismo importante es el Consejo de Pueblos Atacameños o Lickanantay, formado en el año 1999 por las Comunidades de Atacama la Grande y Alto el Loa. Son en total 22 comunidades las que integran este Consejo, que constituye la estructura máxima de representación de las organizaciones atacameñas.

Así organizados, las comunidades luchan contra el gobierno regional para reivindicar sus derechos ancestrales al territorio, al agua y a sus prácticas culturales

que se han ido perdiendo a lo largo de los años. También demandan mejores oportunidades laborales y educación de calidad para sus hijos.

- **Asociación del Valle de la Luna.**

La Asociación se formó en el año 2004, comenzando a funcionar su primer directorio en el mes de abril del año 2005, luego de un largo proceso de organización de las comunidades iniciado en el año 2001. En un primer momento, nació como parte de la necesidad de organizarse por parte de las comunidades debido al incremento irracional del turismo y el nulo control que existía por parte de las autoridades locales, con el resguardo del Valle de la Luna, situación que quedó de manifiesto cuando en ese año, uno de los monumentos más importantes al interior del Valle, como los son “Las Tres Marías”, había sido dañado. Se conversó con la CONAF, que estaban a cargo del Valle, quienes se mostraron dispuestos y colaboraron con la puesta en marcha del proyecto de la Asociación. Durante 3 años mantuvieron las conversaciones, hasta que en el año 2004 decidieron comenzar con una marcha blanca y con un Directorio provisorio, tomando en ese momento el control del Valle de la Luna, lo que significaba que las comunidades, organizadas en torno a la Asociación, estarían a cargo de su mantenimiento y conservación.

Se creó un Reglamento Interno y lograron el reconocimiento como personalidad jurídica avalada por la CONADI, con lo cual comenzaron a trabajar en el Valle con personal proveniente de las propias comunidades y cobrando por el acceso, con el cual podían financiarse para el mantenimiento del lugar. Esto fue aceptado por gran cantidad de operadores turísticos de la zona, siendo muy pocos los que rechazaron la idea, quienes al final debieron aceptarla. Así comenzaron a llegar los recursos, y a ordenar la administración, formando el Directorio definitivo en abril del año 2005.

El Directorio de la Asociación del Valle de la Luna está formado por su Presidente, un Vicepresidente, un Tesorero y dos Directores, quienes son escogidos en una Asamblea a la que asisten los presidentes de las respectivas comunidades. El Presidente de la Asociación para optar al cargo, debe ser a su vez presidente de su comunidad, como en el caso de la señora Mercedes Paniagua, quien en el año 2005, era presidenta de su comunidad en Sequitor.

Es en esta organización donde podemos ver una gran autonomía de las comunidades atacameñas y una forma de gestión independiente del gobierno central, debido a que los organismos públicos como la CONADI y la CONAF, sólo son entes de apoyo, no pudiendo fiscalizar ni intervenir en las decisiones de la Asociación, siendo ésta completamente autónoma en su funcionamiento. Un ejemplo de esta situación, es que sólo en caso de ser solicitado por los miembros del Directorio, la CONADI puede actuar como mediador en la solución de un conflicto generado en el interior de la Asociación.

Como se mencionó en un comienzo, esta Asociación se formó con el objetivo de regular el turismo en el sector del Valle de la Luna, lugar que estaba siendo profundamente perjudicado por la falta de control de los turistas que lo visitaban. La Asociación se encargó de cobrar por el acceso, de regular estos mismos, contrató guardias en ambas entradas y personal que se encarga de mantener lo más limpio y ordenado posible. Se construyeron casetas en los accesos del Valle, con el objeto de contar con un lugar para la orientación del turista, y servicios básicos. Pero pronto, las comunidades se dieron cuenta de que habían logrado muchos avances y que podían utilizar esta organización también para otros fines en pro de afianzar su cohesión social.

En la actualidad esta Asociación no sólo tiene a cargo la administración del Valle, sino además diferentes proyectos que surjan que contribuyan al desarrollo de la comunidad. Durante la entrevista, la señora Mercedes Paniagua, comenta que su Asociación se preocupa de todos los temas que puedan afectar a sus comunidades. Es

así como luchan por evitar la construcción de nuevos hoteles en la zona y el desmesurado crecimiento del turismo, pues al ocupar vastos terrenos, se afecta principalmente a la agricultura y la ganadería, fuente principal de ingresos para los atacameños (recordemos que los grandes operadores turísticos no emplean entre sus filas a gente de la zona, sino principalmente extranjeros o afuerinos). También apoyan a cada comunidad en la presentación de proyectos nuevos que postulan a diversos fondos de desarrollo, siendo el más conocido el de la Minera Escondida, quienes anualmente financian los proyectos presentados por diferentes comunidades para contribuir con el desarrollo de la región. La Fundación Minera Escondida, a través de un fondo concursable, coordinados con la Oficina de Asuntos Indígenas que la Fundación mantiene en San Pedro de Atacama, apoya proyectos que se desarrollan en forma asociativa con las comunidades atacameñas. El monto del aporte puede ir desde 5 millones a 15 millones de pesos, dependiendo de si se han ejecutado o no antes, proyectos por este fondo.¹⁰⁷

- **La comunidad de Séquitor.**

Como lo señalé en un principio, durante la entrevista realizada a Mercedes Paniagua en San Pedro de Atacama, señaló ser miembro de la Comunidad de Séquitor y su Presidenta, razón por la cual, creo importante referirme brevemente a algunos temas tratados en ésta con el objeto de conocer también parte de la cultura de este ayllu, debido a que es un caso en que la comunidad de Séquitor, lucha por mantener vigente su derecho propio, a través de sus organizaciones políticas y del rescate de su cultura.

La comunidad está formada por alrededor de 65 personas, y comenzó a funcionar como organización en el año 1999, debido a la necesidad de trabajar como un ente organizado para solucionar diversas inquietudes de los habitantes de Séquitor y que

¹⁰⁷ Bases de Postulación Fondo Concursable Fundación Minera Escondida. Año 2009. En <http://postulacion.fme.cl/bases-2009.pdf> [Consulta: 25 de octubre de 2009]

individualmente no lograban obtener. Con la creación de la comunidad, encabezada por un Directorio elegido por una Asamblea General, pudieron acceder a diversos beneficios otorgados tanto por el gobierno regional como por la empresa privada, especialmente de la Fundación Minera Escondida a través de su programa de fondos concursables.

Entre los desafíos más importantes que enfrenta la Comunidad de Séquitur, está recuperar las costumbres del pueblo atacameño, como el enfloramiento de ganados, la limpia de canales y las fiestas religiosas, y que se han ido perdiendo debido a la alta migración de personas, especialmente jóvenes, hacia las ciudades, como Calama. También buscan lograr avances en temas como el desempleo y la educación en la comuna y principalmente, continuar la lucha contra la industria hotelera y la gran minería quienes utilizan gran cantidad de la escasa agua existente en el lugar en desmedro de la Comunidad. En conclusión, lo que espera la Comunidad de Séquitur, es mantener vigente su sistema de normas, su cultura y erradicar los problemas típicos de la sociedad actual como el desempleo y la falta de educación.

B.4 Caso Géiser del Tatio.

Los Géiseres del Tatio se encuentran situados a más de 4.000 metros de altura en plena Cordillera de Los Andes y constituyen uno de los principales destinos turísticos de nuestro país, siendo además, el campo geotérmico más alto del mundo, siendo declarada “Zona de Interés Turístico”, mediante Resolución N° 775 del 1º de agosto de 2002 por el Servicio Nacional de Turismo. Su administración fue otorgada mediante concesión del Estado por 5 años a las Comunidades de Toconce y Caspana.

Este caso representa un retroceso en la vigencia y en el respeto del derecho propio del pueblo atacameño, debido a que el gobierno otorgó concesiones de exploración

geotérmica de los Géiseres del Tatio, ubicados en territorios ancestrales de propiedad de los pueblos indígenas.

El 3 de julio de 2008, la Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta aprobó el Estudio de Impacto Ambiental de la iniciativa de exploración geotérmica de los Géiseres denominada “Perforación Geotérmica Profunda El Tatio Fase 1”, presentada por la Empresa Geotérmica del Norte S.A., consorcio integrado por la Corporación del Cobre (CODELCO), la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y la empresa Italiana ENEL (una de las mayores accionistas de ENDESA España).

La Empresa Geotérmica del Norte S.A. tiene proyectado realizar perforaciones geotérmicas profundas en el sector del ex campamento CORFO ubicado al sur de los géiseres del Tatio, con el objetivo de verificar la factibilidad técnica y económica de generar energía eléctrica a partir de los recursos geotérmicos existentes. El terreno donde se situarán dichas obras pertenece al Ministerio de Bienes Nacionales y es parte del área concesionada a Geotérmica para la explotación de recursos geotérmicos.

A continuación explicaré las razones esgrimidas por esta transnacional para llevar a cabo este proyecto en la zona, las cuales han sido obtenidas a través de el Estudio de Impacto Ambiental presentado por esta empresa, para finalizar con la posición que ha adoptado la Comunidad Atacameña en general, tanto indígenas como no, y en especial las de San Pedro y Toconce en relación a la realización de este proyecto en la zona.

Proyecto de Perforación Geotérmica Profunda El Tatio Fase 1:

En el Estudio de Impacto Ambiental realizado por Geotérmica del Norte S.A., específicamente en su Capítulo I, se describe en extenso el proyecto sometido a aprobación. El objetivo de éste es realizar perforaciones geotérmicas profundas en el sector del ex campamento CORFO ubicado al sur de géiseres de El Tatio, para verificar la factibilidad técnica y económica de generar energía eléctrica. Con una inversión estimada de US\$ 20.000.000 y período de ejecución de 14 meses en la

primera fase, correspondiente a la duración de las perforaciones y sus trabajos de cierre.

El proyecto contempla principalmente la perforación de cuatro pozos a una profundidad de 2.000 a 2.500 metros cada uno, los cuales una vez perforados, serán probados para evaluar su potencial geotérmico. *“Los fluidos geotérmicos alumbrados durante dichas pruebas, serán reinyectados al reservorio geotérmico en algunos de los pozos de CORFO, que actualmente existen en el área y que serán evaluados previamente para tal propósito”*¹⁰⁸

Se establece que los estudios que se realizarán durante las pruebas de pozos serán esenciales para definir la capacidad actual de generación de electricidad de esta reserva geotérmica.

Las razones que justifican este proyecto se basan en que en la actualidad Chile se encuentra en una situación vulnerable respecto de la disponibilidad y seguridad energética, debido a que importa alrededor de las tres cuartas partes de la energía que consume, lo que ha llevado al gobierno a buscar nuevas fuentes alternativas de energía disponibles al mediano plazo, proponiendo que al año 2010, el 15% de la energía eléctrica provenga de Energías Renovables no Convencionales, dentro de las cuales se encuentra la energía geotérmica.¹⁰⁹ Por otra parte, Geotérmica del Norte S.A., posee actualmente la concesión de explotación de energía del área “El Tatio”, posibilitando así el uso sustentable de los recursos geotérmicos que allí se encuentran. Se ha señalado también que la expansión geotérmica tiene por objeto proveer de energía a la industria minera la que enfrenta esta crisis energética debido a su crecimiento desmedido.

¹⁰⁸ Capítulo I Descripción del Proyecto, Estudio de Impacto Ambiental El Tatio , 2007, Pág.5.

¹⁰⁹ Dato aportado en el Cap. I

En el Capítulo II de este Estudio, referido específicamente al “Plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable”, se abarca la sujeción legal a diversas normas relacionadas con el proyecto, como la Ley N° 19.253 y la Resolución N° 775/2002. En cuanto a la primera, esto es, a la Ley Indígena, se establece que el lugar donde se llevará a cabo este plan pertenece al Ministerio de Bienes Nacionales, no encontrándose en ninguna de las categorías establecidas en esta ley como Territorios Indígenas, reconociendo, sin embargo, la existencia de reclamaciones por parte de las comunidades indígenas, quienes han demandado históricamente por el reconocimiento de su propiedad ancestral sobre estos territorios, específicamente las comunidades indígenas de Caspana, Toconce, Machuca y Río Grande.

En cuanto a la Resolución N° 775/2002 que declara Zona de Interés Turístico Nacional a los Géiseres del Tatio, el artículo 11 del DL 1224 de 1975, que Crea el Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR), establece que las áreas del territorio que sean declaradas Zonas o Centros de Interés Turístico Nacional, desde la fecha de la publicación de la resolución, todas las actividades que se desarrollen en éstas y que afecten de alguna forma su conservación, urbanización, servicios e instalaciones necesarias para su aprovechamiento turístico deben ajustarse al plan de ordenamiento elaborado por el SERNATUR, en coordinación con los organismos y servicios públicos competentes. Al emplazarse el proyecto en una Zona de Interés Turístico, que no cuenta con un Plan de Ordenamiento Territorial, las obras a realizar, según el Estudio: *“no atentan contra el objeto de protección de dicha zona, dado que las obras no obstaculizan el destino ni la realización de actividades de dicha naturaleza, como tampoco el valor arqueológico, ecológico y paisajístico”*¹¹⁰.

Relacionado con lo anterior, en su Capítulo 3 se aborda la necesidad del proyecto de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), según lo establece la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. En su artículo 10 letra p, se señala que deberán someterse al Sistema de evaluación de impacto ambiental la *“Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales,*

¹¹⁰ Capítulo II Plan de Cumplimiento de la Legislación Ambiental Aplicable, Pág. 19

*monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*¹¹¹. Es por este motivo que el proyecto presentado por Geotérmica del Norte S.A. debe ingresar al SEIA por cuanto las zonas de interés turístico son consideradas áreas colocadas bajo protección ambiental por parte de CONAMA, organismo que administra el SEIA; además de la correspondiente realización de un Estudio de Impacto Ambiental de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 11 de la ley referida.

En el Capítulo 5 de este Estudio se refiere específicamente a la “Evaluación de impacto ambiental”, capítulo que aborda, evidentemente desde la perspectiva de la empresa, el impacto que generará el proyecto a evaluar en sus diferentes etapas y en diversos medios, como por ejemplo, en la calidad del aire, en las emisiones de ruido, en los suelos, entre otros. Debido a lo extenso del informe, me centraré solamente en el impacto que generaría dicho proyecto en la hidrología del lugar, debido también a que este es el tema que mayormente preocupa a las comunidades atacameñas por la escasez del recurso en la zona.

El Informe confeccionado por la Geotérmica para clasificar el Impacto Ambiental, divide las etapas del proyecto en 3: Construcción, Operación y Cierre, estableciendo ocho criterios de clasificación del Impacto, siendo los más importantes:

- La Naturaleza del Impacto, que puede ser: positivo, negativo o neutro.
- Magnitud: Baja, Media, Alta.
- Y estableciendo una tabla de Jerarquización del Impacto Ambiental que dispone los siguientes valores:
 - 2 a 5: se considera un impacto bajo.
 - 6 a 9: Impacto medio.
 - 10 a 15: Impacto alto.

¹¹¹ Artículo 10 letra p, Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente.

En la primera etapa, la de construcción, el impacto ambiental en la disminución de los caudales, se explica porque la perforación de pozos requiere un suministro de agua para la preparación de fluidos de perforación, estimando como cantidad necesaria para un mes de trabajo 3000 m³, lo que equivale a un caudal continuo de aproximadamente 3,5 litros por segundo. El Estudio concluye con una ponderación final de -5, lo que significa un “Impacto Negativo Bajo”. No reconociendo en esta etapa ningún Impacto negativo Alto que pueda generar el proyecto.

En la segunda etapa, la de operación, no se reconoce Impacto Negativo Alto ni Medio, sólo Bajo. Como por ejemplo para ilustrar los parámetros que ocupa este Estudio, al referirse al impacto que tendría en el medio biótico, específicamente referido a la fauna del lugar, se concluye que la alteración que provocaría la realización del proyecto en el hábitat y en el comportamiento de las especies que habitan la zona, sin olvidar que en dicho lugar habita la vizcacha, especie en peligro de extinción, la ponderación final del impacto sería de un -5, es decir, bajo, situación que repite al referirse a la alteración del paisaje, que también pondera con un -5, siendo que reconoce expresamente que: *“La presencia del proyecto, significa la modificación de la actual lectura visual del paisaje”*¹¹². En cuanto al impacto en materia hidrológica, se reconoce un eventual cambio en el ciclo hidrológico local y en la calidad de las aguas, señalando expresamente que *“No obstante, las pruebas de pozos y la consecuente reinyección, pueden eventualmente inducir cambios leves en el ciclo hidrológico local y también cambios en la calidad de las aguas subterráneas producto de las diferentes concentraciones de distintas sustancias entre dichas aguas y el fluido geotérmico”*¹¹³. Pero debido a la naturaleza temporal de las obras, estimadas como ya dijimos en 14 meses, la ponderación final del impacto es de -5, es decir, impacto bajo.

En cuanto a la etapa de cierre sólo se reconocen impactos negativos bajos en medios físicos como la calidad de aire, medios bióticos como la flora y fauna, sin existir un impacto en la calidad y cantidad de los caudales.

¹¹² Capítulo 5 Evaluación de Impacto Ambiental, Pág. 22.

¹¹³ Ob. Cit. Nota 48, Pág. 22.

Para concluir este análisis desde el punto de vista de la Empresa Geotérmica, en el Capítulo 6 de su estudio denominado “Medidas de mitigación, reparación y compensación”, cumple con lo dispuesto en el Artículo 12 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en cuanto, cuando corresponda, el Estudio de Impacto Ambiental deberá considerar un Plan que describa las medidas que se adoptarán para hacerse cargo de los efectos que puede generar el proyecto. A continuación enumeraremos algunas que buscan satisfacer algunas inquietudes de los pueblos atacameños de la zona:

- Generación de empleo local. Se recomendará a los contratistas considerar el máximo posible de mano de obra local.
- Comunicaciones durante el proyecto. Mantener los canales de comunicación abiertos en todo momento con las comunidades con el objeto de solucionar cualquier conflicto que pueda suscitarse. Concretamente, Geotérmica del Norte S.A. se compromete a efectuar reuniones informativas trimestrales en Calama y San Pedro con el fin de exponer los avances del proyecto.
- Monitoreo de variables ambientales relevantes. Se adoptarán como medidas preventivas el monitoreo constante de las concentraciones de H₂S con el objetivo de evitar cualquier riesgo en la salud de sus trabajadores.
- Educación ambiental. La Empresa manifiesta su disposición de trabajar en conjunto con los grupos de interés, en iniciativas compatibles de protección ambiental que puedan llevarse a cabo.
- Programa de ordenación del área de reinyección. Debido a que la construcción de caminos de acceso y de las plataformas de perforación significarán la remoción de la vegetación del lugar, lo que provocará un bajo impacto según las mediciones de impacto contenidas en el capítulo 5 del Estudio; Geotérmica se compromete a elaborar un Plan de Ordenación para el área de reinyección.
- Participación en el plan de manejo turístico de campo de Géiseres de El Tatio. Con el objeto de optimizar su uso turístico, la Empresa se compromete a concurrir en el financiamiento de los estudios que sean necesarios para la

elaboración de un Plan de Manejo Turístico en coordinación con los servicios públicos, las comunidades indígenas y otros interesados.

La reacción del Pueblo Atacameño

Los Géiseres de El Tatio han sido reclamados como territorio ancestral por las comunidades indígenas de Caspana y Toconce. Estos pueblos temen que el proyecto presentado por Geotérmica del Norte S.A. afecte manantiales, vegas, bofedales y napas, por la extracción de las aguas subterráneas. Temen también que tanto la flora como la fauna sea contaminada por los residuos que genere la explotación geotérmica. *“Intervenir los géiseres de El Tatio es un atentado al agua y a la vida en Atacama y El Loa, que actualmente se secan por culpa de las mineras. Los géiseres de El Tatio nos pertenecen ancestralmente. Son utilizados como zona de pastoreo. Hay napas y bofedales donde los pastores llevan a sus animales por generaciones”*¹¹⁴.

Dirigentes indígenas señalan que la Empresa Geotérmica del Norte no ha tomado realmente en cuenta los derechos ambientales y culturales de sus pueblos y de la población local, manifestando una clara política pro empresarial. *“Intervenir El Tatio atenta contra la vida que practicamos los lickan antay en los oasis del desierto de Atacama. Han depredado los recursos hídricos, secando humedales y acuíferos altiplánicos. Empresarios informados de las falencias de la legislación minera y medioambiental, mediante un simple pedimento de exploración y pagando una patente, se adueñan del agua”*¹¹⁵.

Entre el 11 y el 13 de enero del año 2008, la Comunidad atacameña se reunió en el Segundo Congreso Atacameño realizado en la Comunidad de Toconao. Como

¹¹⁴ Rosa Ramos Colque, dirigente del Consejo de Pueblos Atacameños citada por Arnaldo Pérez Guerra desde San Pedro de Atacama, publicado en “Punto Final” N° 659, 4 de abril de 2008.

¹¹⁵ Wilson Galleguillos, Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños, Op. Cit. Nota 13.

conclusión los dirigentes acordaron: *“Defender El Tatio, exigir la restitución de aguas, luchar por la prohibición de exploración y explotación de las aguas, y exigir la declaración de cuenca saturada”*. Además de *“buscar mecanismos para proteger las nacientes de aguas y que el Estado reconozca los territorios ancestrales, más de tres millones de hectáreas”*¹¹⁶

En igual sentido, el Movimiento por la Defensa del Agua y la vida en Atacama, a través de una Declaración Pública del 26 de enero de 2006, señala lo siguiente en relación al tema, en cuanto a la incompatibilidad de proyecto con los derechos reconocidos en la Ley Indígena y en otros cuerpos legales:

“1. Los campos geotérmicos solicitados: El Tatio, Cerro La Torta y Apacheta se encuentran dentro del área de demanda territorial ancestral de las comunidades indígenas Lickan Antai de Caspana, Toconce, Machuca y Río Grande.

2. El Estado de Chile estableció la transferencia del área de El Tatio a las comunidades indígenas de Caspana y Toconce, mediante la concesión establecida en el proyecto “Puesta en valor de los Geysers de El Tatio”, concretando el derecho de propiedad ancestral indígena y la protección que establece la Ley Indígena N°19.253 en el artículo 1° inciso 3°.

3. El área solicitada para exploración y explotación geotérmica está dentro del ‘Área de Desarrollo Indígena Atacama La Grande’ establecida en la comuna de San Pedro de Atacama por Decreto Supremo N°70 de MIDEPLAN (10 de marzo de 1997).

*4. El Estado de Chile, a través de las mencionadas empresas estatales, ha transgredido el Tratado de Río Janeiro suscrito el año 1992, que en su artículo N° 22 sostiene que ‘Cada proyecto o actividad debe ser consultado a la comunidad o propietarios de las tierras afectadas, ya que ellos conocen su territorio’. Las empresas responsables del proyecto, Codelco, Enap y Enel, han negado información completa, clara y oportuna del proyecto y sus alcances al pueblo Lickan Antai”*¹¹⁷

¹¹⁶ Op. Cit. Nota 13

¹¹⁷ Declaración Pública del Movimiento por la Defensa del Agua y la Vida en Atacama, 26 de enero de 2006, publicada en <http://www.nuestrosparques.cl>, 3 de febrero de 2006.

En su declaración también aborda el tema desde la perspectiva medio ambiental y turística apelando a la declaración de Zona de Interés Turístico Nacional en julio del año 2002 de El Tatio por el valor arquitectónico, ecológico y paisajístico que requiere ser preservado. A que en Chile no existen estudios ambientales, hídricos o geológicos que expliquen el funcionamiento de los campos geotérmicos de El Tatio, por lo que la explotación geotérmica “pone en riesgo las reservas de aguas subterráneas que alimentan vegas, ríos y bofedales de las cuencas”¹¹⁸. Finalizando con la siguiente petición al Gobierno de Chile:

“El Estado de Chile debe velar por el cuidado de la biodiversidad y el patrimonio cultural, garantizando la preservación de los recursos naturales e hídricos en el desierto más árido del mundo, y no priorizar los intereses comerciales de las empresas públicas y sus socios transnacionales. Los valores culturales, ecológicos y paisajísticos de los campos geotérmicos, así como la preservación de los Geysers y los derechos adquiridos por las comunidades indígenas no podrán ser alterados ni general ni parcialmente, por lo tanto la autoridad deberá disponer el retiro inmediato de los implementos llevados al área por las empresas Enap, Codelco y Enel, y suspender de inmediato cualquier actividad preliminar”¹¹⁹.

Finalmente la Comunidad de Toconce ha mantenido reuniones con la Geotérmica del Norte S.A. con el objeto de conocer a profundidad el proyecto y exigir los estudios ambientales realizados. Esta Comunidad aunque en un principio se opuso al proyecto, finalmente lo aceptó.

Podemos concluir entonces que, a pesar de la oposición de las Comunidades y Asociaciones Atacameñas y de las organizaciones civiles de San Pedro, con la aprobación de la CONAMA de Antofagasta, el apoyo del Gobierno Chileno, el consentimiento de la Comunidad de Caspana y de la Comunidad de Toconce, ambos

¹¹⁸ Ob. Cit. Nota 16

¹¹⁹ Ob. Cit. Nota 16

administradores de los Géiseres, la explotación de los Géiseres de El Tatio se llevó a cabo, con negativas consecuencias para el medio ambiente, como quedó demostrado en septiembre de este año, cuando fue descubierta una fuga de vapor de 100 metros que no pudo ser controlada por la Empresa. El 1º de octubre del presente año, la COREMA de Antofagasta resolvió paralizar indefinidamente el proyecto, medida que fue celebrada por el Consejo de Pueblos Atacameños. Es de esperar que esta vez el gobierno, tome conciencia del daño ambiental que pudo o que efectivamente se provocó en los Géiseres y proteja este patrimonio no permitiendo que continúen las faenas de explotación¹²⁰.

¹²⁰ Corema paralizó proyecto geotérmico en Géiseres de El Tatio. Cooperativa.cl. <http://www.cooperativa.cl/prontus_nots/site/artic/20091001/pags/20091001160232.html> [Consulta: 25 octubre 2009]

CONCLUSION

El objetivo de esta memoria ha sido analizar la vigencia del Derecho Propio Indígena en la sociedad actual, mostrando algunos estudios de casos que evidencian la vigencia de estas normas para regular el uso y aprovechamiento del agua y otros recursos naturales, la estructura organizacional de las comunidades indígenas y el derecho de propiedad ancestral sobre los territorios y las aguas. He constatado a través de esta memoria que los Pueblos demandan el reconocimiento de un Derecho Propio para regular sus relaciones sociales, organizaciones políticas y su derecho ancestral al territorio y los recursos naturales. Un Derecho que no puede ser considerado como Derecho Consuetudinario o como normas dispersas que se limitan a definir usos y costumbres, sino un Derecho que cobra vigencia normativa en iguales términos que el derecho positivo. He podido constatar, además, a través de la jurisprudencia nacional (caso Toconce) y la jurisprudencia que emana del Sistema Interamericano de Derechos Humanos la coexistencia de ambos ordenamientos jurídicos (estatal e indígena) lo que constituye los cimientos del pluralismo jurídico.

En cuanto al análisis de los diferentes instrumentos internacionales, he podido concluir que los Pueblos Indígenas cuentan con herramientas para la protección de su derecho propio en el ámbito internacional, lo que comprueba a través de los casos expuestos ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, en el ámbito del Derecho comparado, encontramos un reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en todas las legislaciones analizadas, lo cual significa un gran avance en materia de reconocimiento del derecho propio. Estos sistemas jurídicos, han contribuido a la vigencia del derecho propio indígena en sus respectivos Estados, siendo los ejemplos más destacados, los casos de Bolivia, con su nueva Constitución y las leyes dictadas, principalmente en el gobierno de Evo Morales. También en Ecuador, con el actual Presidente Rafael Correa.

Es tal vez nuestro país, el que se encuentra más atrasado en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas. Pues acá, aun no existe reconocimiento constitucional y las leyes dictadas a favor de estos pueblos se limitan básicamente a la Ley N° 19.253 o Ley Indígena, y algunas disposiciones contenidas en la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. No ha sido prioridad para el legislador abordar este tema, pues existe la errónea convicción de que un reconocimiento constitucional atenta contra la idea de Estado unitario que se consagra actualmente en nuestra Constitución. En el mismo sentido, nuestras autoridades pretenden que los Pueblos Indígenas se asimilen a la sociedad chilena, dejando de lado su derecho, manteniendo vigente sólo los usos, costumbres y tradiciones que se muestran en una feria costumbrista o en un evento cultural, creyendo que estos pueblos originarios no tienen un sistema normativo propio mediante el cual se organizan políticamente, y administran su propiedad ancestral y sus recursos naturales.

El Estado de Chile minimiza la importancia de la cultura indígena para nuestro país. Se olvida de nuestros orígenes y trata al Pueblo Indígena como un pueblo sin derecho propio, que debe adaptarse incondicionalmente al ordenamiento jurídico imperante. A diferencia de legislaciones como la boliviana, no reconoce la existencia de formas de administración propias, ni de propiedad ancestral de tierras y de aguas, por lo que, el Fallo de Toconce, analizado en el capítulo III, constituye un caso de extrema relevancia, pues son los Tribunales de Justicia, los que por primera vez, reconocen la validez del derecho propio indígena en nuestro país.

Del análisis efectuado en esta memoria, se puede concluir que no existe plena vigencia del derecho propio, tanto en el ámbito internacional, como en el interno.

En el ámbito internacional, si bien, encontramos diversos instrumentos internacionales, como el Convenio N° 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; el reconocimiento que existe del derecho propio en la jurisprudencia internacional, nos habla de un reconocimiento parcial, de ciertas

instituciones, como el derecho de propiedad ancestral sobre los territorios y las aguas, pero no podemos pretender que exista un reconocimiento a todo el derecho propio indígena. Lo mismo ocurre en el análisis de la legislación comparada. Si bien hay países latinoamericanos, como Bolivia y Ecuador, que se reconocen como un Estado plurinacional, este reconocimiento se circunscribe a los mismos temas, derechos de propiedad ancestral y a ciertas formas de organización política, pero en ningún caso, se acepta la existencia de un ordenamiento jurídico paralelo al ordenamiento estatal, ni autoridades políticas indígenas dotadas de imperio.

En el caso de Chile, específicamente, en el estudio realizado al Pueblo Atacameño, sucede lo mismo. Aunque el Estado no se reconozca como plurinacional, existen vestigios de reconocimiento del derecho propio indígena, los que se apoyan en las sentencias analizadas en los casos Toconce y Chusmiza. En el análisis realizado al Pueblo Atacameño, se pudo comprobar que, los atacameños se rigen mayoritariamente por el derecho positivo, y que sólo mantienen vigente el derecho propio en determinadas instituciones. Utilizan normas del derecho propio para nombrar a sus autoridades comunales, aquellas que los representan en la CONADI y en la Municipalidad. Lo utilizan también en la administración de sus recursos naturales, como lo vimos en la administración del Valle de La Luna. Finalmente, donde se puede apreciar una mayor vigencia de su derecho propio es en el derecho de propiedad de sus territorios y de sus derechos de agua. Es en este tema, donde el derecho propio se mantiene vigente, pues las comunidades indígenas han luchado por el reconocimiento de estos derechos ante los Tribunales de Justicia.

Es por esto, que el fallo de Toconce, ya mencionado, constituye un importante reconocimiento de esta propiedad ancestral, siendo la base para futuras reivindicaciones de tierras y derechos de agua usurpados por particulares a estos pueblos.

Al final de este trabajo, se puede concluir entonces, que no existe plena vigencia del Derecho Propio Indígena. Los Pueblos Indígenas en la actualidad, si bien, mantienen

vigentes ciertas costumbres ancestrales, se rigen en su mayoría, por las leyes estatales de los países que habitan. Sólo existen ciertas instituciones que mantienen vigentes, como por ejemplo, en el caso atacameño, sus sistemas de riego, el nombramiento de sus autoridades locales, la administración de los lugares arqueológicos, etc. El único derecho que se ha mantenido vigente, o que ha tratado de estarlo, es el derecho de propiedad ancestral. Los Pueblos Indígenas han buscado el reconocimiento a este derecho, que se ha visto numerosas veces vulnerado por particulares y por los Estados, a través de demandas interpuestas en Tribunales Internacionales y en Chile. De los fallos analizados, se ha podido constatar la tendencia a reconocer la propiedad ancestral por sobre inscripciones o derechos de terceros, lo que significa mantener su vigencia y el reconocimiento por parte del Estado.

En cuanto a nuestro país en particular, se encuentra muy atrasado en materia de reconocimiento del derecho propio indígena. Lo principal y básico es reformar la Constitución para consagrar el reconocimiento de los Pueblos Indígenas, y posteriormente legislar sobre la validez y vigencia de las normas sobre propiedad indígena, tanto de las tierras, como de los recursos naturales; sobre las normas de organización política y sobre las normas de administración de justicia indígena; para así saldar la deuda histórica que existe con estos pueblos y terminar con años de segregación y discriminación en contra de nuestros pueblos originarios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes Doctrinarias.

AYLWIN, JOSÉ. Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile. Documento de trabajo N° 3. En: [www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/02/dcto-trabajo-3-implementacion-de-legislacion.doc].

AYLWIN, JOSÉ. El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato: las paradojas de la democracia chilena, Observatorio Derechos de los Pueblos Indígenas, LOM Ediciones, 2007. José Aylwin, Editor.

ARAVENA, ANDREA. Derecho Consuetudinario y Costumbre Indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial. En: Actas del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Lega. Arica, Chile. 2000. Pág. 149.

BAZTÁN, ANGEL. Diccionario temático de antropología. Barcelona, Editorial Boixareu Universitaria, 1993. Pág. 250.

BENGOA, JOSÉ. La emergencia indígena en América Latina. Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 2000.

CASEN. Encuesta de caracterización socioeconómica nacional y población indígena. 2003. Noviembre de 2005. En: [<http://www.mideplan.cl/casen/pdf/casen2003poblacionindigena.pdf>].

CASTILLO, EDUARDO. Pueblos Indígenas, normas constitucionales y derecho internacional. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de derechos humanos y pueblos indígenas, Temuco, Chile, 1990.

CASTRO, MILKA. Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio. Organizado por Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y etnológicas, Marzo 2000. Arica, Chile, Compiladora.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DDHH. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, Washington, DC, 2000, 373 pp.

COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDIGENAS, Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, Santiago, Chile, 683 pp.

CUADRA, MANUEL. Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. En: Revista Estudios Lickanantay N° 19 – 2000, p. 95.

FUENTE FERNÁNDEZ, ROSA. Autonomía Indígena en Chiapas. Ed. Los libros de la Catarata. 2008. En: [<http://spazioinwind.libero.it/educazioneinchiapas/introducion.htm>]

GEOTERMICA DEL NORTE S.A. Estudio de Impacto Ambiental El Tatio, 2007.

GOMEZ, MAGDALENA. Derecho Indígena y Constitucionalidad. En Krotz, Esteban (Ed.) Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, México, Antropos – UAM, 2002

HERVE, DOMINIQUE. El derecho consuetudinario indígena: su reconocimiento por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno: el caso mapuche. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1994.

HISTORIA DE LA LEY: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario: Ley 19.253: protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997.

ITURRALDE, DIEGO. Reclamo y reconocimiento del Derecho Indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. Revista ILDH. Edición especial sobre Derecho Indígena, enero – junio 2005. San José, Costa Rica. En: [<http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>]

MARDONES BOBADILLA, CECILIA. Legislación indígena en Chile. Tesis (Licenciatura en Ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad Central, 1997. Pág. 188.

MARTÍNEZ COBO, José. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. En: ZAMUDIO, Teodora. Derecho de los Pueblos Indígenas. [<http://www.indigenas.bioetica.org/bases.htm>]

MONSALVE SUAREZ, SOFÍA. Derecho a la tierra y derechos humanos. El otro Derecho, N° 31-32, agosto, 2004, ILSA, Bogotá, Colombia. En: [www.ilsa.org.co]

QUIROGA, CARLOS ALBERTO. Corte boliviana suspende referendos de Constitución y autonomías. Agencia Reuters, 7 de marzo de 2008. En: [www.ltareuters.com]

SANCHEZ BOTERO, ESTHER. Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas. Ponencia presentada en el Congreso de Americanistas. Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. 1997.

SIERRA, MARÍA TERESA. Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas. En Revista Alteridades 7 (14): 131-143, 1997

STAVENGAHEN, RODOLFO. Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina. México, D.F, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988. 130 p

VACA, MERY. Bolivia promulga nueva Constitución. Publicado el 7 de febrero de 2009, BBC mundo.com, En: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america]

VALENZUELA FERNÁNDEZ, RODRIGO. Inequidad, ciudadanía y pueblos indígenas en Bolivia. Santiago, CEPAL, 2000. 46 pp

VILLARROEL SANDOVAL, CARLOS. La aplicación en Bolivia del Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT. Análisis interdisciplinario del Convenio de la OIT. IX Jornadas Lascasianas. Coordinador José Ordoñez Cifuentes, 2000, México.

YÁÑEZ FUENZALIDA, NANCY. Derechos Humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1990.

YÑEZ FUENZALIDA, NANCY; Investigación Evaluativo de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas, Informe Final, enero 2004, Pág. 44.

YÑEZ FUENZALIDA, NANCY. Reconocimiento del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas indígenas en Chile: Avance a partir del caso Toconce. WALIR. Observatorio de los pueblos indígenas. 2005. En: [www.observatorio.cl]

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. Hitos el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: Berraondo, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao. Universidad de Deusto. 2006. pp. 537-567.

2. Fuentes Legales.

- Tratados Internacionales.

Carta de las Naciones Unidas, 1945. En: [<http://www.un.org/es/>]

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. En: [<http://www.un.org/es/>]

Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, 1948. En: [<http://www.un.org/es/>]

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965. En: [<http://www.un.org/es/>]

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. En: [<http://www.un.org/es/>]

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. En: [<http://www.un.org/es/>]

Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. En: [<http://www.un.org/es/>]

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007. En: [<http://www.un.org/es/>]

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969. En: [<http://www.oas.org/es/>]

Convenio N° 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los países independientes, 1957. En: [<http://www.ilo.org>]

Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, 1989. En: [<http://www.ilo.org>]

- Legislación Comparada.

Constitución Política del Estado de Bolivia, octubre de 2008.
En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Código de Procedimiento Penal Boliviano, 1999.
En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1.700. Ley Forestal, Bolivia, 1966. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1257. Convenio con OIT, apruébese el suscrito sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Bolivia, 1991.
En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1.333. Sobre Protección y Conservación del Medio Ambiente, Bolivia, 1992. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1551. De la Participación Popular, Bolivia, 1994. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1715. Servicio Nacional de Reforma Agraria, Bolivia, 1996. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 2028. Ley de Municipalidades, Bolivia, 1998. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 1818. Ley del Defensor Público, Bolivia, 1999. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Ley N° 3058. De Hidrocarburos, Bolivia, 2005. En: [<http://www.vicepresidencia.gob.bo>]

Constitución Política del Estado de Colombia, 1991. En: [http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html]

Ley N° 21. Ratifica el Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Colombia, 1991. En: [http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html]

Decreto N° 1088. Regula la creación de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, Colombia. En: [http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html]

Constitución Política del Estado de Ecuador, 2008. En: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf]

Ley de Desarrollo Agrario, Ecuador, 2004. En: [<http://www.inda.gov.ec/DOCS/agrario.pdf>]

Constitución Política de los Estados Unidos de México, 1917. Última modificación 2004. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Constitución Política del Estado libre y soberano de Oaxaca, México, 1922. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Constitución Política del Estado de Chiapas, México, 1921. Última reforma 2009. Código Penal Federal, 1934. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley Agraria, México, 1992. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley General del Equilibrio Ecológico y la protección al ambiente, México, 1988. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley Forestal, México, 2003. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley de derechos de los Pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca, México, 2001. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas, México, 1999. En: [<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>]

Constitución Política de Perú, 1993.
En: [<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumeP.htm>]

Código del Medio Ambiente y los recursos naturales, Perú, 1990. En: [<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumeP.htm>]

Decreto Ley N° 22.175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo agrario de la Selva y de Ceja de Selva, Perú, 1978.
En: [<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumeP.htm>]

Ley N° 24.571, que reconoce a las rondas campesinas, pacíficas, democráticas y autónomas, Perú, 1987. En: [<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumeP.htm>]

- Legislación Nacional

Constitución Política del Estado, 1980. En: [www.bcn.cl]

Código de Procedimiento Penal, 1906. En: [www.bcn.cl]

Código de Aguas, 1981. En: [www.bcn.cl]

Código Procesal Penal. 2000. En: [www.bcn.cl]

Ley N° 3.220, 1917. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 4169, que crea Tribunal especial de división de comunidades, 1927. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 4.802, que crea los Juzgados de Indios, 1930.

En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 14.511. Establece los Juzgados de Letras de Indios que señala y fija normas sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas, 1961. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua, 1966. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 17.729, Establece normas sobre indígenas y tierras indígenas, 1972. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 19.253. Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Panificación y Cooperación, 1993. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 1994. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto con Fuerza de Ley N° 266, 1931. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto con Fuerza de Ley N° 56, 1953. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Supremo N° 4.111, Texto definitivo de la Ley sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas, 1931. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Supremo N° 392, que aprueba el Reglamento que regula la acreditación de la calidad de indígena, 1994. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Supremo N° 395, que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, 1994. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Supremo N° 396, que aprueba el Reglamento para la operación del Fondo de Desarrollo Indígena, 1994. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto N° 30, de la Secretaría General de Gobierno, que crea la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, 1990. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto N° 636, que crea la Comisión de Educación y Cultura Indígena, 1990. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto N° 150, que aprueba el Reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas, 1994. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Ley N° 2.568, sobre división de tierras mapuches, 1979.
En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto ley N° 2.750, 1979. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

Decreto Ley N° 2.885, Establece normas sobre el otorgamiento de títulos de dominio y administración de terrenos fiscales en la Isla de Pascua, 1979. En: [<http://www.leychile.cl/Consulta>]

3. Fuentes Jurisprudenciales.

- Jurisprudencia Internacional.

Informe N° 12/85, Caso N° 7615, Yanomami versus Brasil, dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de marzo de 1985. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984 – 1985.
En: [www.cidh.oas.org]

Comunicación N° 167/1984, Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon con Canadá, 10 de mayo de 1990. En: MONSALVE Suarez, Sofía. Derecho a la tierra y derechos humanos. El Otro Derecho N° 31-32, agosto 2004, ILSA, Bogotá Colombia.

Informe 90/99, Caso N° 11.713, Comunidades Indígenas Enxet – Lamexay y Kayleyphapopyet – Riachito, Paraguay, 1999. Acuerdo de Solución Amistosa, dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informes Aprobados año 1999.
En: [www.cidh.org]

Informe N° 75/02, Caso N° 11140, Dann versus Estados Unidos, dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27 de diciembre de 2002. Informes Aprobados año 2002. En: [www.cidh.org]

Informe N° 68/03, Caso N° 11.197, Comunidad San Vicente Los Cimientos, Guatemala, Acuerdo de Solución Amistosa, dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003. En: [www.cidh.org]

Informe N° 30/04, Petición N° 4617/02, Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras versus Chile, Acuerdo de Solución Amistosa dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004. En: [www.cidh.org]

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: [<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>]

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: [<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>]

- Jurisprudencia Nacional.

Sentencia de 9 de abril de 2008, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Iquique, Recurso N° 817/2006, Caso Comunidades Aymaras de Chusmiza y Usmagama con Empresa Embotelladora Agua Mineral Chusmiza.
En: [http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina=estados_causas.php]

Sentencia de 22 de marzo de 2004, dictada por la Exma. Corte Suprema de Santiago. Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa Sanitaria y de Servicios de Antofagasta, Essan S.A.

ANEXO 1. PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Mensaje de S. E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Reforma Constitucional para el Reconocimiento de los Pueblos Indígenas de Chile.

SANTIAGO, 23 de noviembre de 2007

M E N S A J E N° 1101-355/

A S.E. el Presidente del H. Senado.

Honorable Senado:

Dando cumplimiento al compromiso asumido por el Gobierno que presido y en uso de mis facultades constitucionales, someto a esa H. Corporación el siguiente proyecto de Reforma Constitucional, que reconoce a los pueblos indígenas de Chile.

ANTECEDENTES.

Durante mucho tiempo se ha debatido en el Congreso, y en nuestra sociedad, el reconocimiento en nuestra Carta Fundamental de los pueblos originarios de Chile. Por mucho más tiempo, ha sido una necesidad y una demanda de más de setecientos mil chilenos que desean verse aceptados y respetados por la norma fundamental de la República a la que pertenecen.

El reconocimiento constitucional ha sido uno de los compromisos fundamentales que adquirimos en el acuerdo de Nueva Imperial de 1989 y que hemos renovado año tras año. Hasta ahora no hemos tenido éxito. Hemos enviado numerosos proyectos de

reforma e indicaciones en este sentido, las que hasta ahora han sido rechazadas por quienes no aceptan la utilización del concepto "Pueblos Indígenas".

El Estado, a nuestro juicio, debe reconocer la existencia de los pueblos indígenas, negada por siglos, y comprometerse a promover su desarrollo y el respeto de sus tierras. Con ello, nadie pone en duda la unidad de la Nación chilena, de la cual los pueblos indígenas son parte constitutiva e indisoluble.

El reconocimiento constitucional es una aspiración que tiene más de 16 años de discusión en el Congreso. Es un anhelo del mundo indígena de verse reconocidos y protegidos jurídicamente por la máxima expresión de la normativa del Estado.

FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA.

Los fundamentos de esta propuesta son los siguientes:

1. Demanda de los pueblos indígenas.

En el pasado We Tripantu de 2006, o año nuevo indígena, se hizo un llamado a todas las organizaciones, dirigentes, comunidades, mujeres y hombres indígenas de este país para participar de un gran proceso de dialogo en torno a los intereses y propuestas de los Pueblos Originarios de Chile.

Este proceso se denominó Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, y participaron más de doscientas organizaciones indígenas pertenecientes a los nueve pueblos originarios de Chile. En sus conclusiones, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas fue uno de los temas exigidos, abarcando desde su inmediata exigencia hasta la necesidad de consensuar una indicación que contenga los elementos centrales requeridos para satisfacer los años de espera.

Del estudio de estas propuestas, así como de las discusiones legislativas efectuadas durante estos años, se concluye que el elemento común es la falta de acuerdos en torno a sus alcances, contenidos y texto. Esta ha sido una larga discusión,

con encuentros y desencuentros, marcada por las diferentes formulas jurídicas que permitieran llegar a un consenso político. Esto no ha sido posible en dieciséis años.

Todos los sectores políticos indígenas y no indígenas coincidimos en la necesidad del reconocimiento constitucional. En atención a ese compromiso compartido, nos parece necesario llegar al Bicentenario de nuestra república con esta meta cumplida. Por ello, confiamos en que la deliberación que se dé en el Congreso Nacional, con la participación de los pueblos indígenas y el concurso de los partidos políticos, derive en una pronta aprobación de este proyecto.

2. *Recomendaciones internacionales.*

De no menor importancia son cada una de las recomendaciones de los organismos internacionales frente a este tema.

Numerosas han sido las veces que autoridades han debido dar explicaciones a la comunidad internacional frente a esta omisión de nuestra Carta Fundamental. Nuestra constante búsqueda de homologación de estándares internacionales en el ámbito económico, tecnológico y productivo, no se condice con el retraso en el respeto y protección de las bases de nuestra sociedad.

El avance en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas a nivel mundial y especialmente latinoamericano, no ha significado, en caso alguno, el surgimiento de movimientos de secesión, lo que no hace más que reafirmar que las aprehensiones jurídicas y políticas sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos no tienen base real.

Por el contrario, el reconocimiento de las diversas culturas y sus derechos ha permitido su adecuada incorporación y participación en las instituciones públicas y gubernamentales, incluso las primeras magistraturas.

El avance mundial del reconocimiento de derechos ha dado una muestra más al ser recientemente aprobada la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de

los Pueblos Indígenas, cuyo texto es proclamado como el ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto común.

TEXTO PROPUESTO.

El texto que se presenta para la discusión de esta H. Corporación, reúne los principales elementos discutidos por las organizaciones, y los aportes que hace el derecho comparado.

1. Reconocimiento constitucionalmente del carácter multicultural de la nación chilena.

El reconocimiento de la diversidad de nuestro país debe comenzar con visibilizar todas nuestras diferencias culturales. Diferencias que comienzan con el pueblo al que pertenecemos y con la circunstancia de nuestra vida. El reconocimiento y respeto de nuestro origen, de nuestras culturas, de nuestras diferencias sociales, culturales y religiosas, no hace más que enriquecernos como sociedad.

Todos trabajamos por el mejor futuro de este país que nos cobija, todos buscamos su estabilidad política y prosperidad económica. Pero nuestro futuro y presente no puede olvidar su pasado, no podemos saber donde vamos sino sabemos de donde venimos. El camino trazado por esta República deberá llegar a sus doscientos años respetando y valorando a todos sus hijos e hijas sin distinción de razas y culturas.

De ahí que la reforma proponga, manteniendo la unidad de la nación, reconocer la diversidad cultural de ésta.

2. Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

En segundo lugar, la reforma reconoce a los pueblos indígenas.

Dicho reconocimiento, por un lado, constata su existencia de varios siglos. Eso ya lo hizo la Ley Indígena. Por el otro, los asume e integra en la nación chilena.

En relación al concepto de "pueblos indígenas", éste está definido en el Convenio 169 de la OIT, y ha sido extensamente aplicado e interpretado en el derecho comparado, quedando expresamente establecido que la utilización del término "pueblo" en materia indígena, no debe interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

A su vez el Tribunal Constitucional chileno, al rechazar el requerimiento constitucional contra el Convenio 169, sostuvo que los "pueblos indígenas" deben ser considerados 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 de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.

Es importante precisar, para identificar a los pueblos indígenas beneficiarios del reconocimiento, que este reconocimiento abarca a quienes forman parte del Estado de Chile y habitan el territorio nacional, no importando la época en que se hayan incorporado a la Nación. Así los pueblos indígenas del norte, pasan a ser parte del Estado chileno, después de la Guerra del Pacífico y el pueblo Rapa Nui en 1888. La Ley Indígena ha reconocido a los Pueblos Originarios que habitan Chile: el Pueblos Mapuche, Aymará, Rapa Nui, Atacameño o Likan Antay, Quechua, Colla, Kawashkar, Yámana o Yagán y Diaguitas.

3. Reconocimiento de Derechos.

El reconocimiento constitucional a los pueblos y comunidades indígenas debe implicar, como lógica consecuencia, el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

La protección constitucional a estos pilares permitirá a los hombres y mujeres que componen los pueblos indígenas de nuestro país, proteger, desarrollar y por sobre todo

exigir respeto y defensa, de sus cimientos culturales e instituciones que les hacen ser lo que son.

Este reconocimiento se hace a los pueblos, las comunidades y personas indígenas.

El derecho que se les reconoce implica tres acciones por parte del Estado: conservar, desarrollar y fortalecer. “Conservar” es mantener vivo y cuidar en el tiempo; “desarrollar” es hacer crecer, acrecentar; y “fortalecer”, es corroborar y confirmar.

Dichas acciones se extienden a cuatro factores. Desde luego, a su “identidad”, o sea, a aquellos rasgos propios que los caracterizan frente a los demás. Enseguida, a sus “idiomas”, es decir, a la lengua del pueblo. A continuación, se comprende su “institución”, esto es, sus organizaciones, religión, estructura social. Finalmente, abarca sus “tradiciones”, o sea, sus costumbres sociales y culturales.

4. Protección a las tierras indígenas y acceso a sus recursos.

Con la Ley Indígena de 1993, el Estado de Chile tomó la decisión de restituir las tierras y aguas que les fueron usurpadas a las personas y comunidades indígenas del país. A la fecha se les han traspasado más de 500 mil hectáreas de tierra y configurado un tipo de derecho de propiedad denominada “tierra indígena”, la cual posee elementos y características jurídicas propias.

Entre estas particularidades, está su régimen de protección. Así, de acuerdo a la actual Ley Indígena, la tierra indígena, por exigirlo el interés nacional, goza de protección legal y no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades y personas de un mismo pueblo. Igualmente las tierras indígenas de comunidades no pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Junto a lo anterior, y sin modificar el principio del dominio del Estado sobre los bienes nacionales y las riquezas del suelo y del subsuelo, es fundamental que la Constitución chilena vele por la protección de las tierras indígenas, en combinación con proyectos de inversión y el consiguiente desarrollo sostenible del país.

En tal sentido, este proyecto de reforma constitucional mandata a la ley para que establezca los medios para la protección de las tierras indígenas.

Sobre la base de los fundamentos señalados, someto a vuestra consideración el siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1) Agregase el siguiente inciso cuarto al Art. 3º:

“La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”.

2) Agrégase el siguiente nuevo inciso 10º al artículo 19 Nº 24, pasando el actual a ser 11º en el siguiente sentido:

“Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.”.

Dios guarde a V.E.,

MICHELLE BACHELET JERIA

Presidenta de la República

CLARISA HARDY RASKOVAN

Ministra de Planificación

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

Ministro

Secretario General de la Presidencia

ANEXO 2. EXTRACTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DE LA COMUNIDAD DE AWAS TINGNI.

Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001

En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (en adelante “la Comunidad”, “la Comunidad Mayagna”, “la Comunidad Awas Tingni” o “Awas Tingni”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces:

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez; Alirio Abreu Burelli, Juez; Sergio García Ramírez, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez, y Alejandro Montiel Argüello, Juez *ad hoc*; presentes, además, Manuel E. Ventura Robles, Secretario, y Pablo Saavedra Alessandri, Secretario adjunto, de conformidad con los artículos 29 y 55 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la siguiente Sentencia sobre el presente caso.

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 4 de junio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua (en adelante “el Estado” o “Nicaragua”) que se originó en la denuncia No. 11.577, recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de octubre de 1995.

2. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su

^{*} De conformidad con la Resolución de la Corte de 13 de marzo de 2001 sobre Disposiciones Transitorias al Reglamento de la Corte, la presente Sentencia sobre el fondo del caso se dicta en los términos del Reglamento adoptado en la Resolución de la Corte de 16 de septiembre de 1996.

consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

3. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado debe establecer un procedimiento jurídico que permita la pronta demarcación y el reconocimiento oficial de los derechos de propiedad de la Comunidad Mayagna, así como abstenerse de otorgar o considerar el otorgamiento de cualquier concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por Awás Tingni hasta que se resuelva la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a la Comunidad.

4. Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que condene al Estado a pagar una indemnización compensatoria equitativa por los daños materiales y morales que la Comunidad ha sufrido, y al pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano.

II. COMPETENCIA

5. Nicaragua es Estado Parte en la Convención Americana desde el 25 de septiembre de 1979 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 12 de febrero de 1991. Por lo tanto, la Corte es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención.

III. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

6. El 2 de octubre de 1995 la Comisión Interamericana recibió en su Secretaría una denuncia presentada por el señor Jaime Castillo Felipe, Síndico de la Comunidad, por sí mismo y en representación de ésta. En dicha denuncia también se solicitó la adopción de medidas cautelares, en virtud de que supuestamente el Estado se disponía a otorgar una concesión a la empresa Sol del Caribe, S.A. (SOLCARSA) (en adelante "SOLCARSA") para comenzar la explotación de madera en las tierras comunales. El 6 de los mismos mes y año la Comisión acusó recibo de dicha comunicación.

7. El 3 de diciembre de 1995 y el 4 de enero de 1996 la Comisión recibió escritos mediante los cuales se reiteró la solicitud de medidas cautelares a que hace referencia el párrafo anterior.

8. El 19 de enero de 1996 los peticionarios solicitaron audiencia a la Comisión, pero ésta les informó que no sería posible concederla.

9. El 5 de febrero de 1996 la Comisión inició la tramitación del caso y envió al Estado las partes pertinentes de la petición, solicitando a éste que remitiera la información correspondiente en un plazo de 90 días.

10. El 13 de marzo de 1996 el señor James Anaya, representante legal de la Comunidad, presentó a la Comisión dos artículos de prensa referentes al otorgamiento de la concesión a SOLCARSA y una carta enviada por el Ministro de Ambiente y Recursos Naturales al Presidente de SOLCARSA, en que le informaba que la “solicitud de concesión forestal estaba en trámite, que lo que faltaba era firmar el contrato de concesión”, y que el obstáculo principal lo constituían las reclamaciones de la Comunidad.

11. Mediante comunicación de 28 de marzo de 1996, los peticionarios enviaron a la Comisión un proyecto de “memorándum de entendimiento” para llegar a una solución amistosa en el caso, documento que, según el señor James Anaya, representante legal de la Comunidad, había sido presentado a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Ambiente y Recursos Naturales.

12. El 17 de abril de 1996 el señor James Anaya, representante legal de la Comunidad, presentó un documento mediante el cual otras comunidades indígenas de la Región Autónoma Atlántico Norte (en adelante “la RAAN”) y el Movimiento Indígena de la Región Autónoma Atlántico Sur (RAAS) se adherían a la petición presentada ante la Comisión.

13. El 3 de mayo de 1996 se realizó una reunión informal entre los peticionarios, el Estado y la Comisión con el fin de alcanzar una solución amistosa sobre este caso. El 6 de los mismos mes y año, la Comisión se puso a disposición de las partes para procurar dicha solución y les otorgó un plazo de 30 días para que emitieran su respuesta al respecto. El 8 y 20 de mayo de 1996 los peticionarios y el Estado, respectivamente, accedieron a esa propuesta.

14. El 20 de junio de 1996 se celebró una segunda reunión entre los peticionarios, el Estado y la Comisión. En esta reunión, Nicaragua rechazó el proyecto de “memorándum de entendimiento” presentado por los peticionarios (*supra* párr. 11). A su vez, propusieron que una delegación de la Comisión visitara Nicaragua para dialogar con las partes.

15. El 3 de octubre de 1996 se celebró una tercera reunión entre los peticionarios, el Estado y la Comisión. En ésta, los peticionarios solicitaron al Estado que no otorgara más concesiones en la zona, que iniciara el proceso de demarcación de las tierras de la Comunidad y diferenciara éstas de las tierras estatales. Por su parte, el Estado presentó algunos documentos probatorios, anunció la creación de la Comisión Nacional de Demarcación e invitó a los peticionarios a participar en ella.

16. El 5 de marzo de 1997 los peticionarios reiteraron a la Comisión su solicitud de medidas cautelares (*supra* párrs. 6 y 7) ante la amenaza del inicio de las operaciones forestales en las tierras indígenas y, el 12 de los mismos mes y año, la Comisión otorgó al Estado plazo de 15 días para que presentara un informe al respecto. El 20 de

marzo de 1997 Nicaragua solicitó a la Comisión una prórroga de 30 días para responder a su solicitud, la cual fue concedida.

17. El 3 de abril de 1997 los peticionarios informaron a la Comisión sobre el fallo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 27 de febrero de 1997, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por miembros del Consejo Regional de la RAAN y declaró la inconstitucionalidad de la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (en adelante "MARENA") a SOLCARSA, debido a que no contaba con la aprobación del Consejo Regional de la RAAN, tal como lo señala el artículo 181 de la Constitución nicaragüense. También informaron que el Estado no había suspendido la concesión.

18. El 23 de abril de 1997 Nicaragua solicitó a la Comisión que desechara las medidas cautelares solicitadas por los peticionarios (*supra* párrs. 6, 7 y 16), con fundamento en la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual se comprometía a cumplir. Sin embargo, el 11 de junio del mismo año, los peticionarios informaron a la Comisión que el Estado y SOLCARSA continuaban actuando como si la concesión fuera válida, a pesar de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

19. En audiencia celebrada en la Comisión el 8 de octubre de 1997, los peticionarios señalaron que proseguían las operaciones forestales en las tierras de la Comunidad y pidieron a la Comisión que observara la situación *in situ*. El 27 de octubre del mismo año, tres días antes de la visita programada por la Comisión a Nicaragua, el Estado informó a ésta que no era necesaria dicha visita, debido a que preparaba un informe adicional al respecto.

20. El 31 de octubre de 1997 la Comisión solicitó al Estado que adoptara las medidas cautelares (*supra* párrs. 6, 7, 16 y 18) que fueran necesarias para suspender la concesión otorgada a SOLCARSA, y fijó un plazo de 30 días para que Nicaragua informase sobre aquéllas.

21. El 5 de noviembre de 1997 el Estado solicitó a la Comisión que cerrara el caso, basado en que el Consejo Regional de la RAAN había ratificado la aprobación de la concesión otorgada a SOLCARSA, lo cual subsanó el "error de forma" cometido y, por ende, quedó vigente la concesión.

22. El 17 de noviembre de 1997 los peticionarios manifestaron a la Comisión que el punto central de la denuncia era la falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de la Comunidad sobre sus tierras ancestrales, situación que aún permanecía vigente. Asimismo, con respecto a la ratificación del Consejo Regional de la RAAN de la concesión otorgada a SOLCARSA, señalaron que este Consejo era parte de la organización político-administrativa del Estado y que había actuado sin tomar en cuenta los derechos territoriales de la Comunidad. Por último, solicitaron a la Comisión que rindiera un informe de acuerdo con el artículo 50 de la Convención.

23. El 4 de diciembre de 1997 el Estado envió una comunicación a la Comisión, en la que señaló que los peticionarios habían interpuesto, el 7 de noviembre de 1997, un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa con el fin de que aquél declarara nula la concesión otorgada a SOLCARSA. Por ello, Nicaragua alegó que no se habían agotado los recursos internos e invocó la aplicación de los artículos 46 de la Convención y 37 del Reglamento de la Comisión.

24. El 2 de marzo de 1998 el Estado comunicó a la Comisión que el 22 de enero del mismo año los peticionarios habían presentado ante la Corte Suprema de Justicia una solicitud de ejecución de la sentencia de 27 de febrero de 1997 dictada por ese tribunal (*supra* párr. 17). En esta oportunidad Nicaragua reiteró su posición en el sentido de que no se habían agotado los recursos internos, y solicitó a la Comisión que se abstuviera de continuar conociendo del caso.

25. El 3 de marzo de 1998 la Comisión Interamericana aprobó el Informe No. 27/98, que fue transmitido al Estado el 6 de los mismos mes y año, y otorgó a Nicaragua un plazo de 2 meses para que informara sobre las medidas que hubiese adoptado para dar cumplimiento a las recomendaciones. En dicho Informe, la Comisión concluyó:

141. Sobre la base de las acciones y omisiones examinadas, que el Estado de Nicaragua no ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras. Esta omisión por parte del Estado constituye una violación a los artículos 1, 2, y 21 de la Convención, los cuales en su conjunto establecen el derecho a dichas medidas efectivas. Los artículos 1 y 2 obligan a los Estados a tomar las medidas necesarias para implementar los derechos contenidos en la Convención.

142. El Estado de Nicaragua, es responsable por violar el derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras de Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.

143. [...] que el Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a tierras y recursos naturales, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención.

Asimismo, la Comisión recomendó a Nicaragua que:

a. Estableciera un procedimiento en su ordenamiento jurídico, aceptable a las comunidades indígenas involucradas, que tuviera como resultado la pronta demarcación y el reconocimiento oficial del territorio de Awas Tingni y de los territorios de otras comunidades de la Costa Atlántica;

b. Suspendiera a la mayor brevedad, toda actividad relativa a la concesión maderera otorgada a SOLCARSA por el Estado dentro de las tierras comunales de Awas Tingni, hasta que la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a las comunidades indígenas hubiera sido resuelta, o que se hubiera llegado a un acuerdo específico entre el Estado y la Comunidad Awas Tingni; [y]

c. Iniciara en el plazo de un mes un diálogo con la Comunidad Awas Tingni, a fin de determinar bajo qué circunstancias se pudiera llegar a un acuerdo entre el Estado y la Comunidad Awas Tingni.

26. El 7 de mayo de 1998 la Comisión Interamericana recibió la respuesta del Estado. La Comisión señaló que, aunque dicha respuesta fue presentada extemporáneamente, analizaría su contenido para agregarse a autos. Con respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, Nicaragua manifestó que:

a) A fin de dar cumplimiento a las recomendaciones de la [Comisión] en relación a establecer un procedimiento jurídico aceptable a las comunidades indígenas involucradas que tuviera como resultado la demarcación y el reconocimiento oficial del territorio de Awas Tingni y de otras comunidades de la Costa Atlántica, el Gobierno de Nicaragua cuenta con una Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica.

Con este mismo objetivo, se procedió a preparar un Proyecto de Ley de Propiedad Comunal Indígena que tiene tres componentes:

1. Establecer lo relativo a la acreditación de las comunidades indígenas y de sus autoridades.
2. Proceder a la delimitación y titulación de las propiedades.
3. Solucionar el conflicto.

Este proyecto de ley, presupone dar una solución legal de la propiedad indígena o de minorías étnicas. Dicho proyecto será consultado con la sociedad civil y una vez consensuado será presentado a la Asamblea Nacional para su discusión y posterior aprobación. El plazo estimado para todo este proceso es de unos tres meses a partir de esta fecha.

b) En relación a la recomendación de suspender toda actividad relativa a la concesión maderera otorgada a SOLCARSA y cumplir con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno de Nicaragua canceló el 16 de febrero de 1998 dicha concesión y notificó el mismo día al Señor Michael Kang, Gerente General de SOLCARSA, que a partir de esa fecha la concesión quedaba sin efecto y valor alguno. Igualmente, se le comunicó que ordenara la suspensión de toda acción, bajo apercibimiento de violar el artículo 167 de la Constitución Política y hacerse merecedor de entablar en su contra indistintamente la acción civil y penal.

c) Respecto a la recomendación de iniciar un diálogo con la Comunidad de Awas Tingni, el Gobierno de Nicaragua tiene la firme voluntad de dar una solución global a todas las comunidades indígenas de la Costa Atlántica, en el marco del proyecto de ley de propiedad comunal, para lo cual se hará también una amplia consulta con dichas comunidades.

27. En relación con las conclusiones contenidas en el Informe No. 27/98, el Estado nicaragüense expresó su reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, consagrados en su Constitución y otras normas legislativas. Además, señaló que

ha dado fiel cumplimiento a las anteriores disposiciones legales, y por consiguiente, su actuación ha sido acorde con el ordenamiento jurídico nacional y lo que establecen las normas y procedimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Comunidad de Awas Tingni ejerció sus derechos consignados en la ley y tuvo acceso a los recursos que la misma le confiere.

Por último, Nicaragua solicitó a la Comisión Interamericana que diera por concluido el presente caso.

28. El 28 de mayo de 1998 la Comisión decidió presentar el caso ante la Corte.

IV. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

29. La Comisión presentó la demanda ante la Corte el 4 de junio de 1998.

30. La Comisión designó delegados, a los señores Claudio Grossman y Hélio Bicudo; asesores jurídicos, a los señores David Padilla, Hernando Valencia y Bertha Santoscoy, y asistentes, a los señores James Anaya, Todd Crider y María Luisa Acosta Castellón.

31. El 19 de junio de 1998 la Secretaría de la Corte (en adelante "la Secretaría"), previo examen preliminar de la demanda realizado por el Presidente de la Corte (en adelante "el Presidente"), la notificó al Estado, informándole asimismo sobre los plazos para contestarla, oponer excepciones preliminares y nombrar su representación. Asimismo, se invitó al Estado a designar Juez *ad hoc*. Ese mismo día, la Secretaría solicitó a la Comisión que remitiera algunos folios de los anexos a la demanda que se encontraban ilegibles.

32. El 2 de julio de 1998 Nicaragua designó al señor Alejandro Montiel Argüello como Juez *ad hoc* y al señor Edmundo Castillo Salazar como agente.

33. El mismo día la Comisión presentó a la Corte copias de los folios de los anexos de la demanda solicitados por la Secretaría (*supra* párr. 31), así como las direcciones y los

poderes de los representantes de las víctimas, con excepción del poder otorgado al señor Todd Crider, el cual fue aportado el 24 de julio de 1998.

34. El 18 de agosto de 1998 el Estado acreditó como asesores legales a los señores Rosenaldo J. Castro S. y Bertha Marina Argüello.

35. El 19 de agosto de 1998 Nicaragua interpuso la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención, y solicitó que la Corte declarara inadmisibile la demanda.

36. El 25 de septiembre de 1998 la Comisión presentó sus observaciones a la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

37. El 19 de octubre de 1998 el Estado presentó la contestación a la demanda.

38. El 27 de enero de 1999 la Organización de Síndicos Indígenas del Caribe Nicaragüense (OSICAN) presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*. El 4 de febrero de 1999 se recibió en la Secretaría una nota del señor Eduardo Conrado Poveda, mediante la cual se adhirió al anterior escrito de *amicus curiae*.

39. El 15 de marzo de 1999 la Secretaría solicitó al Estado el envío de diversos documentos ofrecidos como anexos en los escritos de contestación de demanda y de excepciones preliminares que no habían sido presentados en su oportunidad. Del escrito de contestación de la demanda se solicitaron: folios 129 y 130 del anexo 10; mapas y descripciones físicas ofrecidas en el anexo 15, así como documentos relativos a titulación de comunidades vecinas de Awas Tingni ofrecidos en ese mismo anexo. Del anexo 10 al escrito de excepciones preliminares se solicitaron los siguientes documentos: proyecciones estimadas de la ubicación geográfica del área que pretende la Comunidad Awas Tingni, reclamos de otras comunidades, “traslapes” de reclamos, tierras ejidales, tierras nacionales y otras ilustraciones pertinentes al caso; certificación del Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria (en adelante “INRA”) en relación con la solicitud de titulación de la Comunidad Awas Tingni; Constitución Política de Nicaragua; certificaciones de artículos de Códigos de Leyes de Nicaragua, Leyes y Decretos pertinentes, y certificación de lo actuado por instituciones de organismos del Gobierno Central, organismos descentralizados o entes autónomos y otras instituciones de la Asamblea Nacional y de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

40. El 26 de mayo de 1999 el Estado presentó un escrito al que adjuntó los siguientes documentos: Constitución Política de Nicaragua con sus reformas, Ley de Amparo, Ley No. 290 y páginas 8984 a 8989 del Diario Oficial La Gaceta No. 205 de 30 de octubre de 1998. En el mismo escrito, Nicaragua manifestó que no presentaría los mapas y descripciones físicas ofrecidos como anexo 15 en su escrito de contestación de la demanda, por cuanto “los mapas presentados con el escrito de excepciones preliminares demuestran la ubicación geográfica del área pretendida por la Comunidad, reclamos de otras comunidades, descripciones físicas, etc.”. Igualmente, expresó que no presentaría la certificación del INRA referente a la solicitud de titulación de la

Comunidad Awas Tingni, ofrecida como anexo 10 del escrito de excepciones preliminares, “por cuanto en el mismo escrito [...] se incluyó constancia de dicha institución, sobre el mismo asunto, de fecha 5 de agosto de 1998”. Asimismo, en cuanto a los folios 129 y 130 del anexo 10 del escrito de contestación de la demanda, indicó que dicho anexo finalizaba realmente en la página 128. En lo que respecta a los documentos referentes a la titulación de otras comunidades indígenas, señaló que, si lo consideraba oportuno, los presentaría en un momento procesal posterior.

41. El 28 de mayo de 1999 la organización *Assembly of First Nations (AFN)* de Canadá, presentó un escrito en idioma inglés, en calidad de *amicus curiae*. En febrero de 2000 fue presentada la versión en español de dicho documento.

42. El 31 de mayo de 1999 la organización *International Human Rights Law Group* presentó un escrito en idioma inglés, a título de *amicus curiae*.

43. El 31 de mayo de 1999 se celebró la audiencia pública sobre excepciones preliminares en la sede de la Corte.

44. El 1 de febrero de 2000 la Corte dictó Sentencia de excepciones preliminares, mediante la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por Nicaragua.

45. El 2 de febrero de 2000 la Secretaría solicitó a la Comisión el envío de la lista definitiva de los testigos y peritos ofrecidos por ella para comparecer en la audiencia pública sobre el fondo del caso. El 18 de los mismos mes y año la Comisión presentó dicha información.

46. El 20 de marzo de 2000 el Presidente dictó una Resolución mediante la cual convocó a la Comisión Interamericana y al Estado a una audiencia pública sobre el fondo, que se celebraría en la sede de la Corte el 13 de junio de 2000. Dicha audiencia pública no se realizó en razón de reducciones presupuestarias que determinaron que la Corte suspendiese su XLVIII Período Ordinario de Sesiones, en el que se efectuaría dicha audiencia.

47. El 7 de abril de 2000 el Estado remitió un escrito indicando “los nombres de las personas que explicarían el contenido y alcance de los documentos probatorios oportunamente ofrecidos”, con el fin de que las siguientes personas fueran escuchadas en calidad de testigos y peritos en la audiencia pública sobre el fondo del presente caso: señores Marco Antonio Centeno Caffarena, Director de la Oficina de Titulación Rural; Uriel Vanegas, Director de la Secretaría de Demarcación Territorial del Consejo Regional de la RAAN; Gonzalo Medina, asesor y experto en Geodesia y Cartografía del Instituto Nicaragüense de Estudios Territoriales, y María Nella Rocha, Procuradora Especial del Medio Ambiente de la Procuraduría General de la República.

Los argumentos presentados por el Estado en dicho escrito indican que las intervenciones de los testigos y peritos propuestos contribuirían a establecer:

a) el perjuicio resultante para los derechos de propiedad de las comunidades indígenas vecinas a la Comunidad Mayagna de Awas Tingni, de proceder la titulación en la superficie desproporcionada pretendida por dicha Comunidad;

b) el perjuicio que resultará para los reclamos de tierras del resto de las comunidades indígenas existentes en la Costa Atlántica de Nicaragua, de asignarse a la Comunidad Indígena de Awas Tingni la superficie desproporcionada que pretende;

c) el interés del Estado en conducir un proceso de titulación ecuánime y objetivo de las tierras de las Comunidades Indígenas que salvaguarde los derechos de cada una de las Comunidades; argumentos expuestos en los escritos de Excepciones Preliminares y Contestación de la Demanda y soportados documentalmente por medio de los Anexos referidos.

48. El 13 de abril de 2000 la Comisión envió un escrito en el que solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adoptara “las medidas necesarias para asegurar que sus funcionarios no actúen de manera que tienda a presionar a la Comunidad a renunciar a su demanda, o que tienda a interferir en la relación entre la Comunidad y sus abogados, y... que deje de intentar negociar con los miembros de la Comunidad sin que haya un acuerdo o entendimiento previo con la Comisión y la Corte al respecto”. Adjunto, presentó un escrito de 12 de abril de 2000 dirigido por el señor James Anaya, representante legal de la Comunidad, al señor Jorge E. Taiana, Secretario Ejecutivo de la Comisión, que contenía como anexo el informe elaborado por la señora María Luisa Acosta Castellón sobre la reunión entre funcionarios del Estado y la Comunidad Awas Tingni, celebrada los días 30 y 31 de marzo de 2000 en las oficinas de la Cancillería de Nicaragua.

49. El 14 de abril de 2000 la Secretaría otorgó un plazo de 30 días al Estado para que presentara sus observaciones al escrito anterior. El 10 de mayo del mismo año Nicaragua señaló que no ha ejercido presión alguna sobre la Comunidad ni ha interferido en sus relaciones con sus representantes legales. Además, indicó su disposición de procurar un arreglo amistoso a través de conversaciones directas y exclusivas con la Comisión. Adjunto, presentó un documento fechado 3 de febrero de 2000 y titulado “acta de nombramiento de representantes de los habitantes que conforman el grupo étnico Mayagna de la Comunidad de Awas Tingni, Municipio de Waspam, Río Coco, RAAN”.

50. El 10 de mayo de 2000 la Comisión remitió un escrito en el que expresó que Nicaragua, en su contestación a la demanda, no había ofrecido testigos o peritos. Además, agregó que el Estado no había alegado fuerza mayor ni otras razones que justificaran la admisión de pruebas no señaladas en su contestación, por lo que solicitó a la Corte que declarara improcedente la convocatoria de los testigos y peritos propuestos por Nicaragua (*supra* párr. 47).

51. El 1 de junio de 2000 la Secretaría solicitó al Estado que presentara, a más tardar el 15 de junio del mismo año, fundamentos o comentarios sobre su ofrecimiento de testigos y peritos, para que el Presidente considerara su admisibilidad. Asimismo, mediante Resolución de 18 de agosto de 2000, la Corte reiteró al Estado la solicitud de que presentara los fundamentos que motivaron la propuesta extemporánea de testigos y peritos (*supra* párr. 47); además, le solicitó que especificara qué personas fueron ofrecidas para rendir declaración en calidad de testigos y quiénes en calidad de peritos.

52. El 31 de mayo de 2000 el bufete Hutchins, Soroka & Dionne presentó un escrito de *amicus curiae* en idioma inglés, en representación de la Comunidad Indígena Mohawks de Akwesasne.

53. El 5 de septiembre de 2000 el Estado presentó una comunicación mediante la cual informó que las personas señaladas en su escrito de 7 de abril de 2000 (*supra* párr. 47) habían sido propuestas en calidad de peritos. Al día siguiente la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, pidió a la Comisión que remitiera sus observaciones a dicho escrito, así como su lista definitiva de testigos y peritos, para lo cual otorgó plazo hasta el 12 de septiembre de 2000.

54. El 12 de septiembre de 2000 la Comisión remitió una nota en la que mantuvo su solicitud de que se declarara improcedente el nombramiento de peritos propuestos por el Estado, en razón de que este último no indicó las razones que fundamentaban la propuesta extemporánea. En la misma nota, la Comisión presentó la lista definitiva de sus testigos y peritos, en la que incluyó al señor Theodore Macdonald Jr. en calidad de perito, quien en la demanda había sido propuesto como testigo.

55. Mediante Resolución de 14 de septiembre de 2000 el Presidente decidió que el ofrecimiento de prueba efectuado por el Estado el 7 de abril de 2000 (*supra* párr. 47) era extemporáneo; sin embargo, como prueba para mejor resolver, conforme al artículo 44.1 del Reglamento, convocó al señor Marco Antonio Centeno Caffarena para que compareciera ante la Corte en calidad de testigo. Además, el Presidente rechazó el planteamiento hecho por la Comisión de que el señor Theodore Macdonald Jr. actuara como perito, por ser extemporáneo y lo admitió en calidad de testigo, tal como había sido propuesto originalmente. Asimismo, el Presidente citó a los testigos Jaime Castillo Felipe, Charly Webster Mclean Cornelio, Wilfredo Mclean Salvador, Brooklyn Rivera Bryan, Humberto Thompson Sang, Guillermo Castilleja y Galio Claudio Enrique Gurdían Gurdían, y a los peritos Lottie Marie Cunningham de Aguirre, Charles Rice Hale, Roque de Jesús Roldán Ortega y Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, todos propuestos por la Comisión en su demanda, para que rindieran declaración en la audiencia pública sobre el fondo del caso, que se celebraría en la sede de la Corte el 16 de noviembre de 2000.

56. El 5 de octubre de 2000 la Comisión presentó un escrito, mediante el cual solicitó a la Corte sus buenos oficios para que la audiencia pública sobre el fondo pudiera realizarse en la sede de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, debido al gran número de personas que habían expresado interés en asistir a dicha audiencia.

57. El 20 de octubre de 2000 el Presidente emitió una Resolución mediante la cual informó a la Comisión y al Estado que la audiencia pública convocada por Resolución de 14 de septiembre de 2000, se celebraría en la sede del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, a partir de las 16:00 horas del 16 de noviembre de 2000, con el fin de recibir las declaraciones e informes, respectivamente, de los testigos y peritos ya convocados.

58. El 26 de octubre de 2000 el Estado remitió un escrito en el que pidió a la Corte que rechazara la solicitud de la Comisión de realizar la audiencia pública sobre el fondo en la sede de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por considerar que las razones alegadas eran “puramente especulativas” y que no constituían “motivo jurídico suficiente para justificar el traslado de tales audiencias”.

59. El 27 de octubre de 2000 la Comisión remitió un escrito que contenía una lista de 19 miembros de la Comunidad Awas Tingni que asistirían a la audiencia pública en calidad de observadores.

60. Ese mismo día, el Presidente dictó una Resolución en la que consideró que, debido a que el Estado había solicitado que la audiencia pública sobre el fondo se realizara en la sede de la Corte y a que el número de miembros de la Comunidad Mayagna que asistirían a la misma, según la Comisión, era mucho más reducido que el originalmente previsto, no existía el motivo considerado para realizar la audiencia pública fuera de la sede del Tribunal y, por ello, decidió que aquélla se llevaría a cabo en la sede de la Corte, el mismo día y a la misma hora establecidos en su Resolución de 20 de octubre de 2000 (*supra* párr. 57).

61. En noviembre de 2000 el señor Robert A. Williams Jr., en representación de la organización *National Congress of American Indians (NCAI)*, presentó un escrito, en idioma inglés, en calidad de *amicus curiae*.

62. Los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2000 la Corte recibió, en audiencia pública sobre el fondo, las declaraciones de los testigos y peritos propuestos por la Comisión y la del testigo convocado por la Corte de conformidad con el artículo 44.1 del Reglamento. Además, la Corte escuchó los alegatos finales orales de las partes.

63. Durante su comparecencia en la audiencia pública sobre el fondo del caso el día 17 de noviembre de 2000, el señor Marco Antonio Centeno Caffarena ofreció varios documentos para fundamentar su testimonio, y el 21 de noviembre de 2000 presentó ocho documentos (*infra* párrs. 79 y 95).

64. El 24 de noviembre de 2000 la Corte, de conformidad con el artículo 44 de su Reglamento, resolvió que era útil agregar al acervo probatorio del presente caso los siguientes documentos ofrecidos por el señor Marco Antonio Centeno Caffarena: copia certificada por notario público de la certificación de 22 de febrero de 1983 de la

inscripción del Registro Público de la Propiedad Inmueble del Departamento de Zelaya de 10 de febrero de 1917 de la propiedad No. 2111, y dictamen etnográfico elaborado por el señor Ramiro García Vásquez sobre el documento elaborado por Theodore Macdonald, titulado “Awas Tingni un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio” (*infra* párrs. 79 y 95).

Además, la Corte requirió al Estado que, a más tardar el 15 de diciembre de 2000, presentara copia de la totalidad del estudio titulado “Diagnóstico de la tenencia de la tierra de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica”, elaborado por el *Central American and Caribbean Research Council*.

65. El 20 de diciembre de 2000 el Estado presentó, en cumplimiento de lo requerido por la Corte en la Resolución señalada en el párrafo anterior, copia del Marco general, Resumen ejecutivo e Informe Final del documento titulado “Diagnóstico general sobre la tenencia de la tierra en las comunidades indígenas de la Costa Atlántica”, elaborado por el *Central American and Caribbean Research Council* (*infra* párr. 80 y 96).

66. El 29 de enero de 2001 la Comisión presentó una nota a la que acompañó tres documentos: comentarios de Theodore Macdonald de 20 de enero de 2001, y comentarios de Charles Rice Hale de 7 de enero de 2001, ambos con respecto al dictamen etnográfico elaborado por Ramiro García Vásquez sobre el documento elaborado por Theodore Macdonald bajo el título “Awas Tingni un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio” (*infra* párrs. 81 y 97); y copia del documento titulado “Awas Tingni Un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio. Informe 1999”.

67. El 21 de junio de 2001, la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, otorgó a la Comisión y al Estado plazo hasta el 23 de julio del mismo año para presentar sus escritos de alegatos finales. El 3 de julio de 2001 la Comisión solicitó prórroga hasta el 10 de agosto del mismo año para la presentación de su escrito. El 6 de julio de 2001 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó a la Comisión y al Estado que había sido otorgada la prórroga solicitada.

68. Mediante nota de 31 de julio de 2001, la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente y de conformidad con el artículo 44 del Reglamento, solicitó a la Comisión que presentara los documentos de prueba y los alegatos que acreditaran la solicitud de pago de reparaciones, costas y gastos presentada por la Comisión en el punto petitorio de su demanda (*supra* párr. 4), para lo cual otorgó plazo hasta el 10 de agosto de 2001.

69. El 31 de julio de 2001 la Secretaría, siguiendo instrucciones de la Corte y de conformidad con el artículo 44 del Reglamento, otorgó plazo a Nicaragua hasta el 13 de agosto de 2001 para que remitiera, como prueba para mejor resolver, la siguiente documentación: títulos de propiedad existentes de la Comunidad Awas Tingni (Comunidad Mayagna); de las Diez Comunidades (Comunidad Miskita); de la Comunidad Indígena de Tasba Raya (también conocida como Seis Comunidades), que

comprende las comunidades de Miguel Bikan, Wisconsin, Esperanza, Francia Sirpi, Santa Clara y Tasba Pain (Comunidades Miskitas,) y de la Comunidad Indígena de Karatá (Comunidad Miskita). Estos documentos no fueron presentados a la Corte.

70. El 8 de agosto de 2001 el Estado presentó una objeción a que se otorgara a las partes la posibilidad de presentar alegatos finales escritos y solicitó que, en caso de que la Corte decidiera seguir adelante con la admisión de dichos alegatos, se le concediera una prórroga para su presentación hasta el 10 de septiembre de 2001. Al día siguiente la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó al Estado que ha sido práctica constante y uniforme de la Corte conceder a las partes la oportunidad de presentar alegatos finales escritos, entendidos éstos como un resumen de las posiciones de las partes manifestadas en la audiencia pública sobre el fondo, en la inteligencia de que dichos escritos no están sujetos a observaciones adicionales contradictorias de las partes. En relación con la solicitud de prórroga para la presentación de los alegatos finales del Estado, la Secretaría manifestó a éste que, siguiendo instrucciones del Presidente, en atención al tiempo que han tenido las partes para presentar sus alegatos finales escritos, y en aras de que no se menoscabara el equilibrio que debe guardar el Tribunal entre la protección de los derechos humanos, la seguridad jurídica y la equidad procesal, se otorgaba un plazo improrrogable a ambas partes hasta el 17 de agosto de 2001.

71. El 10 de agosto de 2001 la Comisión presentó su escrito de alegatos finales, al cual adjuntó un anexo (*infra* párr. 82).

72. El 17 de agosto de 2001 Nicaragua presentó su escrito de alegatos finales.

73. El 22 de agosto de 2001 la Comisión presentó extemporáneamente el escrito referente a las reparaciones, costas y gastos (*infra* párr. 159).

74. El 25 de agosto de 2001 el Estado solicitó a la Corte que se abstuviera de conocer el escrito remitido por la Comisión sobre reparaciones, costas y gastos, por haber sido presentado extemporáneamente.

XII. PUNTOS RESOLUTIVOS

173. Por tanto,

LA CORTE,

Por siete votos contra uno,

1. declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los

miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.
por siete votos contra uno,

2. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 155 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.
por unanimidad,

3. decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.

por unanimidad,

4. decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la presente Sentencia.

por unanimidad,

5. declara que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

por siete votos contra uno,

6. decide, por equidad, que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 167 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por siete votos contra uno,

7. decide, por equidad, que el Estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US\$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 169 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por unanimidad,

8. decide que el Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.

por unanimidad,

9. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo.

ANEXO 3. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CASO AWAS TINGNI.

Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 3 de abril de 2009

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua

Supervisión de Cumplimiento de Sentencia

VISTO:

1. La Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001 (en adelante “la Sentencia”) emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), mediante la cual dispuso que:

[...] 4. [...] el Estado debía delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectuara esa delimitación, demarcación y titulación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afect[aran] la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la [...] Sentencia. [...]

2. La Audiencia Privada de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia celebrada el día 3 de mayo de 2008, la cual tuvo por objeto que la Corte obtuviera información por parte del Estado sobre el cumplimiento de los puntos resolutivos tercero, cuarto, sexto y séptimo de la Sentencia, así como de las observaciones de los representantes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni (en adelante “los representantes”) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”), misma que concluyó con la firma de una acta de acuerdos entre la República de Nicaragua (en adelante “el Estado” o “Nicaragua”) y los representantes con presencia de la Comisión en la sede de la Corte.

3. La Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia emitida por la Corte el 7 de mayo de 2008, mediante la cual declaró que:

[...] 1. [...] el Estado ha dado cumplimiento total a los puntos resolutivos tercero, sexto y séptimo de la Sentencia emitida [...] el 31 de agosto de 2001.

2. [...] mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del punto pendiente de acatamiento[,] relativo al deber del Estado de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad

de Awás Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad [...].

3. [...] la Corte toma nota del “acta de acuerdos” suscrita por los representantes [...] y miembros de la Comunidad, el Estado y la Comisión [...], en la cual se acordó [...] que:

1) El Estado, en un plazo que no superará los dos meses, se pronunciará sobre la pretensión de “Diez Comunidades” en relación a la Resolución del Consejo Regional del 14 de febrero de 2007.

2) Una vez emitido el pronunciamiento anterior, en un plazo no mayor de cuarenta días se concluirá la fase de amojonamiento.

3) Inmediatamente después, se procederá a la elaboración y aprobación del título a favor del territorio ancestral de la Comunidad, conforme al procedimiento de ley. Estimaron las partes que el título se entregara a la Comunidad de Awás Tingni en el mes de agosto de 2008.

[...]

4. Los escritos de 31 de octubre de 2008 y 22 de diciembre de 2008, mediante los cuales el Estado informó sobre el estado de cumplimiento de la Sentencia.

5. Los escritos de 2 de diciembre de 2008 y 9 de enero de 2009, mediante los cuales los representantes remitieron sus observaciones a lo informado por el Estado, en relación con la supervisión del cumplimiento de la Sentencia.

6. El escrito de 6 de marzo de 2009, mediante el cual la Comisión remitió sus observaciones a lo informado por el Estado, en relación con la supervisión del cumplimiento de la Sentencia.

CONSIDERANDO:

1. Que es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte la supervisión del cumplimiento de sus decisiones.

2. Que Nicaragua es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “la Convención”) desde el 25 de septiembre de 1979 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 12 de febrero de 1991.

3. Que el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones.

4. Que en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra.

5. Que la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

6. Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

7. Que en relación con el punto resolutivo cuarto, relativo a la obligación del Estado de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni (en adelante “la Comunidad de Awas Tingni” o “la Comunidad”) y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad, el Estado informó mediante comunicación de 31 de octubre de 2008 que el 25 de junio de 2008 el Consejo Regional Autónomo dictó la disposición administrativa No. 44-25-06-2008, ratificada el 11 de agosto de 2008 en la disposición No. 63-11-08-2008, en la que se resolvió: a) ratificar 73,394 hectáreas de tierra a favor de los miembros de la Comunidad de Awas Tingni; b) reconocer el derecho de Diez Comunidades de reclamar el reconocimiento de las tierras ancestrales de su territorio; c) iniciar la etapa de diagnóstico a fin de prever eventuales conflictos y asegurar alternativas viables de solución; d) proceder de manera inmediata al deslinde, amojonamiento y titulación del territorio de los miembros de la Comunidad de Awas Tingni, y e) definir los derroteros de linderos entre los territorios de los miembros de la Comunidad de Awas Tingni, Diez Comunidades y Tasba Pri (Tasba Raya). En relación con el proceso de amojonamiento, el Estado informó que en agosto de 2008 se había diseñado el segundo plan de medición, mismo que se ejecutó del 20 de septiembre al 22 de octubre de 2008 con un retraso atribuido a las dificultades de penetración ocasionadas por el paso del huracán Félix en septiembre de 2007. Asimismo, el Estado señaló que se validarían los derroteros en un lapso de 5 días a fin de señalarlos en

mapas y ubicarlos físicamente, y que calendarizó la elaboración de la propuesta del título, así como su aprobación, inscripción y entrega.

8. Que mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2008 y respecto a las medidas de protección, el Estado señaló que “ante los hechos denunciados por los representantes de la Comunidad y que ponen en peligro la seguridad de la zona”, la Policía Nacional y el Destacamento Militar Norte del Ejército Nacional expresaron su disposición de dar respuesta ante cualquier conducta que desestabilizara la Comunidad. A su vez, se confirmó con el Ministerio Público la investigación de las denuncias y la recepción de declaraciones para el ejercicio de la acción penal. El Estado afirmó que “el objetivo del Gobierno es resolver el conflicto de la manera más pacífica, aclaró que en ningún momento actuaría a favor de intereses personales o de grupos sociales...e indicó que tanto la Policía Nacional como el Ejército se mantenían atentos y prestos para evitar cualquier hecho irregular.”

9. Que el Estado informó el 22 de diciembre de 2008 que “había cumplido con la titulación [...] correspondiente a [73,394] hectáreas [...], cuyo título “fue recibido por el Sr. Levito Jonatan Malean, Síndico de la Comunidad de Awás Tingni, en el histórico acto de Justicia reivindicatoria del pleno reconocimiento al derecho del régimen de Propiedad Comunal”. Además, acompañó la comunicación firmada por Mr. James Anaya, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien expresó “satisfacción con las recientes acciones tomadas por el Gobierno de Nicaragua para finalizar la demarcación y titulación del territorio tradicional de la Comunidad Awás Tingni, mismo que es un paso importante en el cumplimiento con la Sentencia de la Corte [...] del 31 de agosto de 2001[, y] refleja un compromiso del Gobierno de Nicaragua en esta materia y da esperanza en cuanto al comienzo de una nueva etapa de las relaciones entre el Gobierno y los pueblos indígenas.”

10. Que a fin de dar solución al conflicto territorial entre “Diez Comunidades” y la “Comunidad de Awás Tigni”, el Consejo Regional Autónomo de la Región Autónoma Atlántico Norte (en adelante “CRAAN”) emitió la disposición administrativa No. 44-25-06-2008 de 25 de junio de 2008. Los representantes informaron mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2008 que tal disposición señaló que “considerando que el territorio de las “Diez Comunidades” aún no había iniciado el diagnóstico para incursionar al proceso de demarcación y titulación de las tierras comunales de su territorio, la identificación del provincial conflicto puede ser previsible en su momento oportuno del proceso para su revisión y subsanación, salvo que se considere resueltas las diferencias siempre y cuando estén ajustadas a usos y costumbres entre comunidades indígenas”, así como “establecer el derecho de ocupación y usufructo vitalicio de las tierras recibidas por los excombatientes que bajo acuerdos de pacificación del conflicto armado de la década de los 80 fueron otorgados a los desmovilizados de YATAMA, ARMINGOB y AMIR, tierras denominadas colectivas y que se localizan en los territorios de Awás Tingni, las Diez Comunidades o Tasba Pri [Tasba Raya]”. Por lo que contradecía la resolución No.26-14-02-2007 emitida por el CRAAN, misma que señaló que “las tierras otorgadas por el Estado de Nicaragua [...] deberán ser saneados por el Estado de conformidad a los procedimientos que establece la Ley [No.] 455”. Al respecto y previo al acto de titulación de las tierras, los

representantes consideraron que se “dejaba la idea que el caso se abriría de nuevo una vez que Diez Comunidades iniciaran sus procedimientos de titulación, dando lugar a dudas en cuanto a la certeza jurídica de Awas Tingni sobre sus derechos a titulación de sus tierras ancestrales cuya medición ya había sido definida, resuelta y ratificada dos veces en 73,394 hectáreas, sosteniendo que se pretendía actuar en contra de ley expresa y someter a los comunitarios de Awas Tingni a la desesperación de una espera de titulación y a la amenaza de introducir en las tierras [...] a terceros ocupantes a quienes la Ley [No.] 445 rechaza”.

11. Que el 9 de enero de 2008 los representantes informaron que la entrega del título a la Comunidad por 73,394 hectáreas “fue un paso sumamente importante hacia el cumplimiento con la Sentencia”, y que “la Comunidad por lo general se encontraba contenta con la titulación y notaba que representaba un logro importante tanto para Awas Tingni como para los otros pueblos indígenas en Nicaragua, así como para los pueblos indígenas en todo el mundo”. Sin embargo, señalaron que “el Gobierno todavía no ha cumplido por completo la segunda parte del punto resolutive 4 de la Sentencia, el cual obliga a Nicaragua a ‘abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe la delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, terceros que actúen con su aquiescencia o tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni”. En consecuencia, manifestaron que continúa “[l]a preocupación [de que el Estado se] aprovechará de estos procesos para otorgar derechos a los terceros dentro del territorio de Awas Tingni”, por lo que “insta a Nicaragua [a] que se resuelva cualquier interés de terceros dentro del territorio ya titulado a favor de Awas Tingni de acuerdo con los principios de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra bajo [...] el derecho internacional”.

12. Que mediante comunicación de 6 de marzo de 2009, la Comisión Interamericana manifestó que “observa con beneplácito que se ha avanzado sustancialmente en el cumplimiento de la Sentencia, espera que se concrete la etapa de saneamiento a la mayor brevedad posible [...] sin afectar los derechos de propiedad ya reconocidos y considera fundamental que el Estado adopte todas las medidas de protección y vigilancia necesarias para que la fase de saneamiento se lleve a cabo sin riesgo para la vida e integridad física de los miembros de la Comunidad de Awas Tigni; por lo que concluye que el Estado de Nicaragua aún tiene pendiente garantizar el uso y goce del territorio que les pertenece a los beneficiarios”.

13. Que el Tribunal observa que el punto 4 de la Sentencia de 31 de agosto de 2001 comprende dos aspectos. Por una parte, la obligación del Estado de delimitar, demarcar y titular las tierras, y por otra, la de abstenerse de realizar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica en cuestión, hasta tanto no se efectúen dichas acciones. Es decir que, para efectos de lo ordenado por la Corte en el punto resolutive cuarto de su Sentencia, la obligación referente a la abstención se encuentra vigente mientras no se concrete el cumplimiento de la obligación positiva de demarcar, delimitar y titular, por lo que al cumplirse ésta, se extingue el seguimiento de la segunda.

14. Que con base en la información aportada por las partes, la Corte observa que el Estado, en una ceremonia que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2008, entregó al señor Levito Jhonatan Malean, en representación de los miembros de la Comunidad, el título de propiedad por 73,394 hectáreas, cumpliendo con el deber de delimitar, demarcar y titular las tierras a los miembros de la Comunidad Awás Tingni, correspondiente a lo dispuesto en el punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001.

15. Que la Corte Interamericana valora positivamente que el Estado ha dado cumplimiento integral a las medidas de reparación ordenadas por este Tribunal en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, en lo que representa un importante precedente legal para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ser éste un caso paradigmático en el reconocimiento al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, así como de sus valores, usos y costumbres ancestrales.

16. Que la Corte reconoce los esfuerzos del Estado para garantizar los derechos de los miembros de las comunidades indígenas de la zona, y al respecto, recuerda al Estado que el cumplimiento de la Sentencia no le exime de su obligación de adoptar los mecanismos que considere efectivos para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas que están bajo su jurisdicción, de conformidad con las obligaciones generales que tienen los Estados Partes de la Convención Americana consagradas en el artículo 1.1 de la misma.

17. Que el Tribunal insta al Estado a continuar con la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas en Nicaragua, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

POR TANTO:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, de conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25.1 y 30 del Estatuto y 30.2 de su Reglamento

DECLARA:

1. Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 13 a 15 de la presente Resolución, el Estado ha cumplido con la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni (*punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001*).

2. Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 13 a 15 de la presente Resolución, el Estado ha cumplido con la obligación de abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe aquella delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados

en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (*punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001*).

3. Que, en consecuencia, el Estado ha dado pleno cumplimiento a la Sentencia de 31 de agosto de 2001 en el caso de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los Estados Partes en la Convención la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte.

Y RESUELVE:

1. Dar por concluida la supervisión del “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en razón de que el Estado ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2001.

2. Archivar el expediente del presente caso.

3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2009.

4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

Cecilia Medina Quiroga
Presidenta

Diego García-Sayán
Sergio García Ramírez
Manuel Ventura Robles
Leonardo A. Franco
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

ANEXO 4. DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

La Asamblea General,
Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

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,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

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.

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.

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.

Artículo 5

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.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. 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.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

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.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y

costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho 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.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y

promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

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.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

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.

Artículo 22

1. 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 en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen 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.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho 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.

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.

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.

Artículo 28

1. 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.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. 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.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

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.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. 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.
2. 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.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener 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.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen 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.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

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 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

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.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

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.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

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.

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.

