



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**RECONOCIMIENTO DE LOS ESPACIOS TERRITORIALES
DE LOS PUEBLOS INDIGENAS:
EL CASO ATACAMEÑO O LICKANANTAY**

**Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

IGNACIO JAVIER MONTECINO FERNANDEZ

Profesor Guía: Nancy Yañez Fuenzalida

**Santiago, Chile
2006**

*A mi madre y mi familia,
quienes me alentaron durante estos años
y que, por sobre todas las dificultades sobrevinientes,
siempre estuvieron conmigo.*

	dimensión política.....	20
	1.1.2.3.2.2.1 Derechos especiales de representación y participación.....	22
	1.1.2.3.2.2.2 Derechos de Autogobierno.....	23
	1.1.2.3.2.2.3 Derechos Pluriculturales.....	24
	1.1.2.3.3 Titulares del ejercicio de los derechos colectivos en materia indígena.....	24
1.2	PRECISANDO LOS SUJETOS.....	25
1.2.1	Etnia.....	26
1.2.2	Nación.....	27
1.2.3	Estado.....	28
1.2.4	Minorías Etnicas y Poblaciones Tribales.....	30
1.2.5	Pueblos Indígenas.....	31
1.2.5.1	Definiciones de los Relatores Especiales de la ONU.....	32
1.2.5.1.1	Definición del relator Rodolfo Stavenhagen.....	32
1.2.5.1.2	Definición del relator Aurelio Cristescu.....	32
1.2.5.1.3	Definición del relator José Martínez Cobo.....	33
1.2.5.1.4	Definición de la relatora Erica-Irene Daes.....	34
1.2.5.2	Definición del Convenio 169 de la OIT.....	34
1.2.5.3	Definición del Tribunal Constitucional de Chile.....	35
1.2.5.4	Comentarios acerca del concepto de Pueblo Indígena....	36
1.2.5.5	El principio de autoidentificación como pilar de la definición de pueblo indígena.....	37

1.3 EL TERRITORIO	39
1.3.1 Definición de territorio por el Diccionario de la RAE.....	40
1.3.2 Definición de las Ciencias Naturales.....	40
1.3.3 Definición clásica de las Ciencias Sociales.....	41
1.3.4 El territorio como espacio sociocultural.....	42
1.4 LAS IDENTIDADES TERRITORIALES	46
CAPITULO II	
LOS DERECHOS TERRITORIALES	49
2.1 RESEÑA Y EVOLUCION HISTORICO JURIDICA	49
2.1.1 La Ocupación de la Corona.....	49
2.1.2 La Dominación de la República.....	52
2.1.3 Colonialismo.....	52
2.1.4 Los Derechos Humanos: primer punto de apoyo para concebir los derechos territoriales de los pueblos indígenas.....	55
2.1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	55
2.1.4.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	56
2.1.4.3 Declaración y Convención sobre la Discriminación Racial.....	58
2.1.5 Evolución Contemporánea: Hacia el Concepto de Pueblo y el Derecho de Libre Determinación.....	60
2.2 DERECHOS TERRITORIALES Y DERECHO A LA AUTODETERMINACION	64

2.2.1 Autodeterminación y Autonomía.....	64
2.2.2 Autonomía, Autogobierno y Secesión.....	66
2.2.3 Estándares de Participación: un factor indiciario de reconocimiento de autonomía por parte de los Estados hacia los Pueblos Indígenas.....	68
2.2.3.1 Consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento.....	69
2.2.3.2 Acuerdo.....	74
2.2.3.3 Participación.....	75
2.2.3.4 Consulta.....	77
2.2.3.5 Estándares Participativos y el Principio de Buena Fe.....	79

2.3 ALCANCE NORMATIVO Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS

TERRITORIALES INDIGENAS EN EL AMBITO INTERNACIONAL.....83

2.3.1 Naturaleza de los Derechos Territoriales.....	84
2.3.2 Alcance Normativo de los Derechos Territoriales.....	84
2.3.2.1 Algunas Opiniones Individuales.....	84
2.3.2.2 Opiniones Institucionales.....	86
2.3.3 Concepto de Derechos Territoriales.....	89
2.3.4 Los Derechos Territoriales en el Derecho Positivo Internacional.....	90
2.3.4.1 El Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales.....	90
2.3.4.2 El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.....	95
2.3.4.2.1 Algunos inconvenientes en la aplicación del Convenio 169.....	96
2.3.4.2.2 Principales disposiciones del Convenio 169.....	98
2.3.4.3 Proyectos de Declaraciones de los Derechos de los	

Pueblos Indígenas.....	108
2.3.4.3.1 Proyecto de Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas.....	109
2.3.4.3.2 Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....	117
2.3.5 Los Derechos Territoriales en las Constituciones Americanas.....	126
2.3.5.1 Argentina (1994).....	127
2.3.5.2 Bolivia (1994).....	127
2.3.5.3 Brasil (1988).....	128
2.3.5.4 Colombia (1991).....	129
2.3.5.5 Ecuador (1988).....	130
2.3.5.6 Guatemala (1985).....	131
2.3.5.7 México (2001).....	132
2.3.5.8 Nicaragua (1998).....	133
2.3.5.9 Paraguay (1992).....	133
2.3.5.10 Peru (1993).....	134
2.3.6 Jurisprudencia emblemática en el Derecho Comparado e Internacional.....	135
2.3.6.1 Comisión de Derechos Humanos de la ONU.....	136
2.3.6.1.1 Ominayak y el Grupo del Lago Lubicon contra Canadá.....	136
2.3.6.1.2 Lansman y otros contra Finlandia.....	138
2.3.6.2 Jurisprudencia Comparada Latinoamericana: Corte Suprema de Venezuela; Comunidades Indígenas Estado de Amazonas v/s Venezuela.....	139
2.3.6.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	142
2.3.6.3.1 Comunidad Mayagna Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua.....	143
2.3.6.3.2 Comunidad Yakye Axa contra el Estado de	

Paraguay.....	154
2.3.6.3.3 Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay.....	172
2.3.7 El Diagnóstico de la Banca Internacional.....	192
2.3.7.1 La Directriz Operativa 4.20 del Banco Mundial.....	192
2.3.7.2 El Banco Interamericano de Desarrollo.....	195
2.3.8 Globalización y Derechos Territoriales.....	201

CAPITULO III

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES EN CHILE....205

3.1 LEGISLACION Y POLITICA INDIGENA CHILENA.....205

3.1.1 Colonia e Independencia.....	205
3.1.2 Estado Republicano.....	208
3.1.3 Gobierno Militar.....	212
3.1.4 Transición democrática.....	215
3.1.4.1 Proyecto de Reforma Constitucional para el Reconocimiento de los Pueblos Indígenas.....	216
3.1.4.2 Proyecto de Ley de Ratificación del Convenio 169 de la OIT.....	220

3.2 LEY INDIGENA 19.253.....233

3.2.1 Avances de la Ley Indígena.....	234
3.2.2 Reparos e Insuficiencias de la Ley Indígena.....	237
3.2.3 La Ley Indígena en relación con otros cuerpos legales.....	248
3.2.3.1 Código de Aguas.....	248
3.2.3.2 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.....	255
3.2.4 La revisión crítica desde la perspectiva del Estado: El Informe de	

la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.....	265
3.3 MECANISMOS PARTICIPATIVOS Y DE PROTECCION RECONOCIDOS EN CHILE CON INJERENCIA EN TERRITORIALIDAD INDIGENA.....	272
3.3.1 Las Areas de Desarrollo Indígena.....	272
3.3.2 Principio General de Participación Indígena y Derecho de Representación.....	273
3.3.3 Areas Silvestres Protegidas.....	276
3.3.4 El Consejo nacional de la CONADI.....	278
3.4. PROGRAMAS ESTATALES PARA LA RECONSTITUCION DE LA DEMANDA TERRITORIAL ATACAMEÑA.....	280
3.4.1 Plan de Saneamiento de 1994.....	281
3.4.2 Convenio marco para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas. Suscrito entre la CONADI y la DGA (1997).....	287
 CAPITULO IV	
LAS COMUNIDADES ATACAMEÑAS. SUS REIVINDICACIONES TERRITORIALES, DIAGNOSTICO Y EXPERIENCIAS.....	289
 4.1 CLIMA Y GEOGRAFIA.....	289
 4.2 RESEÑA HISTORICA.....	292
 4.3 LA COSMOVISION ATACAMEÑA.....	300
4.3.1 Conceptos ejes de la vida social y cultural del Pueblo	

Atacameño.....	301
4.3.1.1 Rol del espacio natural.....	302
4.3.1.2 La Reciprocidad o Ayuda Mutua.....	303
4.3.1.3 La Complementariedad.....	303
4.3.1.4 La ocupación transversal de los pisos ecológicos.....	303
4.3.2 Expresión de estos conceptos en aspectos sociales de la cultura atacameña.....	304
4.4 EL CONCEPTO DE COMUNIDAD, PERTINENCIA CULTURAL Y ALCANCE NORMATIVO.....	312
4.5 LA COMUNIDAD COMO SUJETO DE DERECHO: DERECHOS Y SALVAGUARDAS CONFERIDOS A LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN LA LEY 19.253.....	316
4.6 DE COMUNIDAD A PUEBLO INDIGENA. AUTOIDENTIDAD Y ETNOGENESIS.....	325
4.7 EXPERIENCIAS DE ADMINISTRACION TERRITORIAL: LA RESERVA NACIONAL LOS FLAMENCOS.....	331
4.8 CONFLICTOS IMPORTANTES EN MATERIA TERRITORIAL.....	336
4.8.1 Pampa Puno.....	336
4.8.2 Salar de Pujsa.....	341
4.8.3 Observatorios Astronómicos: A.L.M.A. y Parque Astronómico Atacama.....	343
4.8.4 Derechos de Agua sobre el Río Toconce.....	346

CONCLUSIONES.....359

BIBLIOGRAFIA.....365

RESUMEN

En el presente trabajo se da cuenta de los fundamentos jurídico-políticos de la demanda territorial de los pueblos indígenas. Con tal fin se hace una revisión de la evolución histórica de los llamados “derechos territoriales”. Se incluye un análisis de la jurisprudencia comparada e internacional, especialmente la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el plano de la realidad chilena se ve el estado actual de la legislación indígena en materia de pueblos y territorialidad, haciéndose un análisis comparativo respecto a su adecuación con los estándares del derecho internacional. Finalmente, se aborda el tema desde la perspectiva del pueblo atacameño, reseñándose los instrumentos usados para proceder a la reconstrucción y empoderamiento de su territorio, como asimismo los principales conflictos que se han presentado en este proceso.

INTRODUCCION

Pudiéramos decir que un punto de partida para poder discutir sobre la sociedad plural y la democracia es que encontremos aquello que está en la base de la comunidad política y que consensúe intereses individuales o grupales y una comunidad capaz de aceptarlos. Ello implica reconocer que los estados ya no son culturalmente uniformes - y que probablemente nunca lo hayan sido – y que una sociedad pluralista debe dar cabida al reconocimiento de identidad de diversos grupos, casi todos en situación de minoría numérica, y procurar acomodar estas diferencias culturales haciendo frente a lo que se conoce como el “reto del multiculturalismo”.¹

Tratándose del caso de países con población indígena y en palabras muy precisas de Ricardo Calla y Ramiro Molina² "... el problema arranca del hecho que ellos (los pueblos indígenas), como identidades colectivas, ya existían

¹ KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona, Paidós Ibérica S.A., 1996, p.25. Sobre multiculturalidad ver también TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993. 159 p. En contra de la corriente multiculturalista, a la que considera que no propugna una sociedad verdaderamente pluralista, y con fuertes críticas en lo que concierne a las políticas de inmigración, ver SARTORI, Giovanni. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Madrid, Taurus, 2001. 144 p.

antes de la forma política que adoptaron los países en que ahora se encuentran, y que por tanto hoy demandan modificar legítimamente esta forma política por otra en la cual sean reconocidos como colectividades". Esto conlleva que se aspire a cambiar la relación que hasta ahora se mantiene con los respectivos estados nacionales de manera de lograr que se acepte por éstos la identidad que se autoatribuye un determinado pueblo y se redefina el rol o posición que dentro del país este tiene.³

¿Cuál va a ser esta posición en la comunidad política llamada estado? ¿Cuál es el contexto y condiciones en que con el estado encuentran una base común de referencia? Eso es algo que cada pueblo determina y plantea libremente. Existe al respecto un temor común de los estados, manifestado en el seno de la discusión de los convenios internacionales sobre materias indígenas y del debate de las propuestas de declaración de derechos indígenas de la ONU y la OEA, a que este ejercicio autodeterminativo de los pueblos indígenas lleve a plantear la secesión o una demanda separatista. Desde un punto de vista teórico efectivamente ello es una opción, pero no es la única y forzosamente

² CALLA, Ricardo y MOLINA, Ramiro. Los pueblos indígenas y la construcción de una sociedad plural. *Cuadernos de Futuro*, (5), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), p.10, La Paz, Bolivia, 1999.

³ Lograr lo que Taylor llama "política del reconocimiento", caracterizada por dos componentes: por una parte, la negociación de las identidades sociales a partir y sobre la base del reconocimiento mutuo y, por otra, la necesidad de encontrar una base de unidad que permita a todos ser parte de un mismo proyecto. TAYLOR, Charles ¿Qué principios de identidad colectiva? citado por CALLA, R. y MOLINA, R. Op. cit. p.10.

posible y, por lo demás, no es tampoco la vía que han tomado los pueblos indígenas.

Si pudiéramos resumir los tres ejes centrales de la propuesta de sociedad de los pueblos indígenas, éstos serían: ⁴

- (a) El carácter jurídico de reconocimiento estatal de la diversidad étnica y de los usos y costumbres propios.
- (b) La propuesta de concebirlos como sujetos colectivos de derecho, y
- (c) La petición de territorios formalmente reconocidos como propiedad y patrimonio de ellos. A esta última, se le denomina genéricamente demanda por "derechos territoriales".

Estos tres ejes están entrecruzados, así pues hablar de derechos territoriales conlleva aludir a un titular colectivo de los mismos. A la vez, el que exista un reconocimiento jurídico como pueblo facilita impetrar esta titularidad.

El Derecho Internacional ha recogido y ha reaccionado con mayor rapidez para incorporar estas propuestas. Lentamente el derecho interno de cada país

⁴ CALLA, R. y MOLINA, R. Op.cit. p.17.

también se ha adecuando a ellas, sea por la presión de los propios pueblos o por la que hace la comunidad internacional.⁵

El estado chileno, una vez retornado el sistema democrático, también ha debido prestar oídos a la voz de los pueblos indígenas que en él se insertan. La recepción de sus demandas es un proceso que en todo caso aún no concluye y del cual la Ley 19.253, o ley indígena, es sólo un primer paso.

Hasta ahora, el protagonismo mediático - y también histórico, hay que reconocerlo - en las reivindicaciones indígenas ha sido llevado por el pueblo Mapuche. Por lo mismo, hemos decidido contribuir a la difusión de la situación de otros pueblos, en este caso el Lickanantay o Atacameño.

A través de esta monografía, y siguiendo esta lógica de la dialéctica multiculturalista, trataremos de identificar y reseñar, junto con la perspectiva histórico-jurídica tanto nacional como internacional, cuáles son las demandas en materia de territorialidad que el Pueblo Lickanantay requiere que el estado reconozca para asegurar su identidad social, y cuál sería la forma de vinculación con el estado que se estima suficiente para garantizar el ejercicio de las mismas.

⁵ Básicamente ONG's, Tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, últimamente, organismos financieros como el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Mundial a la hora de decidir el otorgamiento de empréstitos.

Para ello, y utilizando un método de investigación que ha combinado la revisión de las fuentes bibliográficas impresas y on line, el análisis jurisprudencial, y un trabajo de campo que incluyó visitas a terreno y aplicación de entrevistas semiestructuradas, hemos dividido este trabajo en cuatro partes, más las conclusiones.

En la primera de ellas damos una revisión a lo que estimamos son conceptos relevantes para entender la demanda de derechos territoriales, tanto en el plano internacional como interno, haciendo un recorrido por la evolución de los Derechos Humanos, pasando por los Derechos Colectivos, hasta llegar a estos sujetos de derecho colectivos, como lo son los Pueblos Indígenas, y al referente constituido por el territorio, para el ejercicio de derechos colectivos específicos.

En la segunda parte nos avocamos al tema de los Derechos Territoriales, su concepto, naturaleza, desarrollo histórico, alcance normativo, reconocimiento y recepción en el Derecho Internacional y Comparado, destacando – en base a un análisis de casos - la importancia de la Jurisprudencia Internacional en la determinación de su alcance y exigibilidad.

El estado actual del reconocimiento de los derechos territoriales en nuestro país es lo que abordamos en el tercer capítulo, partiendo por una perspectiva

histórica para enseguida realizar un análisis crítico de la Ley Indígena, a la luz de los estándares del Derecho Internacional y Comparado, dando cuenta de los conflictos y tensiones existentes con otros cuerpos normativos y revisando las propuestas presentadas por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.

La última parte la centramos en el Pueblo Lickanantay, su historia, organización social, sus principales reivindicaciones territoriales, experiencias de administración territorial y conflictos existentes y futuros por resolver. Esto se complementa con un análisis de casos emblemáticos en materia de propiedad indígena y territorialidad.

Finalmente enunciamos las conclusiones, entre las que se contienen algunas sugerencias de propuestas normativas.

CAPITULO I

CONCEPTOS RELEVANTES PARA ENTENDER LA DEMANDA DE DERECHOS TERRITORIALES INDIGENAS

En el presente capítulo se abordarán conceptos a los que se alude cuando se toca el tema de los derechos indígenas y que nos ayudan a explicar la naturaleza jurídica de los llamados derechos territoriales indígenas y sus fundamentos éticos.

1.1 LOS DERECHOS HUMANOS

1.1.1 Concepto y breve reseña histórica

Se puede entender por derechos humanos “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y las igualdades humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e

internacional.”⁶

Cuesta dar un concepto de derechos humanos, pues como señala Squella, el problema del nombre está ligado con el de su concepto, y éste a su vez con el de su fundamentación. La fundamentación que se adopte va a determinar en cierto modo el concepto que se tenga de éstos y, asimismo, una denominación que esté en concordancia con dicho concepto y fundamentación.

De acuerdo a la doctrina clásica los derechos humanos nacen de la preocupación por el individuo y su relación con el estado o monarca a fin de constituir una salvaguarda frente al abuso por parte de quién detenta el poder político. Son exigibles no contra el resto de las personas sino contra el estado. Se considera que son inherentes a la persona humana, forman parte de la propia naturaleza del ser humano. En ese sentido son también universales atendido que su titularidad es independiente de raza, credo o condición social, no existiendo discriminación para su impetración.

Hasta antes de las guerras mundiales, la protección de estos derechos, en el marco de la relación del estado y sus habitantes o ciudadanos, y los posibles abusos cometidos fueron considerados un asunto de política interna, entendiéndose como una intromisión, interferencia y violación a la soberanía el

⁶ SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

que otro estado planteara su inquietud respecto del cumplimiento y respeto de los mismos.

A contar del siglo XX, a consecuencia de las violaciones masivas cometidas bajo el régimen nazi, y desde el derecho internacional, ocurre un cambio de actitud al respecto. Se comprendió que la protección de los derechos humanos era un asunto de tal importancia que no podía únicamente dejarse a los estados individuales y que se requería abordar el tema de manera conjunta a fin de asegurar la protección futura de los mismos. Así, y al alero de la Organización de las Naciones Unidas, comienzan a surgir una serie de instrumentos conducentes a la protección de los derechos humanos. El artículo 55 de la Carta de la ONU, del año 1945, dispone que se promoverá “el respeto universal de los derechos humanos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos o libertades”. Para tal fin, en el artículo 56 de la Carta, todos los miembros de la organización “se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”. Estas medidas no sólo se limitan al plano internacional, también deben extenderse al plano interno.

En 1946 se estableció la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, a fin

de supervisar la protección de éstos dentro de los estados miembros. La Comisión no constituye un órgano jurisdiccional, sus facultades se limitan a recibir las quejas referidas a violaciones de derechos humanos y eventualmente investigar para concluir en la redacción de un informe y propuesta de recomendaciones.

La Carta de las Naciones Unidas no contiene una enumeración o detalle de los derechos humanos; esta enumeración fue hecha en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1948.⁷ Con la finalidad de despejar cualquier duda en cuanto a la obligatoriedad jurídica de las disposiciones, tanto de la Declaración de Derechos Humanos como de la Carta de la ONU,⁸ se decide la redacción de un tratado basado en la Declaración Universal, resultando finalmente en la elaboración de dos pactos internacionales, aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el

⁷ Prácticamente en forma conjunta, y a fin de regular en forma específica el tema, la Asamblea General aprobó también la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio.

⁸ A las que se atribuía el carácter de meras declaraciones de principios o recomendaciones de conducta para los estados. Con todo, la Corte Internacional de Justicia tuvo posibilidad de pronunciarse en cuanto a la obligatoriedad de la Carta de la ONU en el ámbito de los derechos humanos, así en el 'Caso Namibia' señaló: "Según la Carta de las Naciones Unidas, el antiguo mandatario se había comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene status internacional, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza. En cambio, establecer y aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, descendencia, u origen nacional o étnico, lo que constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta". BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 3ra. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 204.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En un nivel regional, ya previamente, a principios del año 1948, se había aprobado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo articulado se combinan tanto derechos como deberes de las personas. Pese a que no se establecen órganos ni mecanismos destinados a controlar el cumplimiento de sus disposiciones, reconoce, en su artículo 18, el derecho de toda persona para acudir a los tribunales a fin de hacer valer sus derechos, disponiendo de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En cuanto al Viejo Mundo, en el año 1953 entra en vigor la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales la que establece dos órganos de supervisión: la Comisión Europea de Derechos Humanos y una Corte Europea de Derechos Humanos.

En noviembre de 1969 se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que entró en vigor en julio de 1978. Al igual que en el caso europeo contempla una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención Americana, a diferencia del sistema europeo, facilita el acceso directo de los individuos para

efectos de presentar denuncias o quejas.⁹

Complementariamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Pactos de Derechos Civiles y Económicos, Sociales y Culturales, la ONU ha implementado otras convenciones de implicancia general en el reconocimiento de los derechos humanos, convenciones y resoluciones entre las que se pueden mencionar la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, la Declaración sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura.

1.1.2 Categorías de los Derechos Humanos

Ya el enunciado de los Pactos del año 1966 nos señala dos tipos de derechos humanos: los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales llamados también, respectivamente, derechos de primera y

⁹ La Comisión Europea tiene competencia natural para recibir quejas presentadas por los estados partes y sólo puede recibir quejas presentadas por individuos o grupos de individuos en contra de un estado si éste último ha aceptado, por declaración especial, la competencia de la Comisión para recibir y examinar reclamaciones de esta clase. En el sistema americano, cualquier persona o grupo de personas, puede presentar quejas o denuncias, aún cuando no hubieran sido personalmente víctimas de los actos que motivan la denuncia; en cambio si se trata de un estado que recurre en contra de otro se requiere que ambos estados hayan previamente reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar quejas estatales.

segunda generación. Hoy se encuentra en proceso de discusión los llamados derechos de “tercera generación”,¹⁰ derechos cuyos titulares no son el individuo sino un colectivo o grupo. A todos ellos nos referiremos a continuación.

1.1.2.1 Derechos Civiles y Políticos

Se comprende aquí el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personales, el derecho a sufragio, el derecho a la libre determinación, a la protección igualitaria y a la no discriminación, la libertad de expresión y de pensamiento, las garantías del debido proceso, entre otros.

Para el respeto de estos derechos no se requiere que el estado intervenga, basta que se abstenga de actuar.

Se trata además de derechos que siempre han de ser respetados, salvo una situación de emergencia que ponga en peligro la vida de la nación. Con todo, existe un núcleo de derechos con carácter de inderogables, que no pueden ser

¹⁰ Algunos autores, como Squella, los consideran derechos de cuarta generación; en dicha línea la primera generación serían los derechos civiles; la segunda la de los derechos políticos; la tercera la de los derechos económicos, sociales y culturales y; la cuarta, la de los derechos colectivos.

violados en ningún momento y bajo ninguna circunstancia; ellos serían el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos, la prohibición de la esclavitud y de cualquier forma de servidumbre, el derecho a la integridad personal, la libertad de conciencia y de religión, el principio de legalidad, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos.

1.1.2.2 Derechos Económicos y Sociales

Se comprenden aquí, entre otros, el derecho al empleo en condiciones favorables, a formar y asociarse en organizaciones gremiales, derecho a la salud y a la educación, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a participar en la vida social y cultural.

Durante mucho tiempo se negó a estos derechos su carácter de derechos humanos planteándose que más bien se trataba de objetivos deseables de política social. Su formulación y aprobación requirió de un pacto separado al de los derechos civiles y políticos, producto de la discusión propia de los dos grandes bloques ideológicos que protagonizaron la denominada guerra fría.¹¹

¹¹ Para los países del bloque oriental estos derechos debían tener prioridad sobre los derechos civiles y políticos, lo que se traducía en la posibilidad de infringir estos últimos.

Los derechos económicos y sociales si requieren de una intervención estatal más activa, y exigen la aplicación de políticas públicas que aseguren a los individuos el beneficio y disfrute de estos derechos.

En cuanto al respeto de los mismos, está sujeto al financiamiento y recursos con que cuente el estado y a la eficacia de las políticas que aplique. En ese sentido no son plenamente exigibles frente al estado.

Con todo, hoy ya no se cuestiona el carácter de derechos humanos de los derechos económicos y sociales y se ha aceptado que son mutuamente complementarios e indivisibles con los derechos civiles y políticos.¹²

1.1.2.3 Los Derechos Colectivos

La formulación de estos y su aceptación como derechos humanos ha empezado a crecer con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX y fundamenta la discusión de los derechos de los pueblos indígenas y de

¹² Tal es el enfoque que contemplan instrumentos más recientes sobre derechos humanos surgidos desde la ONU. Así, la Proclamación de Teherán, de 1968 señala: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas de desarrollo económico y social”. La Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, del año 1986, expresa en su artículo 6º: “Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes ...”

minorías poseedoras de características colectivas únicas.

1.1.2.3.1 Principales Derechos Colectivos

1.1.2.3.1.1 Prohibición del Genocidio

Hasta antes de la discusión de los derechos indígenas el derecho internacional reconocía muy pocos derechos colectivos. Una de aquellas situaciones era la prohibición del genocidio. La Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, del año 1948, caracteriza como genocidio ciertos actos perpetrados con la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, como la matanza de los miembros del grupo, la lesión grave a su integridad física o mental, las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo y el traslado por fuerza de los miembros de un grupo a otro.

El genocidio constituye un delito de derecho internacional que protege, junto al individuo, a un grupo humano íntegro.

En julio de 1998 toma forma el Estatuto de Roma que instaura la Corte Penal Internacional. Reitera que constituye genocidio “cualquiera de los actos siguientes, 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 su destrucción física total o parcial; (d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y (e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.¹³

1.1.2.3.1.2 Derecho a la Libre Determinación

Otro caso de un derecho humano colectivo es el del derecho a la libre determinación, que se reconoce no a los individuos sino a los “pueblos”. Fue en la propia carta de la ONU donde aparece acuñado el término al señalar entre los propósitos de las Naciones Unidas el “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos.”¹⁴ En 1960 la Asamblea General de la ONU, a través de la Resolución 1514(XV) proclama la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la que en su artículo 2 señala: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y

¹³ Artículo 6.

cultural.”

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporan el derecho de autodeterminación, reafirmando que se trata de un derecho que corresponde no al individuo sino a los pueblos.

1.1.2.3.1.3 Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación

Fuera de la situación del Genocidio y del derecho de Libre Determinación, hoy se están agregando otros tópicos al tema de los derechos colectivos. Uno de ellos es el que surge en materia ambiental; el derecho al Medio Ambiente, proclamado por la Asamblea General de la ONU, el que es a la vez un derecho colectivo y un derecho individual.

1.1.2.3.2 Dimensiones de los derechos colectivos

Los derechos colectivos presentan dos dimensiones o campos de acción a

¹⁴ Artículo 1, párrafo 2.

los cuales responden, por un lado posibilitan de mejor manera el ejercicio de derechos individuales y, por otro, constituyen salvaguardas al ejercicio del poder en favor no ya del individuo frente al estado sino de un determinado grupo de personas.

1.1.2.3.2.1 Los derechos colectivos como Garantía del ejercicio de los derechos individuales

Se puede constatar que las personas son diferentes unas de otras y que establecen relaciones de pertenencia a un grupo, comunidad o pueblo; estas comunidades poseen al mismo tiempo características sociales y culturales que los diferencian de otras colectividades. Los derechos humanos deben asegurar el respeto a estas diferencias abarcando no solo a las personas como individuos sino también garantizando la dimensión colectiva de los derechos de las personas expresados en sus relaciones de pertenencia a estos grupos, comunidades y/o pueblos.¹⁵ Como señala Stavenhagen ¹⁶ “en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de derechos humanos sólo

¹⁵ INSTITUTO de Estudios Indígenas. Manual de derechos indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Universidad de La Frontera. Sin editar. p. 4.

¹⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales. Nueva Antropología. 13(43), p. 92, México, 1992.

adquiere significado en un marco contextual específico. La igualdad de derechos de los individuos no es más que una ilusión si esta igualdad es negada por diversas circunstancias a las colectividades a las que estos individuos pertenecen. Los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros”.

En materia de derechos indígenas se constata que ciertos derechos concedidos a los individuos requieren, para un adecuado disfrute, de una protección que también ampare al colectivo. Un clásico ejemplo es el derecho de usar la propia lengua; el idioma en este caso es un bien que pertenece al pueblo en su conjunto, en la medida que éste desaparece, también lo hace el propio pueblo. En este caso la protección del derecho al uso de la lengua no se logra sólo permitiendo su empleo sino también con otras medidas, como la obligatoriedad de su enseñanza, la posibilidad de hacer presentaciones en el idioma propio en las reparticiones públicas, o la necesidad de contar con personal bilingüe en dichas oficinas.

1.1.2.3.2.2 Los derechos colectivos en su dimensión política

Más allá de la protección al colectivo, como medio idóneo para asegurar la

protección de la respectiva libertad individual, los derechos colectivos persiguen una segunda finalidad. Normalmente la democracia funciona sobre la base de respetar las decisiones de una mayoría, sin embargo, reconociendo que la existencia misma de un grupo o colectivo, inserto dentro de un estado, es importante y valiosa, y que el respeto a la integridad de dicho grupo es también un ejercicio democrático, se instituyen ciertos derechos que hacen menos vulnerable el grupo a las decisiones de la mayoría. De esta manera se otorga valoración en sí a la diversidad, al reconocimiento de las diferencias, no en beneficio sólo de las libertades del individuo sino como algo necesario y perteneciente a toda la comunidad, lo que Carlos Frederico Marés llama el “derecho a la sociodiversidad”.¹⁷ Ello redundaría en que se plantee proteger las aspiraciones de distintos grupos considerados minorías sean éstas étnicas, religiosas o culturales. Como lo observa Kymlicka, de esta forma se busca “limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría”.¹⁸

Con este objetivo se crean salvaguardas institucionales que aseguren cierta

¹⁷ MARÉS, Carlos Frederico. Los indios y sus derechos invisibles. En: GOMEZ, Magdalena (Comp.). Derecho Indígena. México, INI, 1997. p. 165.

¹⁸ KYMLICKA, Will. Op.cit. p. 20.

inviolabilidad de los bienes – morales, culturales, materiales, jurídicos - que dicho grupo considera importante.

Acotando esto a la cuestión de los derechos indígenas se traduciría en “redefinir la institucionalidad estatal vigente, instaurando mecanismos legales que permitan transferir ciertas competencias desde las instituciones del estado a unidades políticas controladas por los Pueblos Indígenas”.¹⁹

Estos derechos “diferenciados en función de la pertenencia a un grupo”²⁰ serían los siguientes: (a) Derechos de Representación y Participación, (b) Derechos de Autogobierno y, (c) Derechos Pluriculturales.

1.1.2.3.2.2.1 Derechos Especiales de Representación y Participación

Los derechos especiales de representación dicen relación con “garantizar que los intereses del grupo estén representados en las instancias de gobierno donde se adoptan decisiones susceptibles de afectarlos”.²¹ Esto abarca

¹⁹ INSTITUTO de Estudios Indígenas. Op. cit. p. 15. Esta segunda finalidad tiene un claro componente político, los derechos colectivos así reclamados no buscan la protección de derechos concedidos sino la “restitución de derechos perdidos” (STAVENHAGEN, Rodolfo. Op. cit. p. 95).

²⁰ KYMLICKA, Will. Op. cit. p. 75.

²¹ INSTITUTO de Estudios Indígenas. Op. cit. p. 16.

entonces, idealmente, los tres poderes del estado, y principalmente el legislativo. En este último caso, las herramientas para lograr tal fin pasarían desde adoptar algún sistema eleccionario más proporcional hasta mecanismos de discriminación positiva como reservar determinados cupos en el parlamento o el doble voto – permitiendo un voto “nacional” y otro por un candidato indígena -.

Los derechos especiales de participación son el “derecho que asiste a los pueblos a ser consultados por todos aquellos organismos de la administración del estado donde se adoptan decisiones que tienen que ver con sus vidas, sus territorios, sus recursos o su futuro”. ²²

1.1.2.3.2.2 Derechos de Autogobierno

Conllevan la reclamación de algún tipo de jurisdicción territorial. El autogobierno, como veremos en otro apartado de este trabajo, es una de las opciones que confiere el ejercicio del derecho de libre determinación y su objetivo más inmediato es proteger la base territorial existente, población y recursos.

²² Ibid.

Una de las formas de lograr el autogobierno es a través del federalismo, pero ello sólo será exitoso si el grupo favorecido constituye mayoría numérica dentro del estado. En cualquier caso, el autogobierno implica establecer un estatuto específico de rango constitucional.

1.1.2.3.2.3 Derechos Pluriculturales

Tienen como objetivo “ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante”.²³ Se manifiestan en exenciones a las normas que les perjudican dados sus propios patrones culturales. Ejemplo del ejercicio de estos derechos es la autorización para el uso de indumentaria tradicional. Otra forma de manifestación de estos derechos es asegurando subvenciones públicas para sus prácticas culturales.

1.1.2.3.3 Titulares del ejercicio de los derechos colectivos en materia indígena

²³ KYMLICA, Will. Op. Cit. p. 53.

En cuanto a la titularidad del ejercicio de los derechos colectivos, tratándose de pueblos indígenas, podríamos identificar dos variantes: ²⁴

- (a) Derechos reivindicables por un miembro individual del grupo -actuando por cuenta propia, o en favor de todo el grupo sin necesidad de ser el legítimo representante de éste- o que bien pueden ser reivindicados por el grupo en sí actuando colectivamente o a través del representante designado para ello, y
- (b) Derechos reivindicables solamente por el grupo, pero no por sus miembros individuales.

Ejemplos del primer tipo serían los derechos que comprometieran actividades religiosas y culturales, también llamados pluriétnicos o culturales, y del segundo tipo los derechos que impliquen modos de ejercer la autodeterminación, como los derechos de autonomía o autogobierno.

1.2 PRECISANDO LOS SUJETOS

²⁴ BUCHANAN, Allen. Citado por MACKAY, Fergus. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas. Lima, APRODEH, 1999, p. 53.

Variadas son las denominaciones que aparecen, en cuanto al sujeto colectivo, cuando nos aproximamos a definir quienes son los titulares de los derechos indígenas. Es conveniente determinar su significado pues no se trata de términos similares; algunos tienen un alcance político o jurídico, otros más bien científico y otros más sociológico.

1.2.1 Etnia

De acuerdo al diccionario de la RAE etimológicamente deriva del griego “pueblo”, y significa “comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.”.²⁵

En su carácter de comunidad, sus miembros comparten características que consideran propias - distintivas de un otro -. Se trata así de una comunidad básicamente cultural.

El concepto de etnia, en tanto comunidad, es inclusivo de los conceptos de nación y de pueblo, pero carece de un alcance jurídico-político como el que tienen estos dos últimos. Por lo mismo es un concepto menos permeable

²⁵ REAL Academia Española. Diccionario de la lengua. Tomo I. 21ª. edición. Madrid, Espasa Calpe S.A. , 1992. p. 925.

ideológicamente y en este sentido más científico.²⁶

1.2.2 Nación

“La nación es una agrupación de individuos unidos generalmente entre sí por los vínculos de una misma lengua, de una misma religión, y de una misma tradición histórica.”²⁷

Si analizamos la anterior definición, vemos que reitera elementos ya enunciados en la definición de etnia como ser el compartir una misma lengua y una misma religión - lo que se conoce también como “comunidad de cultura” - , pero se ha añadido uno nuevo como lo es el compartir una tradición histórica.

Adicionalmente a ello, se incluyen como elementos una visión común de futuro, existiendo además un vínculo territorial, con ocupación efectiva o reivindicando un territorio.

²⁶ YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. La protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno. Memoria de Prueba (Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1990, p. 32.

²⁷ BARROS, Ernesto. Derecho Internacional Público. 3ª ed. Escuela de Derecho Universidad de Chile, 1945, p. 50.

En resumen, en la nación, como grupo humano, se conjugan cuatro elementos: (a) Comunidad de Cultura, (b) Conciencia de pertenencia, (c) Visión común de futuro, y (d) Vínculo territorial.

En este sentido, pueblo y nación son conceptos similares. Como señala Stavenhagen “el uso de uno y otro término corresponde a convenciones de uso y no es intrínseco al fenómeno social e histórico al que se refiere”.²⁸

1.2.3 Estado

El concepto de estado es un concepto jurídico-político. El estado es un sujeto de derecho, tanto en el orden nacional como en el orden internacional. En el orden interno es el estado el que detenta el ejercicio del poder.

“Estado, en el sentido del derecho internacional, es la persona jurídica independiente dentro de los límites de un territorio, es decir, la comunidad humana, que habita un territorio determinado y está gobernada por un poder soberano. Sus características son tres: 1, la soberanía; 2, el territorio; 3, la

²⁸ STAVENHAGEN. Op. cit. p. 97.

población”.²⁹

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, pone énfasis en que como característica o elemento del estado se encuentra además la existencia de un sistema jurídico, más aún, el poder estatal pasa por la posibilidad de dictar reglas.

A comienzos del siglo XIX, a la época de la independencia de los países americanos, regía el concepto ideológico de estado-nación, bajo el cual el estado sólo era posible de conformar sobre la base de la homogeneidad cultural de toda la población, y en el cual el estado debía responder a la idea de una sola nación políticamente organizada. Al mismo tiempo, se imponía el pensamiento liberal de la época especialmente lo que concierne a la igualdad ante la ley de todas las personas. En países con población indígena, esto dio lugar a la creación de un modelo de estado excluyente en que la institucionalidad jurídico-política no representaba ni expresaba la realidad plural, marginando a las comunidades no representadas oficialmente y reprimiendo las expresiones de diversidad cultural, religiosa y normativa. Hoy muchos estados ya se asumen como pluriétnicos y multiculturales. En ellos una base exitosa de cohesión social ya no está en la homogeneidad cultural sino en la lealtad a la comunidad política más amplia en la que están integrados y con la que

²⁹ VON LISZT, Franz. Derecho Internacional Público. Versión de la 12da. Ed. Alemana.

cohabitan.³⁰

1.2.4 Minorías Étnicas y Poblaciones Tribales

Se refieren a un grupo con características étnicas comunes. El Convenio 169 de la OIT da una definición de poblaciones tribales, “aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

Francesco Capotorti indica que corresponden a “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, que no se encuentra en una posición dominante, cuyos miembros, siendo nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y demuestran, aunque sea implícitamente, un sentido de solidaridad, dirigido hacia la preservación de su cultura, tradición, religión o lenguaje”.³¹

Traducida por Domingo Miral, Barcelona, Gustavo Gili, Editor. 1929. p. 83.

³⁰ KYMLICKA, Will. Op. cit. p. 29.

³¹ CAPOTORTI, Francesco. Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities. Nueva York, Naciones Unidas, 1979. Citado por AYLWIN, José y YAÑEZ, Nancy. Informe en Derecho. En: Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. , Recurso de Casación de Fondo, Rol Corte Suprema 986-2003.

El Protocolo Adicional N°12 a la Convención Europea de Derechos Humanos, del año 2002, señala que una minoría nacional es un grupo de personas que residen en un estado y son ciudadanos de éste; tienen vínculos históricos firmes con este estado; muestran características étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas, diferentes a los demás habitantes del país; son una comunidad representativa, aunque reducida en cuanto al número de sus miembros y; tienen el deseo común de preservar su identidad.

1.2.5 Pueblos Indígenas

Es de todos, el concepto más difícil de definir y sobre el cual cuesta encontrar consenso doctrinario. Ello por varias razones que podemos resumirlas en dos: el alcance que tiene la expresión “pueblo” -a secas- dentro del derecho internacional y, por otro lado, el criterio usado para atribuir el elemento de indigeneidad.

Ya habíamos señalado que pueblo podía ser intercambiable con el concepto de nación. Así, pueblo sería “un tipo específico de comunidad humana, unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común”.³²

³² GROS Espiell, Héctor. Citado por YAÑEZ, Nancy. Op. cit. p. 36.

1.2.5.1 Definiciones de los Relatores Especiales de la ONU

1.2.5.1.1 Definición del relator Rodolfo Stavenhagen

Para Stavenhagen a un pueblo se le define por “el conjunto de rasgos que caracterizan a un conglomerado humano en términos territoriales, históricos, culturales, étnicos y le dan un sentido de identidad que puede expresarse a través de ideologías nacionalistas o étnicas. Esta identidad no es permanente ni fija: puede surgir, modificarse y desaparece según las circunstancias”.³³

1.2.5.1.2 Definición del relator Aurelio Cristescu

Aurelio Cristescu, relator de la ONU a fines de los '70 señala que pueblo es “(a) una entidad social que posee una clara identidad y características propias; (b) el que tiene una relación con un territorio, aunque haya sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otras poblaciones”.³⁴

³³ STAVENHAGEN, Roberto. Op.cit. p. 97.

³⁴ CRISTESCU, Aurelio. Estudio sobre el desarrollo histórico y contemporáneo del derecho a la libre determinación, citado por MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 59.

1.2.5.1.3 Definición del relator José Martínez Cobo

José Martínez Cobo, indica que “son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: (a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; (b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; (c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vivir en un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilos de vida, etc.); (d) idioma (ya sea que se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o

normal); (e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo; (f) otros factores pertinentes”.³⁵

1.2.5.1.4 Definición de la relatora Erica-Irene Daes

Erica-Irene Daes, también relatora especial de la ONU y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, señala que para definir un pueblo habrá que estarse a “el grado hasta el cual el grupo que formula una demanda comparte lazos étnicos, lingüísticos, religiosos o culturales - aunque la ausencia o debilidad de algunos de estos lazos o elementos no tienen por qué invalidar una demanda - y el grado hasta donde los miembros al interior del grupo perciben la identidad del mismo como distinta de las identidades de otros grupos”.³⁶

1.2.5.2 Definición del Convenio 169 de la OIT

En el Convenio 169 de la OIT se define a los pueblos indígenas como

³⁵ MARTINEZ Cobo, José. Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Citado por MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 69.

³⁶ DAES, Erica Irene, citada por MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 59.

“aquellos descendientes de poblaciones que habitan en el país en la época de la Conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.³⁷

1.2.5.3 Definición del Tribunal Constitucional de Chile

El Tribunal Constitucional de Chile, al pronunciarse respecto de requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, define a los pueblos indígenas 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.”³⁸ Queda la duda en cuanto a si los pueblos indígenas constituyen o no un ente colectivo “entre los individuos y el estado” y ello considerando dos tópicos importantes en materia constitucional: (a) Que a propósito del recurso de protección está ampliamente aceptado que éste opera incluso a favor de las

³⁷ Art.1 N°1, letra b).

llamadas “personas morales”. ¿Acaso los pueblos indígenas no podrían ser al menos un tipo de estas personas morales? (b) El reconocimiento que en el capítulo de las “Bases de la Institucionalidad” se hace de los “grupos intermedios” en base a los cuales se estructura y organiza la sociedad y a los cuales se les reconoce la adecuada autonomía para el cumplimiento de sus propios fines específicos. Cuesta no reconocer que los pueblos indígenas, en base a lo señalado constituyan una realidad por sobre el individuo, y si ello es así ¿Por qué no pueden gozar de autonomía?

1.2.5.4 Comentarios acerca del concepto de Pueblo Indígena

Existe una especial diferenciación entre pueblos indígenas y las llamadas minorías étnicas, al menos en dos puntos:

- (a) El elemento histórico-geográfico. Es lo que se llama "alegación de su exclusividad en cuanto a su indigeneidad" y que se relaciona con las diversas formas que se dio el colonialismo en el mundo. De acuerdo a esas formas se habrían producido en algunas situaciones, pueblos indígenas y en otras situaciones se habrían mantenido naciones subyugadas o colonizadas, como el caso clásico de la India bajo el

³⁸ TRIBUNAL Constitucional de Chile, Sentencia del 4 de agosto de 2000, Rol N°309.

dominio inglés. En el caso de las sociedades prehispánicas latinoamericanas, la colonización habría roto el proyecto colectivo dejando a las comunidades separadas y dispersas. Distinta es la situación de aquellos procesos de colonización que dominaron a la sociedad como un todo, sin romper necesariamente el sistema de poder y de dominación interno; en este último caso más que cuestión indígena hay un problema de descolonización e independencia nacional.

Por lo demás, minorías étnicas pueden presentarse también como consecuencia de procesos migratorios, cosa que no ocurre en el tema indígena en que siempre han ocupado el espacio en el cual se desenvuelven.

- (b) El elemento demográfico. Los pueblos indígenas, en muchos de los países constituyen mayoría numérica, así ocurre en Guatemala y en Bolivia. En otros, como Ecuador y Perú, bordean la mitad de la población total.³⁹

1.2.5.5 El Principio de Autoidentificación como pilar de la definición de

³⁹ Información recogida en AYLWIN, José. El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos. CEPAL - Serie Desarrollo Productivo. (128) v.1, p. 10, Santiago, julio 2002.

Pueblo Indígena

En la discusión de los proyectos de declaración de los derechos de los pueblos indígenas, se ha defendido con fuerza el llamado “Principio de Autoidentificación”, en virtud del cual es el propio pueblo indígena el que se define como tal, rehusando el que en estos instrumentos internacionales se contemple una definición de pueblo indígena. Esta posición persigue dos objetivos:

- (a) Impedir que, con motivo de dar una definición de pueblo indígena, de su interpretación pudieran excluirse algunos beneficiarios, y

- (c) Evitar que una autoridad externa - un estado, la ONU, etc. – defina quién es individuo o pueblo indígena y que de esta manera pudiera negar su existencia y derechos.

Este principio está presente en diversas disposiciones de los instrumentos internacionales. Así, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 1.2 señala “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

El artículo 8° del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendiendo el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales”.

En igual sentido se manifiesta el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo I -1 “La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar a los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración”.

La aplicación de este criterio, al carecer de parámetros objetivos, ha dado lugar para que ocurran algunas situaciones curiosas. Así por ejemplo, a la sesión anual del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU del año 1995 acudió una delegación de afrikaneers o boers sudafricanos, lo que provocó el retiro de la sala de todo el resto de las delegaciones. Con todo, ello ha ocurrido más que por la falta de claridad para discernir la indigeneidad, por las ventajas advertidas por un grupo en autoatribuirse tal calidad.

1.3 EL TERRITORIO

El territorio es un concepto entendido de diversas maneras siendo usado tanto en las ciencias naturales como en las diversas disciplinas de las ciencias sociales. El concepto de territorio fue aportado por la biología como escenario de la vida; la geografía lo incorporó reelaborándolo y diferenciándolo de los conceptos de lugar, espacio y paisaje, desde distintas perspectivas históricas.

1.3.1 Definición de territorio por el Diccionario de la RAE

El diccionario de la RAE comprende las siguientes definiciones de territorio: “1.- Porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc. 2.- Terreno, esfera de acción. 3.- Circuito o término que comprende una jurisdicción, un cometido oficial u otra función análoga. 4.- Terreno o lugar concreto, vgr. una cueva, un árbol, un hormiguero, donde vive un determinado animal, o un grupo de animales relacionados por vínculos de familia, y que es defendido frente a la invasión de otros congéneres”.⁴⁰

1.3.2 Definición de las Ciencias Naturales

⁴⁰ REAL Academia Española. Op.cit. Tomo II. p. 1969.

Para las ciencias naturales, en palabras de Manuel Correia de Andrade, el territorio sería "el área de influencia y dominación de una especie animal, la cual domina de manera más intensa en el centro y va reduciendo esta intensidad en la medida en que se aproxima a la periferia, donde compite con dominios de otras especies." ⁴¹

1.3.3 Definición clásica de las Ciencias Sociales

Las ciencias sociales ven al territorio como el espacio de dominación, propiedad y o pertenencia de los sujetos, individuos o colectividades; un espacio sometido a unas relaciones de poder específicas.⁴² Tal perspectiva arranca desde una visión antropocéntrica del universo, como lo es la judeo-cristiana que inspira nuestra cultura. ⁴³

⁴¹ Citado por RESTREPO, Gloria. Aproximación cultural al concepto de territorio. [en línea] <www.banrep.gov.co/blavirtual/letra-a/aprox/1.htm> [consulta: 20 noviembre 2003].

⁴² "La primera divisoria, fue marcada en el terreno por el primer ser que comprendió su posición con relación al semejante más próximo. De la propiedad individual se pasó a la soberanía colectiva, o sea, a la casa, a la ciudad, de la ciudad a la provincia y de ésta al país. Todo tiene límites, líneas, lindes, cercas, muros u otras designaciones que tienen las características de las posesiones materiales de algún hombre o entidad social". CASTILHOS GOYCOCHEA, citado por KRUKOSKI, Wilson. Fronteras y límites. [en línea] <www.info.Incc.br/wrmkkk/artigoe.html> [consulta: 20 noviembre 2003]

⁴³ En esta visión el espacio, la naturaleza, el resto de los seres vivos han sido dados al hombre para servirse de ellos y dominarlos. Ya la Biblia, en el Génesis, señala "Y bendijoles Dios y dijoles Dios: Sed fecundos y multiplicaos y henchid la tierra y sometedla; mandad en los peces del mar y en las aves de los cielos y en todo animal que serpea sobre la tierra. Ved que os he dado toda hierba de semilla que existe sobre la haz de toda la tierra, así como todo árbol que lleva fruto de semilla; para vosotros será de alimento. Y a todo animal terrestre, y a toda ave de

Desde el punto de vista del derecho un primer acercamiento al concepto de territorio lo tenemos al incluirse como uno de los elementos, junto con "gobierno" y "nación", que conforma a un estado. El territorio puede así ser entendido como "una superficie limitada por divisorias, donde la nación (estado) ejerce soberanía". ⁴⁴

1.3.4 El territorio como espacio sociocultural

Junto a los conceptos ya tradicionales de territorio se han ido decantando otras acepciones que pretenden dar un contenido que haga mención no sólo a los hitos geográficos, o a una determinada forma de ordenamiento geopolítico o de divisiones administrativas, sino también a la importancia del propio espacio físico como elemento preponderante y esencial de una determinada forma de vida. Son conceptos de territorio que hacen referencia a una dimensión sociocultural de éste, ⁴⁵ dimensión en la cual el espacio se valoriza y apropia por quién lo ocupa.

los cielos y a toda sierpe de sobre la tierra, animada de vida, toda la hierba verde les doy de alimento". Génesis 2:28.

⁴⁴ KRUKOSKI, Wilson. Op. cit.

⁴⁵ La importancia de esta dimensión, como un referente en la definición de los procesos culturales, pudiera verse cuestionada o amenazada por el fenómeno de "globalización mundial" manifestado en la internacionalización del capital, la difusión de los medios de comunicación y el incremento de la intensidad y formas de movilidad geográfica de la población. No obstante el territorio seguirá siendo un factor importante a la hora de generar una identidad común, sea por

Así por ejemplo, se alude a "lugares de memoria colectiva que se expresan a través de la oralidad y cuya existencia es fundamental tanto para el sustento socioeconómico del grupo que los habita como para la regeneración de su identidad cultural".⁴⁶

Para Restrepo es "el espacio construido por los grupos sociales a través del tiempo, a la medida y a la manera de sus tradiciones, pensamientos, sueños y necesidades, que significa mucho más que espacio físico poblado por distintas formas de vida que se relacionan, cooperan y compiten entre sí; lo que permite concebir al territorio como un campo relacional".⁴⁷

Roger Plant, consultor del Banco Interamericano de Desarrollo señala que "el territorio para los pueblos indígenas es el espacio bajo su control que les

autoadscripción o heteroadscripción, y ello porque conlleva un elemento vivencial o de temporalidad, lo cual es tratado en este mismo capítulo, a propósito de las identidades territoriales. Por lo demás, como lo indica María Martínez Benítez, Presidenta de la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, en uno de sus discursos "....el pluralismo cultural es una característica persistente que atraviesa a todas las sociedades contemporáneas, y la identificación étnica es con frecuencia una respuesta sana y normal a las presiones de la globalización".

⁴⁶ LE BONNIEC, Fabien. Las identidades territoriales o cómo hacer historia desde hoy día. En: MORALES, Roberto (Comp.). Territorialidad mapuche en el siglo XX. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera. Temuco. Ediciones Escapate, 2002, p. 34.

⁴⁷ RESTREPO, Gloria. Op. cit.

permite desarrollar y reproducir los aspectos sociales y culturales de su subsistencia".⁴⁸

De estas aproximaciones culturales surge una diferenciación entre el territorio como término y como concepto, como señala Giménez: "como término, remite a cualquier extensión de la superficie terrestre habitada por grupos humanos y delimitada en diferentes escalas: local, municipal, regional, nacional, o supranacional; como concepto es siempre un espacio valorizado sea instrumentalmente, sea culturalmente".⁴⁹

Así, y siguiendo a Velasco,⁵⁰ el territorio puede ser abordado como: (a) Espacio de inscripción de la cultura, (b) Marco o área de distribución de prácticas e instituciones culturales, (c) Objeto de representación y apego efectivo, y (d) Un símbolo de pertenencia sociocultural.

Estas dimensiones presentan coincidencia conceptual con definiciones del campo de la sociología como la de "lugar" y "espacio social". El lugar, más allá de la dimensión física es "una experiencia vital que integra naturaleza,

⁴⁸ PLANT, Roger y HAVLKOF, Soren. Titulación de tierras y pueblos indígenas. Informe Técnico para el BID. Washington, 2002, p. 25.

⁴⁹ GIMENEZ, Gilberto. Territorio y cultura. Citado por VELASCO, M.Laura. Identidad cultural y territorio: una reflexión en torno a las comunidades transnacionales entre México y Estados Unidos. Región y Sociedad. IX (15), México, El Colegio de Sonora, 1999, p. 114.

⁵⁰ Ibid.

significado y relaciones sociales" ⁵¹ y el espacio social es "un producto de la experiencia, la percepción y la imaginación". ⁵²

Las fronteras, como un componente que también se significa, contribuyen a crear un sentido de pertenencia comunitaria, que da origen a las "identidades territoriales".

El concepto de territorio, incluyendo este elemento de identidad, sería la de "un espacio apropiado mítica, social, política y materialmente por un grupo social que se 'distingue' de sus vecinos por prácticas espaciales propias". ⁵³

Podríamos extraer dos ideas-eje dentro de las distintas definiciones socioculturales de territorio antes vistas:

- (a) Presuponen una cosmovisión no antropocéntrica del mundo; pues adscribe y genera un determinado sentido de pertenencia en el hombre, y no a la inversa, y

⁵¹ SACK, Robert. El lugar y su relación con los recientes debates interdisciplinarios. Citado en VELASCO, M.Laura . Op.cit. p. 114.

⁵² HARVEY, David. The condition of postmodernitylan inquiry into the origins of cultural change. Citado en VELASCO, M.Laura. Op.cit. p. 114.

⁵³ VASQUEZ, Emilia. La apropiación del espacio entre nahuas y popolucas en la Sierra de Santa Marta, Veracruz. Citado en VELASCO, M.Laura. Op. cit. p. 116.

(b) El tiempo, la historicidad es un elemento más del mismo. Este elemento vivencial o temporal es importante pues permite la mutabilidad del territorio.

1.4 LAS IDENTIDADES TERRITORIALES

La territorialidad, es decir la relación de un grupo humano con el territorio, puede incluir un sentido de identidad espacial, un sentido de exclusividad y una compartimentación de las interacciones con un territorio dado. Esta relación se torna más compleja en la medida que las territorialidades de un grupo se interceptan con las de otros grupos.⁵⁴ Esta identidad y el sentido de pertenencia comunitaria se construyen por autoadscripción simultáneamente que por heteroadscripción. A través de los mecanismos contrastativos del nosotros y los otros y también mediante la elaboración de un pasado común que se comparte – que supone el desarrollo de una conciencia histórica – se da forma a esta identidad social derivada de la adscripción a una unidad socioterritorial.

⁵⁴ BELLO, Alvaro. Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones. En: AYLWIN, José (Editor), Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno, Temuco, 2004, Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de La Frontera, p. 105.

Todo ello hace que el estudio de la relación entre identidad y territorio sea una tarea compleja por la diversidad de aspectos que involucra y la imposibilidad de fijarla en el tiempo.

Las identidades territoriales no son solamente frutos de procesos históricos, son reconstrucciones de un pasado desde la perspectiva indígena; son ante todo sociopolíticas, son culturales de un modo solamente secundario.⁵⁵

Últimamente el concepto de territorio se ha integrado a un dispositivo discursivo identitario, junto a otros como el de "pueblo", "nacionalidades" o "naciones indígenas".⁵⁶ No obstante, la noción de identidad territorial no es sólo propia ni nace con el discurso reivindicacionista indígena, si bien es donde ha tenido más uso en los últimos años.

Esto es importante pues nos hace concluir o descartar que sea un término fabricado o construido por un grupo con la sola finalidad de idear argumentos reivindicacionistas. De acuerdo a Velasco Ortiz, quién aborda el tema de la identidad cultural y territorio estudiando la situación de los inmigrantes

⁵⁵ LE BONNIEC, Fabien. Op.cit. p. 45.

⁵⁶ "en el contexto de las luchas por la identidad, dichos dispositivos discursivos - de los que nociones como 'territorio' , 'pueblo' , 'nacionalidades' o 'naciones indígenas' forman parte - resultan de un ejercicio de auto-objetivación de las sociedades indígenas, a través del cual se proponen, de una parte, vectores de identificación que permiten la producción de identidades supracomunitarias, y de otra, una forma de ver y organizar el mundo social." ZUÑIGA, Gerardo

mexicanos en Estados Unidos y los vínculos mantenidos con sus respectivos pueblos de origen a través de las llamadas "comunidades de migrantes", se destaca que la conciencia histórica de una comunidad local, regional o nacional tiene una importante base ritual que la sintetiza. Ese énfasis en la ritualidad como mecanismo de pertenencia y re-creación territorial ha sido comprobado empíricamente en el proceso de reconstitución de la identidad comunitaria de las poblaciones migrantes. La territorialidad cumple así el rol de ser "una forma de experiencia y apropiación sociocultural del territorio a través del tiempo." ⁵⁷

Lo que ha ocurrido es que internacionalmente en los últimos años, producto de la flexibilización de las normas legales que protegían las tierras indígenas y del creciente avance y demanda por los recursos naturales ubicados en ellas, ha surgido un discurso político sobre el territorio - de la mano con el discurso de la identidad y la autonomía - convirtiéndose en un "referente simbólico y material de la identidad ligado a experiencias concretas y a la búsqueda de distintas formas de representación y autorrepresentación entre los pueblos indígenas". ⁵⁸

"La dimensión simbólica de las luchas étnicas y el discurso indígena en torno al territorio" , citado en LE BONNIEC, Fabien. Op. cit. p. 36.

⁵⁷ VELASCO, M.Laura. Op.cit. p. 121.

CAPITULO II

LOS DERECHOS TERRITORIALES

2.1 RESEÑA Y EVOLUCION HISTORICO JURIDICA

Los derechos territoriales son derechos cuyo titular es un sujeto colectivo: los pueblos indígenas. No son derechos que se ejerzan individualmente sino que se atribuyen a un grupo o colectivo.

Para comprender la génesis de estos derechos es necesario tener en cuenta el siguiente hecho: Los pueblos indígenas preexisten a la formación del estado del cual forman parte, sin perjuicio que hubieran sido objeto de subordinación militar, jurídica, política, económica y de una cultura distinta a la propia. El ejercicio de los derechos territoriales tiene por tanto una dimensión histórica que a continuación revisaremos.

2.1.1 La Ocupación de la Corona

⁵⁸ BELLO, Alvaro. Op. cit. p. 101.

La conquista de América se sustenta en las bulas del pontífice Alejandro VI, del año 1493, en virtud de las cuales se autoriza a los reyes de Portugal y España a tomar para sí el dominio de las tierras del "Nuevo Mundo". Ambas coronas se valen de la "doctrina del descubrimiento" como fundamento para obtener esta concesión graciosa del papado ⁵⁹. Subyace a ello un discurso que identifica las diferencias en términos negativos y por el cual "lo indígena y sus formas sociales, culturales y políticas pasaron a significar atraso, amenaza y disgregación." ⁶⁰

Basándose en esta donación pontificia, las tierras del nuevo mundo se integran al patrimonio personal de los Reyes Católicos, disponiendo éstos que a su muerte fueran incorporadas a la Corona – no al reino - de Castilla. Posteriormente, en 1519, se las declara inalienables, de manera que no pudieran separarse del monarca. De ello se desprende que las tierras del nuevo mundo, en un sentido político, constituyen un reino ⁶¹ separado del de Castilla,

⁵⁹ La "doctrina del descubrimiento" otorgaba a los estados que descubrían tierras previamente desconocidas para ellos un título imperfecto que podía perfeccionarse mediante la ocupación efectiva dentro de un plazo razonable. En el mundo anglosajón a propósito de la ocupación colonial en Norteamérica y Oceanía se invocó además la doctrina de "terra nullius" que sostiene que las tierras indígenas están legalmente desocupadas hasta la llegada de una presencia colonial, y por tanto pueden convertirse en propiedad de la potencia colonizadora mediante la ocupación efectiva. Ver al respecto DAES, Erica-Irene. Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Las Poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo de la ONU E/CN.4/Sub.2/2000/25, junio de 2000.

⁶⁰ CALLA, R. y MOLINA, R. Op cit. p. 4.

⁶¹ ".....con todos los atributos de tales, es decir, territorio, población, derecho, instituciones e incluso, gobierno propio, dependiente sólo del monarca. Por eso no es extraño que a los reinos

Aragón o Navarra.

La encomienda, aplicada en las colonias españolas, reconoce en su estatuto y principios la imposibilidad de apropiarse de tierras indígenas. No obstante, significó en el hecho el desplazamiento de los indígenas desde sus tierras hacia los pueblos de indios y la posterior apropiación de estas tierras por el encomendero. Tratándose de las colonias portuguesas la apropiación se llevó a cabo valiéndose de la sesmaría.⁶²

De alguna manera el tema de la identidad indígena no fue ignorado del todo, al permitirse la vigencia de los “usos y costumbres” que no violasen la ley divina natural y que no afectaran el orden político-económico colonial o la religión católica ⁶³. Del mismo modo se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia en asuntos que les concernieran.

de Indias se les llame estados. “ BRAVO LIRA, Bernardino. Derecho Común y Derecho Propio en el nuevo mundo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 195.

⁶² En virtud de esta se concedía a los colonizadores tierras no aprovechadas otorgándoles un plazo para su demarcación y aprovechamiento. Dado que el sistema agrícola indígena era de cultivos rotatorios, dejaba por lo mismo tierras en descanso, sobre las cuales se aplicaba sesmaría. Ver AYLWIN, José . El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América latina: un estudio de casos. Serie Desarrollo Productivo, CEPAL, (128) Vol. I, p. 11, julio 2002.

2.1.2 La Dominación de la República

Los nacientes estados americanos que se fueron conformando a principios del siglo XIX ignoraron la identidad indígena y la especificidad de su cultura. El estado de derecho de los países latinoamericanos se basó en las concepciones napoleónicas de unidad del estado e igualdad de todos los habitantes ante la ley, conforme a los principios de un sólo estado, una sola nación, un sólo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola ley, una sola administración de justicia. Esta unidad cultural, reconocida en las constituciones de los diversos países, respondía a la necesidad política de que el estado construyera una identidad nacional aún incipiente entonces.

2.1.3 Colonialismo

En Africa, la ocupación y dominación política fue bastante más tardía. En 1879, el noventa por ciento del continente era todavía gobernado por las distintas tribus existentes.⁶⁴ Las potencias europeas habían protegido el comercio con Africa del Norte y Africa Occidental a través de factorías

⁶³ Primeramente en las Leyes Nuevas de 1542-1543, más tarde en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. Ver al respecto BRAVO LIRA, Bernardino, op. cit. , p. 78-79.

⁶⁴ BERÁSTEGUI, Rafael. Africa al sur del Sahara: recuento e hipótesis. Diplomacia, (83) p. 67, Santiago de Chile, abril-junio 2000.

británicas, danesas, holandesas y portuguesas, fortificadas y escalonadas a lo largo de la costa oeste. La situación se modificó con rapidez luego que el comercio con el Atlántico dejó de ser exclusivamente costero. Los ferrocarriles y las mejoras en el transporte fluvial posibilitaron el ingreso al interior del continente, agudizándose las disputas europeas procediéndose finalmente a la repartición de Africa entre Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Portugal, España y Alemania (Conferencia de Berlín, 1884-85). Más tarde, luego de la Primera Guerra Mundial, las colonias alemanas se distribuyen entre los vencedores.

El impacto del dominio colonial en las sociedades africanas varió en función de las políticas de las potencias europeas, los territorios y las etnias. Hubo tribus que en lo político constituían verdaderos estados centralizados - Mandinga y Ashanti - los que libraron dura guerra contra la ocupación. Para las tribus nómades de pastores como los Hereros, Masais y Tutsis les fue más difícil adaptarse a las disposiciones coloniales que para pueblos que vivían de la agricultura. A tribus como los Ndebeles de Zimbabwe o Ngunis de Zambia, acostumbradas a ejercer dominio sobre otras, les costó asumir el ser obligadas a pagar impuestos, a diferencia de las que ya habían sido vasallas de éstos. Además, en cada territorio colonial hubo pueblos favorecidos por su colaboración con las potencias y pueblos castigados por ofrecer resistencia. Estos factores acentuaron el fraccionamiento territorial y político previamente

existente.⁶⁵

En 1922, la "Política del Mandato Dual", formulada por un alto funcionario británico, proclamó que a los pueblos coloniales se les debía "un avance moral y material que los orientara hacia el autogobierno" y recomendó la adopción del sistema de control indirecto ensayado en Nigeria.⁶⁶ Esta propuesta, consistía en encubrir la dominación colonial bajo una administración ejercida a través de los jefes africanos tradicionales.

El proceso de descolonización no tendría lugar sino después del final de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la conciencia anticolonial no se abrió paso con fuerza en el sistema internacional hasta la Conferencia Afro-Asiática de Bandung de 1950, en la que se condenó, formalmente, la dominación colonial y se rechazó dicha práctica en las relaciones internacionales.⁶⁷

La Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970 -que contiene la "Declaración de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas"- determinó la

⁶⁵ BERÁSTEGUI, Rafael. Ibid. p. 68.

⁶⁶ BERÁSTEGUI, Rafael. Op. cit. p. 69.

⁶⁷ PEREZ GIL, Luis Vicente. El Consejo de Seguridad de la ONU y el conflicto del Sahara Occidental. *Diplomacia*, (82) enero-marzo 2000, Santiago de Chile, p. 33.

naturaleza jurídica de estos territorios: "el territorio de una colonia u otro territorio autónomo tiene una condición jurídica distinta y separada del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia haya ejercido su derecho a la libre determinación".

2.1.4 Los Derechos Humanos: primer punto de apoyo para concebir los Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas

Jurídicamente, la primera aproximación al tema de los derechos indígenas parte desde una perspectiva más genérica que es la de los derechos humanos. Como ha sucedido con otros derechos, desde instrumentos concebidos para afianzar "garantías individuales" se llega finalmente a establecer derechos colectivos. En términos más conceptuales se ha pasado de hablar de "derechos humanos de los individuos pertenecientes a las minorías étnicas" a "derechos humanos de los pueblos indígenas" y ello por una permanente insistencia de los movimientos indígenas en cuanto a ser tratados como pueblos y no como minoría o población.

2.1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

El primer instrumento internacional que posibilita hablar de derechos humanos de los indígenas es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU del año 1948, que descansa en dos principios relevantes: la igualdad entre todos los seres humanos y la no discriminación. En el año 1948, también desde el seno de la ONU, surge la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la que sin tratar específicamente de las comunidades indígenas, sanciona como delito internacional cualquier acto destinado a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal. La declaración, por su propia naturaleza no es un instrumento de carácter vinculante. Si tiene este carácter la Convención contra el delito de Genocidio y también dos nuevos instrumentos que surgen dos décadas más tarde: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que datan del año 1966 y que entraron en vigor el año 1976.

2.1.4.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone 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." Es el llamado derecho a la "integridad cultural".

La redacción de esta norma reconoce algunas falencias: ⁶⁸

- (a) El texto no afirma derechos, pues está redactado en términos negativos (se ocupa la expresión "no se debe negar").
- (b) No define lo que se entiende por minoría y no queda claro quién decide si existen o no minorías dentro de un Estado.
- (c) No reconoce derechos a las minorías como tales sino a las "personas que pertenezcan a dichas minorías", y
- (d) Los pueblos indígenas en América Latina se resisten a ser considerados minorías y de hecho en algunos países son mayorías en términos demográficos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha formulado la Observación

⁶⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. En: AYLWIN, José (Editor). Derechos humanos y pueblos Indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, 2004, p.19.

General 23, al artículo 27 antes citado. En ella, interpretando la disposición, señala que, pese a la redacción negativa, se desprende un derecho que el Estado no puede negar. Agrega que pese a consagrar el artículo derechos individuales, estos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión y que por tanto puede llegar a ser necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de la minoría y asegurar el disfrute de los derechos de ésta, disfrute que en caso alguno menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte.

2.1.4.3 Declaración y Convención sobre la Discriminación Racial

En 1963, y a fin de servir de condena política al "apartheid" de Sudáfrica, la ONU formula la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial".⁶⁹

Más tarde, en 1965 y fruto de la Declaración, se adopta la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial", la que entra en vigencia el año 1969. En su artículo 2, párrafo 1 letra (a), la Convención señala: "Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o

práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;" y en el párrafo 2 del mismo artículo indica: "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

¿Como han de interpretarse las expresiones "grupos de personas", o "grupos raciales"? Como señala Bengoa, "es evidente que no significa un agrupamiento circunstancial, temporal, espontáneo y efímero. Se reconoce la existencia de grupos permanentes de personas que son discriminadas por razones étnicas, esto es, de su raza".⁷⁰ Si bien los pueblos indígenas no se autodefinen principalmente por sus características raciales, igual les son aplicables plenamente la Declaración y la Convención, tanto en sus derechos

⁶⁹ Aprobada el 20 de noviembre de 1963, resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General de la ONU.

⁷⁰ BENGOA, José. La emergencia indígena en América Latina. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 268.

individuales como en los colectivos.⁷¹

Esta Convención instituye un Comité para la Eliminación de la Discriminación racial. En su artículo 14, párrafo 1, se posibilita que "Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención." El Comité evaluará la competencia y pertinencia del reclamo y en caso de acogerlo formulará una recomendación.⁷²

2.1.5 Evolución Contemporánea: Hacia el Concepto de Pueblo y el Derecho de Libre Determinación

Un elemento de apoyo para ir perfilando el carácter colectivo de las reclamaciones indígenas, lo proporciona el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en donde se señala: "Todos los

⁷¹ Ibid.

⁷² Ciento veintiocho países han firmado la Convención y solamente 14, entre ellos Chile el año 1993, han reconocido la competencia del Comité. Estadísticas tomadas de BENGGOA, José. Op. cit. p. 266.

pueblos tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural."

Los indígenas demandan un reconocimiento de pueblos y no de poblaciones, este último término para ellos posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y que se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a la sociedad dominante. En contraste, el término pueblo tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales.

Sin embargo, el término pueblos plantea serias dificultades cuando se lo refiere al Derecho Internacional, pues se le asocia con el derecho de libre determinación reconocido en los pactos antes citados. A pesar de que incluso en la Carta de las Naciones Unidas, se utiliza el concepto "pueblos", el término nunca ha sido consensuado. De partida, la ONU no es una organización de naciones ni de pueblos sino una organización de Estados, y la misma ONU ha sido clara en el sentido de que el derecho de libre determinación no puede ser invocado contra estados soberanos e independientes que se comportan

conforme a normas de las Naciones Unidas, y no puede servir de pretexto para la secesión ni menos para poner en peligro la integridad territorial de los estados.

El único instrumento internacional que utiliza la expresión "pueblos indígenas" es el Convenio 169 de la OIT, al cual ya nos referiremos más en extenso. Sin embargo, como surgió de los debates de la Conferencia de la OIT, y se refleja en el propio texto del Convenio, el sentido que se otorga al término "pueblos" en dicho convenio se relaciona con la identidad social y cultural de los interesados, pero se hacen prevenciones en el sentido de que no deberá interpretarse de modo que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.⁷³ ¿Que quiere decir esto último? Históricamente estos derechos de los "pueblos" fueron definidos paulatinamente en la época post-guerras mundiales y en el marco del proceso de descolonización; en ese contexto surgieron tres opciones para los pueblos colonizados, que serían los "derechos autodeterminativos de los pueblos" en el contexto internacional: 1) La independencia soberana, 2) La libre asociación y, 3) La incorporación.

Estas tres opciones fueron complementadas con la doctrina del "agua azul"

⁷³ El artículo 1 párrafo 3 del Convenio 169 señala: "La utilización del término <pueblos> en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".

o "agua salada", que restringió el reconocimiento del derecho a la libre determinación a los pueblos colonizados que vivían en territorios separados del estado colonizador por "aguas azules". Es decir, los pueblos afectados por lo que luego se llamó "colonialismo interno" no tuvieron el derecho de libre determinación.⁷⁴

En definitiva, la noción de pueblo carece de una definición precisa con alcances jurídicos, por lo que indistintamente se aplica a una entidad social (un grupo humano que comparte identidades sociales, étnicas y espirituales) como política.

Con todo, de la interpretación del Convenio 169 ha surgido la noción de "autodeterminación interna", referida a un cierto grado de autodeterminación de los pueblos indígenas en el marco del Estado en el cual se encuentran. A ello se añade el hecho de que actualmente muchos Estados han reconocido constitucionalmente la identidad étnica y la cultura propia de sus pueblos indígenas, lo que confiere al Estado el mandato de formular las reglas jurídicas indispensables para que aquel reconocimiento se traduzca en derechos concretos.

⁷⁴ "Colonialismo interno" se refiere precisamente a aquellas situaciones en que son los propios colonizadores los que declararon la independencia del estado madre, pero en lo que respecta a los habitantes originarios del lugar su situación sigue siendo la misma.

2.2 DERECHOS TERRITORIALES Y DERECHO A LA AUTODETERMINACION.

2.2.1 Autodeterminación y Autonomía

En un plano teórico el sustento y fundamento de la reclamación de derechos territoriales emana del derecho de libre determinación, el que puede definirse como "el derecho que tienen todos los seres humanos a perseguir su desarrollo material, cultural y espiritual como grupo social y el cual se manifiesta externamente a través de la autonomía y la autogestión de cada uno de los pueblos".⁷⁵

Para los pueblos indígenas en particular, por considerarse que son sociedades distintas a las que ahora ocupan sus territorios, el derecho a la autodeterminación abarca la relación con los Estados en los que viven, dentro de un espíritu de coexistencia con otros ciudadanos, y que libremente persiguen su propio desarrollo económico, social, cultural y espiritual en condiciones de libertad y de dignidad.⁷⁶

⁷⁵ COLMENARES Olivar, Ricardo. El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en Venezuela. Revista Cenipec. (21): 185-217, enero-diciembre 2002, p. 190.

⁷⁶ Ibid.

En 1991, con patrocinio de la ONU, se realizó en Groenlandia la Conferencia de Nuuk que reunió a diversos expertos a fin de revisar la experiencia de los países en el funcionamiento de modelos de autogobierno interno para los pueblos indígenas.

En ella se adoptó la siguiente definición de autonomía, propuesta por Augusto Willemsen: "la autonomía dentro del Estado es una de las variadas formas en las que puede manifestarse el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. Atender a esta reivindicación histórica y específica es una forma de dar vida al principio de la igualdad de derechos entre los pueblos y a la vigencia auténtica, real e integral de sus derechos humanos y libertades fundamentales".⁷⁷

Como se ve, la definición involucra la constatación de varias afirmaciones:⁷⁸

- (a) Los pueblos indígenas son titulares del derecho de libre determinación;
- (b) La autodeterminación tiene diversas formas de ejercitarse, y
- (c) La autonomía es sólo una de las varias formas de manifestación de la libre determinación.

⁷⁷ Citado en BENGOA, José. Op. cit. p. 288.

⁷⁸ Ibid.

La autonomía es un concepto ligado al de control territorial, pero no para segregarse del estado nacional sino para que exista un ejercicio compartido de la soberanía en los procesos que tienen lugar dentro de un estado como lo son la instalación de sistemas de autoridad, la disposición de recursos, la construcción de obras públicas, el desarrollo de asociaciones independientes y de variadas empresas sociales y culturales.⁷⁹

He ahí que la reivindicación por territorio como un espacio político-jurisdiccional es necesaria para efectos de ejercer adecuadamente la autonomía. No se puede ejercer control y autoridad si no existe plenamente demarcada un área o espacio natural donde aplicarlo.

2.2.2 Autonomía, Autogobierno y Secesión

La definición de autonomía recién vista no ataca ni afecta la integridad territorial del Estado sino que es una concepción más profunda de la unidad política del Estado al buscar, "en función de una nueva estructuración del Estado, devolver a los pueblos indígenas la oportunidad real y efectiva de restablecer ellos mismos sus propias instituciones, dentro de su cosmovisión y

⁷⁹ ITURRALDE, Diego. Naciones indígenas y estados nacionales en América Latina hacia el año 2000. Citado en COLMENARES, Ricardo. Op. cit. p.197.

en función de sus valores, costumbres y tradiciones, retomando así la realización de su proyecto histórico como pueblos tal como lo conciben ellos mismos hoy en día".⁸⁰

De esta manera los temores secesionistas de los Estados se aplacan con esta concepción. Como señala Bengoa ⁸¹, "no es casualidad que en la última década del siglo recién finalizado, la mayor parte de los viejos conflictos etno-nacionales se hayan resuelto por la vía de constituir estatutos de autonomía sin separación del Estado.⁸² El tema de la autonomía como solución a situaciones históricas conflictivas está cada vez más presente en los debates internacionales. Pareciera el camino de resolución de los viejos conflictos indígenas". ⁸³

La autonomía toma la forma de un determinado régimen político-jurídico, acordado y no meramente concedido, que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades que son integrantes, las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias

⁸⁰ WILLEMSSEN, Augusto citado en BENGGOA, José. Op. cit. p. 289.

⁸¹ BENGGOA, José. Op. cit. p. 289.

⁸² Así se ha propuesto para Irlanda del Norte, Palestina y Kosovo. BENGGOA, José. Ibid.

⁸³ En el mismo sentido DIAZ POLANCO expresa: "La autonomía es tan sólo el recurso de que una sociedad puede valerse en un momento de su desarrollo concreto para resolver el conflicto étnico-nacional". DIAZ POLANCO, Héctor. Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios. México, Siglo XX, 1991, p. 150.

legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos. Este gobierno propio no llega a configurar un desmembramiento del Estado. Por lo demás, el contenido -facultades- de este régimen no tiene elementos a priori y se verá en cada caso qué forma satisface mejor las aspiraciones históricas del grupo correspondiente.⁸⁴

2.2.3 Estándares de Participación: un factor indiciario de reconocimiento de autonomía por parte de los Estados hacia los Pueblos Indígenas

El grado de participación en los procesos de toma de decisiones de la autoridad estatal respecto de materias que puedan afectarles es un buen índice para apreciar qué grado de autonomía –y por ende qué grado de control sobre

⁸⁴ DIAZ POLANCO resume muy certeramente esta conjunción de unidad en la pluralidad. "Los regímenes de autonomía se establecen en el marco de estados nacionales determinados. El ente autónomo no cobra existencia por sí mismo, sino que su conformación en cuanto tal se realiza como parte de la vida político-jurídica de un Estado. El régimen de autonomía responde a la necesidad de buscar formas de integración política del Estado nacional que estén basadas en la Coordinación y no en la Subordinación de sus colectividades parciales. Por consiguiente, en tanto colectividad política, una comunidad o región autónoma se constituye como parte integrante del estado nacional correspondiente.

Lo que hace valiosa la autonomía no mira exclusivamente a satisfacer los intereses y aspiraciones de las comunidades parciales, sino que paralelamente busca asegurar una adecuada integración de la sociedad nacional. La autonomía es pues la búsqueda de la máxima congruencia entre la pluralidad y la unidad de la integración política." Op. cit. p. 151.

A fin de cuentas, como acota Willemsen, "la unidad política se afirma más cabalmente y a niveles más profundos si se asienta en la diversidad real y palpitante que exista en el seno de la sociedad global del Estado, que si se busca sustentarla en una uniformidad artificial que no corresponde a los sentimientos profundos de los pobladores". WILLEMSEN, Augusto. Ambito y ejercicio eficaz de la autonomía interna y el autogobierno para los pueblos indígenas. Citado en COLMENARES, Ricardo. Op. cit. p.198.

un espacio dado- se le está confiriendo al pueblo involucrado. Podemos encontrar cláusulas o expresiones usadas en instrumentos de derecho internacional que en sí mismas constituyen un determinado estándar participativo. Estos estándares no son rígidos y han de asociarse al contexto de las disposiciones que los incluyen.

2.2.3.1 Consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento

Este estándar requiere que los pueblos indígenas hayan recibido toda la información necesaria sobre la cual basarse para llegar libremente a una decisión sobre las ventajas y desventajas de permitir que el estado se comprometa en cualquier actividad que pudiera tener un impacto sobre sus derechos e intereses.

Implica reconocer que existe el derecho a veto en caso de haber desacuerdo con la medida.

Conlleva, además, que quienes representan al pueblo indígena sean interlocutores válidos frente al estado.

Todo ello hace que el uso de este estándar sea, en palabras de Mackay, “un corolario del derecho de libre determinación”.⁸⁵

Ejemplos de este estándar:

(a) Convenio 169 de la OIT. Artículo 16 N°2. “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

(b) Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XVIII N°6. “A menos que justificadas circunstancias excepcionales de interés público lo hagan necesario, los Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos; y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato reemplazo

⁸⁵ MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 74.

por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento”.

(c) Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XXI N°2. “Salvo que circunstancias excepcionales así lo justifiquen en el interés público, los Estados tomarán las medidas necesarias para que las decisiones referidas a todo plan, programa o proyecto que afecte derechos o condiciones de vida de los pueblos indígenas, no sean hechas sin el consentimiento y participación libre e informada de dichos pueblos, a que se reconozcan sus preferencias al respecto y a que no se incluya provisión alguna que pueda tener como resultado efectos negativos para dichos pueblos”.

(d) Proyecto de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. 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 expresado libremente y con pleno conocimiento de los pueblos indígenas interesados y previo acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, con la posibilidad de regreso”.

(e) Proyecto de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 27. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica”.

En algunas ocasiones se alude al estándar simplemente como "consentimiento". Ciertos autores, como Mackay, creen que en dicho caso estamos ante un estándar menor y que pudiera dar lugar a omitir información relevante -el consentimiento ya no es "con pleno conocimiento"- o bien a que se presione para que el consentimiento se otorgue -el consentimiento ya no es expresado libremente-.⁸⁶ Discrepamos de este parecer primeramente por no encontrar en el derecho internacional o comparado, ni en los proyectos de declaraciones, preceptos que establezcan estas pretendidas limitaciones al estándar normativo. Por lo demás, no cabe imaginarse otra forma de consentimiento que el que no es completamente libre e informado, por lo que

⁸⁶ MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 75.

cuesta representarse que exista consentimiento dado bajo presión o con información oculta. En este sentido no existen parcialidades de consentimiento, y cualquier anomalía en el otorgamiento del mismo viene a constituir más bien un vicio que lo anula.

Ejemplos en que se habla de consentimiento, a secas, los encontramos en:

(a) Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XVII N°1. “Los Estados facilitarán la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de las pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”.

(b) Constitución Política del Paraguay. Art. 64. “De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos”.

2.2.3.2 Acuerdo

Este estándar implica consenso pero no confiere derecho a veto. No obstante la falta de acuerdo implica que el estado igualmente se encuentra impedido de actuar; por lo mismo este estándar se puede aminorar bastando un "intento para lograr un acuerdo" o bien aludiendo a “procedimientos adecuados”.

Un ejemplo en donde aparece este estándar lo encontramos en:

Convenio 169 de la OIT. Artículo 16 N°4. "Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro".

2.2.3.3 Participación

Supone que los pueblos indígenas participen en la toma de decisiones y que sus puntos de vista e inquietudes sean al menos considerados, concediéndose a éstos algún rol significativo en el desarrollo, implementación y administración de las medidas propuestas. El estándar impone al estado la obligación de considerar la opinión indígena y en caso de rechazo obliga a dar razón argumentada de la negativa.

Ejemplos del uso de este estándar se encuentran en:

a) Convenio 169 de la OIT. Artículo 2 N°1. “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

b) Convenio 169 de la OIT. Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

(c) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XIII N°4. “Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos”.

(d) Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XV N°2. “Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.”

(e) Proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 19. “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, en todos los niveles de adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, 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”.

(f) Constitución Política de Argentina. Artículo 75, inciso 17. "Corresponde al Congreso asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten..."

(g) Constitución Política de Colombia. Art. 329. "La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial."

2.2.3.4 Consulta

Simplemente recabar la opinión. Con la finalidad de darle más rigor a este estándar, se exige que la consulta se haga de buena fe, conducente a un estándar más exigente: el acuerdo.

humanos, los siguientes derechos colectivos: Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socioambientales que les causen”.

2.2.3.5 Estándares Participativos y el Principio de Buena Fe

Al menos en un caso, el del Convenio 169 de la OIT, los estándares que hemos visto están recogidos en un tratado internacional. En el resto de los casos aún forman parte de proyectos de declaraciones de derechos y su fuerza obligatoria es algo por ahora aún incierto. Desde ya la oposición estatal o la defensa de sus posturas en el proceso de discusión de los instrumentos que pretenden incorporarlos descarta que pueda originarse una costumbre internacional. Una norma consuetudinaria general no puede ser invocada en contra de un estado que, durante el proceso de formación de dicha norma y antes de que cristalizara como tal, se opuso a ella de manera constante e inequívoca.⁸⁷ Sin embargo, la jurisprudencia internacional se ha anticipado en hacerlos suyos, lo que refuerza el compromiso de respeto hacia los mismos.

⁸⁷ BENADAVA, Santiago. Op. cit. p. 25.

Quizás en la medida que esta jurisprudencia, emanada hasta ahora de un tribunal especializado en derechos humanos como lo es la Corte Interamericana, mantenga su uniformidad pudiera dar lugar a elevar estos estándares a la categoría de normas imperativas de derecho internacional⁸⁸ –ius cogens- .

Con todo, más allá del carácter vinculante de las fuentes en que se incluyen, lo importante es llegar a determinar cuál es la conducta que el estándar impone al estado y por ende cuándo se cumple o no.

Tendremos para ello que averiguar:

a) La forma en que se definió el estándar en el instrumento, y

b) La forma en que el estado interpreta el estándar, y si esa interpretación es acorde con el significado dado por el instrumento.

⁸⁸ Aquellas que han sido reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto como normas que reflejan valores de importancia fundamental para la humanidad y que, por lo tanto, no admiten acuerdo en contrario. Ellas sólo pueden ser modificadas por normas posteriores que tengan el mismo carácter.

A la hora de verificar el cumplimiento y aplicación efectiva de estos estándares sin duda que debemos acudir a uno de los principios generales del derecho como lo es el de la buena fe.

Según Mackay la interpretación de los estados normalmente es "contextual", con lo que quiere decir que el significado de un término dependerá de la importancia que el estado asigne al tema tratado.⁸⁹

Asimismo manifiesta el temor de que un estado pudiera no actuar de buena fe si están en juego intereses definidos por éste como vitales o estratégicos.⁹⁰

El Convenio 169 da algunas pautas para considerar una actitud de buena fe. El Artículo 6 párrafo 2 señala: "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Pese a resultar algo tautológica pues nos remite a los propios estándares -consulta, acuerdo y consentimiento- esta norma nos entrega una primera aproximación: han de ser actitudes conducentes a un consenso; si de las actitudes se desprende que no

⁸⁹ MACKAY, Fergus. Op. cit. p. 74.

⁹⁰ Ibid. p. 75.

hay voluntad por lograr dicho consenso puede entenderse que el Estado actúa de mala fe.

Si nos atenemos al cumplimiento de otro estándar, la participación, la buena fe en este caso impone a los órganos estatales la obligación de:

- a) Escuchar los puntos de vistas y preocupaciones de los Pueblos Indígenas,
- b) Ponderarlos en la toma de decisiones de modo que sean incorporados en la decisión final. Al ponderar se quiere significar que habrá que dar una razón fundada en caso que la decisión final le sea desfavorable; y
- c) Otorgarles a los actores indígenas un rol significativo en el desarrollo, implementación y administración de las medidas propuestas como respuestas a las proposiciones formuladas por los representantes indígenas.

Considerando que la consulta y la participación son los estándares menos “estrictos” -entendido este término en el sentido que posibilitan al estado para actuar aún contra la opinión del pueblo involucrado- las obligaciones antes descritas, junto con el propósito de lograr un consenso, serían por tanto el piso

y la conducta mínima exigible a un estado en cuanto a su comportamiento de buena fe en el respeto de los estándares participativos.

2.3 ALCANCE NORMATIVO Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDIGENAS EN EL AMBITO INTERNACIONAL

En los últimos años la problemática indígena ha tomado relevancia y ganado un espacio en la discusión de los derechos humanos internacionales. Históricamente existen demandas indígenas comunes, más allá de las realidades particulares de cada país; entre las principales está la protección y control de sus tierras y recursos naturales tradicionales, que recibe la denominación genérica de "derechos territoriales"; de ahí que precisar su alcance sea de importancia para entender el discurso indígena y, asimismo, las prácticas legislativas y judiciales de cada país.

¿En quién recae la titularidad de estos derechos? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cuáles son? ¿Cuál es su contenido o alcance normativo? ¿Cómo se recogen en el derecho internacional y comparado? Son preguntas que trataremos de responder en los siguientes párrafos.

2.3.1 Naturaleza de los Derechos Territoriales

En la óptica que hemos planteado esta investigación, los derechos territoriales son ante todo derechos humanos, cuyo titular en este caso es un sujeto colectivo: los pueblos indígenas. No son derechos que se ejerzan individualmente sino que se atribuyen a un componente orgánico social mayor.

2.3.2 Alcance Normativo de los Derechos Territoriales

El alcance normativo no es fácil de precisar. Revisemos lo que señala la doctrina en este aspecto, distinguiendo lo que han reseñado autores en forma individual, como aquellas opiniones que cuentan con respaldo institucional:

2.3.2.1 Algunas Opiniones Individuales

Para José Aylwin Oyarzún, " La demanda de los indígenas por territorio parece ser más compleja, puesto a que ella tiene componentes de carácter material, relacionados con los espacios físicos reivindicados y los recursos que hay en ellos, así como componentes inmateriales, de carácter político y

simbólico. Por lo mismo, su comprensión y aceptación por los Estados de la región ha resultado ser más difícil." ⁹¹

Según Gerardo Zúñiga, antropólogo⁹², existen dos dimensiones en las demandas indígenas por territorialidad: "La primera dimensión - el espacio - se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. La segunda dimensión se expresa, por una parte, en el reclamo por el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural gracias a los cuales se asegura la reproducción y continuidad material y cultural del grupo en cuestión, y de otra parte, en el reclamo de que tales procesos estén regidos y se lleven a cabo según la normatividad propia de los pueblos indígenas." ⁹³

Arturo Bronstein, quién se desempeña como consejero principal en políticas de legislación laboral de la OIT, señala que a la luz de la comparación de los textos legales, las decisiones de los tribunales y las reivindicaciones de los pueblos indígenas se puede encontrar un "núcleo de derechos fundamentales" que serían: el respeto a las formas propias de tenencia y propiedad de la tierra, el derecho al territorio, el derecho a la identidad de la cultura indígena, el

⁹¹ AYLWIN, José. Op. cit. (2002), p. 15.

⁹² Se desempeñó como Secretario Ejecutivo de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Respecto de esta Comisión, ver notas 98 y 228.

⁹³ ZUNIGA, Gerardo. Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina, en: Nueva Sociedad; N°153, enero-febrero 1998, p.143.; citado por AYLWIN, José. Ibid.

derecho a la protección del entorno físico y ecológico, el derecho a la consulta y el derecho a tener su propio sistema jurídico.⁹⁴

2.3.2.2 Opiniones institucionales

(a) Banco Interamericano del Desarrollo.

Roger Plant, consultor del Banco Interamericano de Desarrollo hace ver que "el concepto de 'derechos territoriales' - en sentido amplio, en lugar de 'derechos sobre las tierras' en su sentido más limitado - es de gran importancia para las estrategias de demandas y manejo de recursos de los pueblos indígenas. Las demandas indígenas y los conflictos reales o potenciales alrededor de estas demandas pueden llegar más allá del concepto de tierra como categoría agrícola o productiva. Los temas y los retos que enfrenta la región hoy en día guardan relación con los recursos renovables y no renovables, los derechos sobre los recursos hídricos y el manejo y control ambiental. También existen enfoques innovadores respecto a los aspectos

⁹⁴ BRONSTEIN, Arturo S. Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: síntesis de una evolución y temas para reflexión. [en línea]. <www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm> [consulta 20 noviembre 2003].

políticos del ordenamiento territorial que incluye a las comunidades indígenas y a las negras." ⁹⁵

(b) Organización de las Naciones Unidas

El criterio de la ONU, manifestado a través de la relatora especial y presidenta del grupo de trabajo sobre pueblos indígenas Erica-Irene Daes, más que de derechos prefiere reseñar las metas u objetivos que los Estados han de proponerse en esta materia en relación con los pueblos indígenas: ⁹⁶

i.- Garantizar que los pueblos indígenas dispongan de tierras y recursos suficientes para su supervivencia, desarrollo y bienestar como pueblos y culturas con características propias, lo que incluye en la medida de lo posible, sus lugares sagrados y de culto tradicionales;

ii.- Compensar a los pueblos indígenas, como acto de justicia, por las tierras y los recursos que les han sido arrebatados;

⁹⁵ PLANT, Roger. Op. cit. p. 25.

⁹⁶ DAES, Erica-Irene. Op. cit. p. 27.

iii.- Evitar la creación de comunidades de refugiados o de pueblos sin tierras y el desplazamiento involuntario de personas o comunidades;

iv.- Preservar la seguridad y la integridad territorial de los Estados;

v.- Resolver y evitar las situaciones de inseguridad en lo que respecta a la propiedad de las tierras y los recursos y soslayar los conflictos, la inestabilidad y la violencia en relación con los derechos de las poblaciones indígenas a las tierras y los recursos; y

vi.- Asegurarse de que todas las tierras y recursos se utilicen de una forma sostenible y ecológicamente viable.

Para el logro de tales objetivos, la relatora de la ONU clasifica las medidas a tomar en cinco grupos: mecanismos judiciales; mecanismos de negociación; reforma constitucional y marco legislativo; iniciativas de los pueblos indígenas; y normas de derechos humanos.⁹⁷

(c) Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato

⁹⁷ DAES, Erica-Irene. Op. cit. p. 28.

En el informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas ⁹⁸, se define los derechos territoriales como "aquellos referidos a la capacidad de los Pueblos Indígenas para gestionar, utilizar, gozar, disponer y contribuir a la conservación de sus territorios, tierras y de los recursos naturales que éstos albergan, de los que la especificidad cultural de los pueblos indígenas es en todo indisociable. Lo anterior se expresaría en el reconocimiento de un conjunto de derechos, en tres ámbitos distintos y complementarios: el territorio, la tierra y los recursos naturales que dichas tierras y territorios albergan." ⁹⁹

2.3.3 Concepto de derechos territoriales

Para fines de la presente memoria nos inclinaremos por abordar las dos dimensiones de la territorialidad de las que hablaba Zúñiga, abarcando los derechos territoriales en su aspecto de tenencia y uso del espacio y sus

⁹⁸ Con fecha 18 de enero de 2001, mediante Decreto Supremo N°91, el Presidente Ricardo Lagos crea la "Comisión Verdad y Nuevo Trato". Conformada por historiadores, sociólogos, antropólogos, abogados, entre muchos expertos del tema indígena y varios de ellos representantes de las etnias nacionales, se le encomienda la preparación de un informe que contenga la historia de la relación que ha existido entre los pueblos indígenas y el estado, y que sugiera y efectúe recomendaciones en relación a los mecanismos institucionales, jurídicos y políticos para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos de los pueblos indígenas en un sistema democrático sobre las bases de un consenso social y de reconstrucción de confianza histórica. Este informe fue entregado al presidente con fecha 28 de octubre de 2003.

⁹⁹ INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas. Santiago, La Nación, marzo de 2003. Cuerpo III p. 127.

recursos naturales y en lo que concierne al componente de control político, económico, social y cultural. Para tal fin, y al revisar los convenios internacionales y declaraciones de derechos, nos referiremos a los siguientes aspectos, cuando proceda: 1) Integridad territorial; 2) Utilización de tierras y sus recursos; 3) Protección de lugares históricos y arqueológicos; 4) Libre determinación, autonomía y autogobierno; 5) Protección medioambiental.

Conforme a lo anterior, podemos intentar dar una definición de los derechos territoriales como la de aquellos derechos humanos cuya titularidad colectiva recae en los pueblos indígenas y que posibilitan ejercer algún grado de control político, económico y jurídico respecto de un espacio ocupado ancestralmente y de los bienes y recursos naturales que en él existen.

2.3.4 Los Derechos Territoriales en el Derecho Positivo Internacional

2.3.4.1 El Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales

Este instrumento fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el año 1957 con la colaboración de la ONU y varias organizaciones internacionales especializadas como la FAO, la UNESCO y la OMS.

Luego de que en un principio, después de independizados, los estados intentaron integrar y asimilar a las poblaciones indígenas al esquema de valores políticos, económicos y religiosos más generalizados en el país, ocurrió un giro hacia lo que se conoce como "Indigenismo", aproximadamente a partir de 1940, revelándose una preocupación por el atraso y marginalización de las comunidades indígenas tradicionales y por el trato de que era objeto la mano de obra indígena, principalmente campesina. Es en ese año, a instancias del Presidente de México Lázaro Cárdenas, que se crea el Instituto Indigenista Americano, al alero de la Organización de los Estados Americanos.

El indigenismo también postula la integración de los indígenas a las sociedades nacionales, pero cuidando de la protección de sus tierras, lenguas y costumbres con políticas y legislaciones especiales, manifestándose un fuerte sesgo tutelar estatal. No obstante, la efectividad de estas medidas con el transcurso del tiempo ha sido cuestionada partiendo por los propios indígenas.

El Convenio 107 recoge las influencias indigenistas de su época. En su preámbulo observa que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se han integrado todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población. En este sentido, la indigeneidad

es una condición transitoria puesto que el estado se obligaba a “integrarlos” a la cultura nacional. En su parte dispositiva comprometía a los estados ratificantes a desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.

En América Latina, este convenio fue ratificado por catorce países – no lo hizo Chile - y pese a que, al haber sido revisado y reemplazado por el Convenio 169, está cerrado para nuevas ratificaciones, se mantiene como fuente de obligaciones con respecto a los países que no lo han denunciado y que tampoco han ratificado el Convenio 169; de ahí su actual importancia y vigencia.

En cuanto a su contenido, incluye normas destinadas a asegurar la Integridad territorial de los Pueblos Indígenas.

Reconoce el derecho de propiedad, tanto individual como colectivo, y recoge el concepto de "ocupación tradicional":

Artículo 11. “Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

Utiliza la expresión "territorio" para referirse a las tierras. Restringe la posibilidad del traslado desde éstos, y establece las condiciones y compensaciones en caso que ello ocurriera:

Artículo 12

1." No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.

3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento".

Otorga reconocimiento al derecho consuetudinario indígena:

Artículo 13

1. “Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan”.

Propugna un trato igualitario, no preferente, respecto a demandas adicionales por tierras en caso de resultar insuficientes, y para las medidas de incentivo en la utilización de las que ya poseen:

Artículo 14.

“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a

dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean”.

2.3.4.2 El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Fue adoptado con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en la Conferencia General N°76 de la OIT, y aprobado por 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones. En su elaboración participaron organizaciones indígenas de todo el mundo. También colaboraron otros organismos como la FAO, OMS, UNESCO y el Instituto Indigenista Interamericano.

Es sumamente extenso si se le compara con otros instrumentos de la OIT. Sus disposiciones sustantivas generan obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT y que son objeto de examen por órganos de supervisión independientes o tripartitos. Sus conceptos básicos son el respeto a la identidad propia de los pueblos indígenas, la participación efectiva de estos pueblos en los procesos de tomas de decisiones que los afectan y el establecimiento de instituciones o

mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los interesados.

Reconoce que la orientación en materia de derechos indígenas ha tomado un discurso distinto, como el propio preámbulo lo señala: "Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; "

2.3.4.2.1 Algunos inconvenientes en la aplicación del Convenio 169

Pese a todo su articulado, su aplicación ha sido errática, tal como lo señala Assies: "la resistencia por parte de los gobiernos, que forman parte de los comités y comisiones tripartitas de la OIT, está creciendo ante la apropiación

política del Convenio 169 por parte de los movimientos indígenas." ¹⁰⁰ Ejemplo de ello son dos casos presentados en México.

El primero de ellos es el de la Comunidad de los Huicholes. En 1993 los huicholes de San Andrés Comiata solicitaron a la OIT que el gobierno mexicano cumpliera los artículos 13 y 15 del Convenio, referentes a la territorialidad. Transcurridos tres años, se dio respuesta a los huicholes indicando que debían presentar su demanda apoyados por un sindicato, su gobierno o un grupo de trabajadores. Finalmente, en 1998 la OIT acogió la solicitud y recomendó al gobierno mexicano reconocer la propiedad huichol sobre el territorio que ocupan -129 mil hectáreas-. El gobierno anunció el acatamiento de la exhortación, sin embargo la falta de mecanismos coercitivos en el sistema de la OIT no ha permitido dar una efectiva solución.

El segundo caso es el de los wixárikas, quienes presentaron una reclamación sobre incumplimiento del Convenio 169 en 1998. El Comité encargado de la reclamación sencillamente asumió la validez de la respuesta entregada por el gobierno mexicano y no dio oportunidad a que fuese replicada por los reclamantes.

¹⁰⁰ ASSIES, Willem. La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano. [en línea] <<http://www.alertanet.org/dc-willem-dhyipi.htm>> [consulta: 20 noviembre 2003].

2.3.4.2.2 Principales disposiciones del Convenio 169

(a) Integridad territorial

Reconoce la existencia de una relación no sólo material o económica sino también espiritual entre los pueblos indígenas y sus tierras. Mantiene el concepto de "territorio" al cual se le da un alcance mucho más detallado que en el Convenio 107. Reafirma el concepto de "ocupación tradicional" -o ancestral- como fundamento de la reclamación del reconocimiento de propiedad, reconociendo, acorde con la noción de territorio, que debe tenerse en cuenta ciertos modos de ocupación especiales, como en el caso de los pueblos nómades. Obliga al Estado a establecer procedimientos "adecuados" para solucionar las reivindicaciones territoriales, tomando las medidas necesarias para determinar y garantizar la protección de los derechos de propiedad de los indígenas:

Artículo 13

1. "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término <tierras> en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Artículo 14

1. “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

Mantiene las restricciones en lo que atañe al traslado de los pueblos desde sus tierras, e incorpora estándares como el del consentimiento libre e informado para el caso que ello ocurra. Agrega el derecho a regresar si es que cesan las causas que motivaron el traslado. Obliga a respetar las formas propias de asignación de tierras, y a impedir la apropiación fraudulenta de las tierras por terceros. Atiende, al igual que el Convenio 107, a la demanda de tierras cuando éstas sean insuficientes y a las medidas de fomento para un mejor desarrollo de las mismas:

Artículo 16

1. “A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

Artículo 17

1. “Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.

Artículo 18

“La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en la tierra de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.

Artículo 19

“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfrutaban otros sectores de la población, a los efectos de:

i.- la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

ii.- el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen”.

(b) Utilización de tierras

El reconocimiento de territorio, en vez de tierras, implica también un derecho de explotación sobre los recursos naturales que en él se encuentran, incluso cuando ellos pertenezcan al dominio eminente del respectivo Estado, caso en el cual deberá consultarse a los pueblos interesados antes de iniciar un proyecto de exploración o explotación, y en todo caso procurando que tengan participación en los beneficios que genere:

Artículo 15

1. “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los miembros o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

(c) Protección ambiental

Artículo 7

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

(d) Libre determinación, autonomía, autogobierno

Como habíamos señalado al tratar de la autodeterminación, en relación con los pueblos indígenas, el Convenio 169 consagra una suerte de autodeterminación interna, aunque no con un carácter "autonomista" completo; es decir no como un régimen jurídico de transferencia de competencias estatales. Ello ocurre porque tampoco la noción de territorio que reconoce el Convenio incluye un ámbito de jurisdicción en lo político y porque la definición de pueblo que se adoptó "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".¹⁰¹ Por lo mismo los estándares más incluidos en este caso son la consulta y la participación. Con todo, es importante el reconocimiento que se hace en el artículo 7, que consagra el derecho a la autogestión en lo económico-social y a intervenir en todas las etapas de los planes de desarrollo que les involucren. Asimismo, exhorta a los Estados para que las instituciones encargadas de implementar los compromisos

¹⁰¹ Artículo 1, párrafo 3.

del Convenio no sean meramente decorativas y cuenten con los recursos necesarios para desarrollar su labor, trabajando en cooperación con los pueblos en el diseño de las medidas que implementen:

Artículo 6

1. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Artículo 7

1. “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Artículo 33

1. “La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:
 - a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
 - b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

2.3.4.3 Proyectos de Declaraciones de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el presente trabajo hemos mostrado hasta ahora como desde instrumentos genéricos de derechos humanos se ha podido establecer y fundamentar que hablemos de derechos de los pueblos indígenas. Hemos analizado algunas disposiciones relevantes tanto de los Pactos Internacionales como de los Convenios de la OIT. Finalmente, esta evolución ha llevado a que la comunidad internacional trabaje en la elaboración de instrumentos específicos que plasmen las demandas de los pueblos indígenas. Estos instrumentos tomarán la forma de Declaraciones de Derechos, las que a diferencia de una convención no son vinculantes, sin embargo, como lo observa

Aylwin, las declaraciones "han contribuido al establecimiento de principios del derecho internacional que han tenido influencia en el desarrollo del derecho y de las políticas internas de numerosos estados a nivel mundial, incluidos varios estados de Latinoamérica." ¹⁰²

Por lo demás tratados, resoluciones y declaraciones cumplen un rol codificador de sectores del derecho internacional comparado, cristalizando normas consuetudinarias que se estaban perfilando con anterioridad o bien sirviendo de base o punto de partida para la elaboración de reglas consuetudinarias, las que, tratándose de derechos humanos, adquieren la categoría de normas imperativas de derecho internacional - *ius cogens* - y por tanto obligatorias aún contra el rechazo del Estado.

2.3.4.3.1 Proyecto de Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas

En el año 1970 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, del Consejo Económico y Social de la ONU, recomendó un estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Tal tarea se encomienda a José Martínez Cobo. El informe final de este trabajo se presenta a la Subcomisión en 5 tomos entre los años 1981 y

¹⁰² AYLWIN, José. Op. cit.p.19.

1984. Entre las recomendaciones del informe está la creación, en el seno de la ONU, de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Este grupo se establece en el año 1982 por la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, y está conformado por expertos en temáticas indígenas.

A partir de 1985, el Grupo de Trabajo comenzó a preparar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. En 1993 presenta a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías un borrador, el que se aprueba por ésta, pasando a la Comisión de Derechos Humanos para su revisión. La Comisión decide abrir el Grupo de Trabajo a la participación de los representantes de los pueblos indígenas, ONG's y los Estados. Desde el año 1995 hasta la fecha este grupo abierto ha estado trabajando en el texto definitivo de la Declaración, el que ha costado consensuar, apreciándose tendencias de algunos Estados, entre ellos potencias como Japón, China y Estados Unidos, a restringir el contenido de las disposiciones de la Declaración en los siguientes aspectos: ¹⁰³

- (a) No aprobar ningún artículo del proyecto de Declaración de la Naciones Unidas que difiera de sus regímenes jurídicos y políticas internas.

¹⁰³ YAÑEZ, Nancy. Sistematización y valoración crítica del estado de avance en el proceso de elaboración y aprobación de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA) y balance del proceso de ratificación del Convenio 169 de la OIT. Informe para la Secretaría Técnica del Fondo Indígena. Octubre de 2004, p.10.

- (b) Promoviendo interpretaciones restrictivas de las normas de derechos humanos vigentes y consecuentemente de los derechos susceptibles de ser reconocidos a los Pueblos Indígenas con el objeto de adecuarlos a sus leyes internas.
- (c) Algunos Estados sugieren modificar la orientación de la Declaración en el sentido de convertir algunos derechos estructurantes de la misma en libertades individuales.
- (d) Algunos Estados aspiran a darle supremacía al Principio de Integridad Territorial por sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas susceptibles de ser reconocidos en la Declaración.

A su vez los representantes de los pueblos indígenas han insistido en defender una redacción lo más favorable posible a sus pretensiones, en que se reconozcan derechos colectivos y en que se legitime y afirme el valor de la protección de las formas de vida y las culturas de los pueblos indígena en sí mismas.¹⁰⁴ A diferencia de los Convenios 107 y 169 de la OIT el énfasis, desde

¹⁰⁴ El borrador de Declaración Universal de Derechos de los Pueblos indígenas reconoce como derechos colectivos los siguientes: derecho a la libre determinación; derecho a la sobrevivencia física de los Pueblos; derecho a vivir en libertad, paz y seguridad como Pueblos distintos; protección frente al etnocidio y el genocidio cultural; derecho a determinar su ciudadanía indígena; derecho a mantener y desarrollar sus propias características e identidades; derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones, historia y costumbres, transmitirlos a las futuras generaciones y exigir el reconocimiento de las mismas con respeto a su dignidad y diversidad y el derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

esta perspectiva, ya no está en la asimilación, ni en la integración, sino en el valor de garantizar la sobrevivencia de los Pueblos Indígenas como culturas distintas y diversas.¹⁰⁵

Finalmente, en junio de este año, se logró la aprobación de un borrador del Proyecto de Declaración, contando con solo dos votos en contra en la respectiva Comisión, estando ahora en espera de ser presentado a la Asamblea General de la ONU para su aprobación, votación que tendrá lugar dentro de la primera quincena de noviembre de 2006, siendo muy dable que sea adoptado favorablemente dado el consenso logrado.

Veamos algunas disposiciones relevantes dentro de los distintos aspectos con que abordamos los derechos territoriales:

(a) Integridad Territorial

Art.7° letra (b). Prohíbe “todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”. Más aún, una acción de este tipo es considerada como un ataque etnocida y de genocidio cultural.

¹⁰⁵ NANCY, Yañez.. Op. cit. (2004), p. 7.

Al igual que en los Convenios de la OIT el Proyecto de Declaración alude a la relocalización de los pueblos indígenas, pero establece un estándar más estricto al no otorgar otra posibilidad para que ello ocurra que contar con el consentimiento del respectivo pueblo. Además, incorpora el derecho a la restitución de las tierras que tradicionalmente les pertenecieron, y que les hubieren sido confiscadas y ser indemnizados si ello no es posible. Esto último es uno de los puntos fuertemente objetados por algunos Estados.

Art.10. "Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá ningún traslado sin el consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento de los pueblos indígenas interesados y previo acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, con la posibilidad de regreso".

Art. 27. "Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa".

b) Protección de recursos históricos y arqueológicos.

El Convenio 169 no contaba con ninguna norma que aludiera específicamente a la protección de lugares arqueológicos e históricos. El proyecto de declaración los considera valiosos para revitalizar sus tradiciones y costumbres. Asimismo urge a los Estados a proteger los lugares sagrados de los pueblos en especial sus cementerios.¹⁰⁶

Art.12. “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....”

Art.13 inciso 2º.” Los estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas interesados, para asegurar que se mantengan, respeten y protejan los lugares sagrados de los pueblos indígenas, en particular sus cementerios”.

(c) Utilización tierras

Se manifiesta aquí todo el contenido y diferencia de una demanda de tierras a una de territorio al reclamar para sí el desarrollo, control y utilización de los recursos de las aguas, la tierra, el mar y el aire, solicitando que en su manejo se reconozca además su derecho consuetudinario.

Art.26. “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medioambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos. La flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica”.

(d) Libre determinación, autonomía y autogobierno

Se manifiesta aquí el aspecto de control político que conlleva la reclamación por autonomía y por ende, por un espacio territorial en la cual ésta se

¹⁰⁶ En Chile, la represa Ralco, emplazada en el Río Bío-Bío, Octava Región, inundó un

desarrolle.

El proyecto de declaración reconoce explícitamente el derecho de autodeterminación en su 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".

El artículo 3° y el 31 de la Declaración, que concretiza el derecho de autodeterminación, son de los más fuertemente defendidos por los pueblos indígenas en el proceso de discusión y también los más resistidos por algunos Estados.

Art. 31. " Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones autónomas".

cementerio pehuenche sin dar tiempo al traslado del mismo.

(e) Protección medioambiental

Art.28. "Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación, reconstitución y protección del medio ambiente total y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos, y a recibir asistencia a tal efecto de los Estados y por conducto de la cooperación internacional".

2.3.4.3.2 Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

En 1989, luego de la adopción del Convenio 169 de la OIT, la Asamblea General de la OEA ordenó la redacción de un instrumento interamericano sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hizo cargo de la redacción de un borrador preliminar confeccionado en base a la opinión de organizaciones indígenas, ONG's y las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario que se les remitió. Tal borrador fue aprobado y divulgado en septiembre de 1995. En 1997, la Comisión de Derechos Humanos de la OEA aprueba una versión revisada del proyecto de declaración. Este ha seguido discutiéndose, recabando comentarios de los gobiernos, el Instituto Indio Interamericano y el Comité Jurídico Interamericano.

Al igual que con el Proyecto de la ONU, se manifiestan divergencias entre los pueblos y algunos gobiernos. En cuanto al alcance de los derechos que proclama, la declaración se encuentra en un punto intermedio entre el Convenio 169 y el Proyecto de Declaración de la ONU, aunque es más afín a esta última.

Si bien emplea el concepto "pueblo", restringe su alcance usando una disposición muy parecida a la del artículo 1 párrafo 3 del Convenio 169, en cuanto a no darle el alcance que tiene usualmente en el derecho internacional.¹⁰⁷

Lo destacable de este proyecto en todo caso es que sus principios ya están influyendo dentro del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente en la Corte.

Veamos brevemente las principales disposiciones relevantes en materia de derechos territoriales.

(a) Integridad territorial

¹⁰⁷ El artículo I párrafo 3 del Proyecto de Declaración Americana señala que "La utilización del término 'pueblos' en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga

Da un fuerte respaldo al elemento histórico, reconociendo la preexistencia de los pueblos indígenas como sujetos anteriores a la conformación del Estado, lo que les confiere un mejor título de aquellos invocados por las potencias durante el descubrimiento de América o aquellos que el Estado se atribuye luego de independizado. También regula la relocalización de los pueblos indígenas, y la restitución o indemnización de tierras que hubieran sido confiscadas, imponiendo también un deber genérico de protección estatal a las tierras indígenas:

Art. XVIII Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural.
Derecho a tierras y territorios.

2.- "Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.

3.- i) Cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán

implicancia alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional".

reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

6.- A menos que justificadas circunstancias excepcionales de interés público lo hagan necesario, los Estados no podrán trasladar o reubicar a los pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos, y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato reemplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaron de existir las causas que originaron el desplazamiento.

7.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los que han tradicionalmente sido propietarios, ocupado o usado, y que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados; o de no ser posible la restitución, al derecho de indemnización sobre una base no menos favorable que el estándar de derecho internacional.

8.- Los Estados tomarán medidas de todo tipo, inclusive el uso de mecanismos de ejecución de la ley, para prevenir, impedir y sancionar en su caso, toda intrusión o uso de dichas tierras por personas ajenas no autorizadas para arrogarse posesión o uso de las mismas. Los estados darán máxima

prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena".

(b) Protección de recursos históricos y arqueológicos.

Estas disposiciones están incluidas dentro del llamado derecho a la integridad cultural, evitando que los pueblos indígenas sean asimilados o integrados:

Art. VII Derecho a la integridad cultural

1. "Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como para la identidad de sus miembros.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución respecto a la propiedad integrante de dicho patrimonio de la que fueron despojados, o cuando ello no fuera posible, a la indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional".

(c) Utilización tierras

Al igual que otros instrumentos ya analizados, también reconoce el derecho no sólo a la tierra sino que además a los recursos naturales de ésta para usarlos, administrarlos y conservarlos. Respecto de la explotación de los recursos minerales del subsuelo, en caso que pertenezcan al Estado, los pueblos indígenas tendrán que participar, en una etapa previa a la explotación, a fin de determinar si se afectan sus intereses, recibiendo parte de los beneficios que la actividad genere:

Art. XVIII Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural.
Derecho a tierras y territorios.

4. "Los pueblos indígenas tienen derecho a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras, inclusive sobre la capacidad para usar, administrar, y conservar dichos recursos, y con respecto a los usos tradicionales de sus tierras, y sus intereses en tierras y recursos, como los de subsistencia.

5. En caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o que tenga derechos sobre otros recursos existente sobre las tierras, los Estados deberán establecer o mantener procedimientos

para la participación de los pueblos interesados en determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

(d) Libre determinación, autonomía y autogobierno

Como ya lo señalamos, el Proyecto de Declaración restringe el sentido de la palabra "pueblo", sin embargo incluye entre sus disposiciones una norma referente a la autonomía que abarca materias que van desde la religión hasta actividades económicas:

Art. XV Derecho al autogobierno

1. "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de

comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas”.

(e) Protección medioambiental

Tiene un articulado bastante detallado en cuanto a territorio y medioambiente con miras a la protección, conservación y restauración del mismo. Pone especial cuidado en la posibilidad que territorios indígenas sean ocupados como vertederos de residuos tóxicos o para ensayo de armas químicas, nucleares o biológicas. Extiende la protección ambiental incluso a territorios "potencialmente" reclamables:

Artículo XIII. Derecho a la protección del medioambiente

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a un medioambiente seguro y sano, condición esencial para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a ser informados de medidas que puedan afectar su medioambiente, incluyendo información que asegure su efectiva participación en acciones y decisiones de política que puedan afectarlo.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger su medioambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos.

4. Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos.

5. Los pueblos indígenas tendrán derecho a asistencia de sus Estados con el propósito de proteger el medioambiente, y podrán recibir asistencia de organizaciones internacionales.

6. Los Estados prohibirán y castigarán, e impedirán en conjunto con las autoridades indígenas, la introducción, abandono, o depósito de materiales o residuos radioactivos, sustancias y residuos tóxicos, en contravención de disposiciones legales vigentes; así como la producción, introducción, tránsito, posesión o uso de armas químicas, biológicas o nucleares, en áreas indígenas.

7. Cuando el Estado declare que un territorio indígena debe ser área protegida, y en el caso de tierras y territorios bajo reclamo potencial o actual por pueblos indígenas, y de tierras sujetas a condiciones de reserva de vida natural, las áreas de conservación no deben ser sujetas a ningún desarrollo de recursos naturales sin el consentimiento informado y la participación de los pueblos interesados”.

2.3.5 Los Derechos Territoriales en las Constituciones Americanas

En esta sección revisaremos la normativa comparada en los distintos países de Latinoamérica, sin ahondar en los cuerpos legales especiales, sino más bien en las bases constitucionales que le sirven de soporte.

En general, podremos ver que un buen número de países reconoce constitucionalmente a los pueblos indígenas. En algunos casos este reconocimiento es expresamente en su calidad de pueblos y en otros como grupos étnicos, comunidades u otras denominaciones.

Asimismo algunas de estas constituciones incluyen normas referidas al territorio, entendido en un sentido más amplio que el de tierras, estableciendo

titularidad del dominio, restricciones necesarias para su protección y extendiendo este alcance a los recursos naturales que en él se encuentran.

Otras van más allá todavía y sientan las bases de un estatuto de autonomía.

Muchos de los derechos y estándares que habíamos encontrado en los Convenios de la OIT y en los Proyectos de Declaraciones de Derechos Indígenas también se incluyen en las constituciones.

2.3.5.1 Argentina (1994)

En Argentina se ha optado por reconocer el modo comunitario de tenencia de tierras, reconociéndose no sólo la propiedad sino también la posesión de las que tradicionalmente se ocupan. Éstas no son enajenables, transmisibles ni tampoco podrán afectarse con gravámenes o embargos. También se asegura participación en la gestión de sus recursos naturales.¹⁰⁸

2.3.5.2 Bolivia (1994)

¹⁰⁸ Artículo 75 inciso 17 Constitución Política de Argentina.

La Constitución boliviana define al país como una nación libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural. Existe un reconocimiento de los pueblos indígenas. En materia de territorialidad la Constitución reconoce, respeta y protege la identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones de los pueblos indígenas así como sus derechos sociales, económicos y culturales, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. ¹⁰⁹

Las llamadas Tierras Comunitarias de Origen cuentan con un tratamiento complementario en una ley especial. En el orden práctico, se han presentado problemas no tanto con el proceso de titulación, pero sí con el de demarcación de las mismas. ¹¹⁰

2.3.5.3 Brasil (1988)

El artículo 231 de la Constitución reconoce a los indios su organización social, sus derechos originarios sobre la tierra que tradicionalmente ocupan, correspondiendo al Estado demarcarlas y hacer respetar todos sus bienes.

¹⁰⁹ Art. 171 Constitución Política de Bolivia.

¹¹⁰ Aylwin, CEPAL, Op. cit. volumen II p.37.

Una ley especial - el Estatuto del Indio - consagra como bien del Patrimonio Indígena las tierras pertenecientes al dominio de grupos tribales o comunidades indígenas. Se reconocen a favor de los indios los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Sus tierras son inalienables e indisponibles, y los derechos que existan sobre ellas imprescriptibles.

2.3.5.4 Colombia (1991)

La Constitución utiliza los términos "pueblos indígenas" y también "grupos étnicos".

En su artículo 68 asegura la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunales de los grupos étnicos.

En materia de organización territorial los llamados "Territorios indígenas" son reconocidos como entidades territoriales, junto a los departamentos, los distritos y los municipios. En tal calidad, se les reconoce la suficiente autonomía para gobernarse por autoridades propias, administrar recursos, proponer las políticas públicas y establecer tributos. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las disposiciones que se adopten

respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.¹¹¹

En materia de protección de patrimonio cultural y arqueológico la Constitución remite a la ley el reglamentar los derechos especiales que corresponden a los grupos étnicos, a quienes no les reconoce la propiedad de dichos bienes, los cuales son propiedad de la Nación.¹¹²

2.3.5.5 Ecuador (1998)

La pluriculturalidad y la multiétnicidad también están definiendo al país. Un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.

La Constitución igualmente se inclina por consagrar derechos colectivos. Se garantiza y asegura el derecho a no ser desplazados de sus tierras. Las tierras comunitarias son imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles. Si pueden ser expropiadas por causa de utilidad pública. Se les exonera del impuesto predial. Se tiene derecho a participar en el uso, usufructo,

¹¹¹ Las principales disposiciones constitucionales son los artículos 286, 287, 329 y 330.

¹¹² Art. 72 Constitución Política de Colombia.

administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras y, tratándose de recursos no renovables, han de ser consultados sobre planes y programas de prospección, participar en los beneficios que generen y ser indemnizados en caso de perjuicios "socioambientales". También el de mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico y la protección de sus lugares rituales y sagrados.¹¹³

En materia de organización territorial reconoce "circunscripciones territoriales indígenas" siendo una categoría dentro de los llamados "gobiernos seccionales autónomos". En tal calidad si en la circunscripción se explotan e industrializan recursos naturales no renovables, tendrán derecho a participar de las rentas que perciba el Estado por dichas actividades.¹¹⁴

2.3.5.6 Guatemala (1985)

Reconoce la composición pluriétnica del país, aunque no utiliza el término "pueblos indígenas" sino que se refiere a "comunidades indígenas" o bien "grupos étnicos". Establece un deber genérico para el Estado: "gozarán de

¹¹³ Art. 84 Constitución Política de Ecuador.

¹¹⁴ Arts. 224, 228, 241 y 251 Constitución Política de Ecuador.

protección especial del Estado" respecto de las tierras de las cooperativas o comunidades indígenas. Señala además que las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente le pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema. Es también deber del Estado proveer de "tierras estatales" a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo. ¹¹⁵

2.3.5.7 México (2001)

Define a la nación como pluricultural, estando sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

Reconoce el derecho de libre determinación dentro de un marco de autonomía.

Garantiza el derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas para acceder a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra, establecidas en la Constitución y las leyes. Este sistema de tenencia opera en base a una figura común con la del campesinado, los ejidos, que son un método para entregar tierras a los campesinos pobres, son tierras comunales creadas por La

¹¹⁵ Arts. 66, 67 y 68 Constitución Política de Guatemala.

Secretaría de la Reforma Agraria. La tierra se divide en dos secciones, una comunal, donde se sitúan los servicios y habitación de los mismos, y otra que consiste en parcelas individuales, que son propiedad individual de cada uno de los miembros de la comunidad, con uso agrícola. El gobierno federal mantiene posesión de las tierras de ejido y estipula que las comunidades hagan uso de ellas bajo las leyes agrarias de México. ¹¹⁶

2.3.5.8 Nicaragua (1995)

Reconoce la diversidad étnica del Estado, y alude expresamente a los pueblos indígenas, lo que tienen el derecho de mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, con derecho a tener sus propias formas de organización social y de administrar sus asuntos locales. Los recursos naturales, bosques y aguas también tienen protección constitucional. Tratándose de las comunidades de la Costa Atlántica se contempla expresamente un régimen de autonomía. ¹¹⁷

2.3.5.9 Paraguay (1992)

¹¹⁶ Arts 2°, 4° Párrafo primero y 27 Constitución Política de México.

¹¹⁷ Arts. 5° inciso 3°, 89 y 181 Constitución Política de Nicaragua.

También reconoce a los pueblos indígenas y su calidad de anteriores a la conformación del Estado.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.¹¹⁸

2.3.5.10 Perú (1993)

Reconoce la pluralidad étnica de la nación, pero no habla de "pueblos indígenas". Subsume a las comunidades indígenas dentro del campesinado, refiriéndose a las "comunidades campesinas y nativas", contando con personalidad jurídica. No hay limitaciones al dominio y la única salvaguarda es que sus tierras son imprescriptibles.¹¹⁹

¹¹⁸ Arts. 62, 63, 64 Constitución Política de Paraguay.

¹¹⁹ Art. 2 N°19, y Art. 89 Constitución Política de Perú.

2.3.6 Jurisprudencia emblemática en el Derecho Comparado e Internacional

De poco sirve que tengamos derechos reconocidos en distintos cuerpos normativos si estos no se respetan o, cuando se da esta última situación, no tienen el debido amparo.

El sistema internacional judicial, comparado y supraestatal, ha ido otorgando protección paulatina primeramente a la defensa de derechos colectivos de los pueblos indígenas y más tarde a asuntos que claramente inciden en derechos territoriales de los mismos.

Empezaremos revisando jurisprudencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que si bien no es un órgano judicial, sus determinaciones han sentado precedentes que han llevado a modificar las conductas de algunos Estados, y son de importancia además porque nos permiten ver una evolución histórica puesto que en su mayoría se fundan en instrumentos generales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y los derechos de las minorías y no aún en principios emanados de proyectos de declaraciones o el Convenio 169 de la OIT.

Del derecho comparado latinoamericano mostraremos una sentencia dictada por el máximo tribunal de Venezuela, que se ha seleccionado a fin de dar relevancia a lo valioso que puede ser otorgar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

Finalmente, revisaremos detalladamente tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bastante recientes y que han dado un pleno respaldo a la demanda por territorialidad indígena.

2.3.6.1 Comisión de Derechos Humanos de la ONU ¹²⁰

2.3.6.1.1 Ominayak y el Grupo del Lago Lubicon contra Canadá

El gobierno de Alberta, provincia canadiense, otorgó a empresas concesiones de explotación de petróleo, gas, madera y otros recursos en territorios de los indios Cree. Asimismo autorizó la construcción de una planta procesadora de celulosa. Dichas actividades deterioraron el ambiente y afectaron la salud de los Cree como también sus costumbres tradicionales de subsistencia.

Se presentó el caso ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual resolvió en el año 1990.

El Comité no se pronunció respecto de la violación del derecho de libre determinación, argumentando que por ser un derecho inherente a los pueblos, no corresponde ser invocado al amparo del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diseñado para la protección de derechos individuales. Sin embargo, examinó una posible violación del artículo 27. Al respecto señaló que "los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen los derechos de las personas, en comunidad con otros, para comprometerse en actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen". El Comité reconoce que la subsistencia y actividades económicas tradicionales de los pueblos indígenas son parte integrante de su cultura, y que la interferencia con esas actividades, en ciertos casos, podía ser perjudicial para la integridad cultural y la supervivencia.

Canadá ofreció remediar la violación mediante el reconocimiento de un territorio de 95 millas cuadradas para los Cree del Lubicon, reconociéndoles derechos en el subsuelo y los depósitos minerales en aproximadamente dos tercios de ese mismo territorio. A su vez anunció implementar un plan de programas, beneficios y subsidios.

¹²⁰ Mas detalle de los casos que aquí se reseñan puede encontrarse en MACKAY, Fergus. op.

El Comité estimó como adecuada la reparación.

2.3.6.1.2 Lansman y otros contra Finlandia

Fue planteado por el pueblo Saami, criadores de renos, habitantes de las tierras del Norte de Finlandia, y también de Noruega y Suecia.

En 1990 se autorizó por el gobierno finlandés a una compañía privada la extracción de 5.000 metros cúbicos de anortocita, un mineral que se encontraba en una montaña próxima a la comunidad Saami. Para acceder a ella se construyó una carretera que pasaba en medio de sus zonas de pastoreo.

Los saamis consideraban sagrada dicha montaña, asimismo afirmaron que la carretera como la cantera interferían con sus actividades de crianza, con sus corrales y vallas. Ello violaba claramente el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dado que la crianza de renos, por tradición y hasta la actualidad, es considerada como una parte esencial y fundamental de su cultura.

Finlandia responde reconociendo la importancia de la crianza pastoril, pero

cit. p. 236-245.

argumenta que el impacto de las faenas y carretera es mínimo en la crianza, que se consultó previamente a los Saami, y que el área intervenida era muy pequeña en relación a la extensión de las tierras Saami. En definitiva, el impacto era tan escaso que no llegaba a constituir una negación del derecho a la cultura en los términos del artículo 27.

El Comité aceptó la postura del estado finlandés. Examinó el problema en cuanto a analizar si "el impacto de la explotación de la cantera en el monte Riutusvaara es tan considerable que efectivamente impide a la peticionaria la prerrogativa de disfrutar de sus derechos culturales en esa región", determinando finalmente que no se había violado el artículo 27 del Pacto, teniendo para ello en cuenta los siguientes factores: que se consideraron los intereses de los recurrentes antes de emitirse el permiso, que los peticionarios fueron consultados directamente, que al parecer la crianza de renos no se había visto afectada adversamente por la cantera y que aparentemente Finlandia había adoptado las medidas necesarias para minimizar el impacto de la cantera en las condiciones estipuladas en el permiso.

2.3.6.2 Jurisprudencia Comparada Latinoamericana: Corte Suprema de Venezuela; Comunidades Indígenas Estado de Amazonas contra Venezuela

El mismo fue llevado ante la instancia judicial con motivo de un recurso de nulidad interpuesto por miembros de grupos indígenas del Estado de Amazonas, contra la Ley de división político-territorial de dicho Estado. El Estado de Amazonas, creado en 1992, cuenta con un territorio de aproximadamente 180.000 kilómetros cuadrados y una población que bordea los 100.000 habitantes de los cuales casi la mitad son indígenas. La Ley establecía los diferentes municipios que componían el Estado, buena parte de los cuales comprendían territorios ocupados tradicionalmente por pueblos indígenas, los que no habían sido consultados con motivo de su demarcación. El tema era de importancia vital para los indígenas, pues al crearse los municipios, con vocación más urbana que rural, se les atribuía el derecho a establecer sus propios ejidos municipales, con lo cual podrían afectar los territorios ancestrales en donde los grupos indígenas habían acostumbrado a organizar su vida. Los indígenas que interpusieron el recurso sostuvieron que se deberían crear municipios especiales indígenas en las áreas habitadas mayoritariamente por los diferentes grupos étnicos y de esta forma desarrollar tanto la posibilidad de diferentes regímenes municipales como el régimen constitucional de excepción para las comunidades indígenas.

Venezuela no ha ratificado el Convenio 169, ni tampoco el 107, y en su Constitución, del año 1961, contiene una sola disposición concerniente a los indígenas, por la que compromete al Estado a establecer el régimen de

excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.

En ausencia de disposiciones más específicas la Corte examinó el caso a la luz del derecho a la participación política en la formación de la ley, mediante la consulta popular y referendos a las comunidades indígenas. Además, consideró el artículo 8° de la Ley Nacional por la que se elevaba a la categoría de Estado al hasta entonces Territorio Federal de Amazonas, el que disponía que las comunidades y pueblos indígenas serán respetadas en sus culturas, lengua y tradiciones así como en la forma de tenencia y uso de la tierra, atendiendo al régimen constitucional de excepción. Recordó igualmente que la Constitución del Estado nuevamente creado reconocía su carácter multiétnico y pluricultural, además del derecho de sus pueblos y comunidades indígenas a tener su propia cultura, prácticas religiosas, emplear y fomentar su lengua, y declaraba además que las tierras por ellos ocupadas eran de interés social e inalienables. La Corte observó que en el caso no se había demostrado el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, la que en el caso de las comunidades indígenas cobra una relevancia especial. Estimó además que la formación de una ley de división política de un Estado con aquellas características tiene importantes efectos en el entorno vital del individuo, pues organizaba el territorio bajo un nuevo régimen. Es en ese contexto que consideró como esencial la participación de los pueblos indígenas, en vista que

"los mismos constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y aislamiento, ... porque ... lamentablemente la historia de la humanidad evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros por la cultura del odio y el prejuicio ". Por consiguiente la Corte declaró la nulidad de esta ley.

Este fallo ilustra algunas situaciones importantes, como por ejemplo, que ante la realidad de no encontrarse ratificadas las convenciones de derechos indígenas, como el Convenio 107 y el 169, cobra importancia el reconocimiento constitucional de éstos como pueblos lo cual, aún en mínimos términos, da herramientas para fundar un fallo aplicando principios.

2.3.6.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde su creación el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha estado recibiendo quejas respecto a violaciones de derechos tanto de individuos como de comunidades y pueblos indígenas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido varias ocasiones de pronunciarse condenando el proceder de los estados. Destacan aquí

resoluciones del año 1970 (Guahibos vs. Colombia) y del año 1985 (Yanomani vs. Brasil).

En esta última década la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos favorablemente hacia las pretensiones de los pueblos indígenas.

2.3.6.3.1 Comunidad Mayagna Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua

El 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia sobre el fondo del caso de la Comunidad Mayagna de Awas Tingni, que sienta un precedente al ser la primera vez que este máximo tribunal falla a favor de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta comunidad indígena se encuentra ubicada en la Costa Atlántica de Nicaragua y alberga aproximadamente a 142 familias, unas 600 personas, en el municipio de Waspan, en la Región Autónoma del Atlántico Norte. Subsisten de la agricultura familiar y comunal, de la recolección de frutas y plantas medicinales, la caza y la pesca. Estas actividades, así como el uso y goce de la tierra que habitan, son llevadas a cabo dentro de un espacio territorial de acuerdo con un esquema de organización colectiva tradicional.

La Constitución nicaragüense, del año 1987, reconoce el estado como pluriétnico, establece el derecho a la tierra de los pueblos indígenas y un estatuto territorial de autonomía. No obstante, el estado no había iniciado el proceso de demarcación de las tierras ancestrales indígenas.

Los representantes legales de la comunidad Mayagna de Awas Tingni, solicitaron en varias oportunidades al Estado nicaragüense la demarcación y el reconocimiento oficial de su territorio.

En septiembre de 1995 el Estado nicaragüense, a través del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA), facilita permisos de exploración y otras faenas en bosques ubicados en territorios de la comunidad indígena en vista a otorgar un contrato de explotación maderera a la empresa Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA), filial de la multinacional coreana KUMKYUNG. En marzo de 1996, se otorga la concesión de explotación a SOLCARSA. Se recurre judicialmente de amparo contra ambas resoluciones. En febrero de 1997, simultáneamente con el fallo del primer recurso de amparo, que es rechazado, la Corte Suprema falla el segundo recurso, pero acogéndolo y anulando la concesión.

No obstante lo anterior, el Ministerio no acata el fallo y pretende subsanar el error de nulidad que fundamentó acoger el amparo por la vía de una ratificación

tardía del órgano competente, en vista de lo cual nuevamente se recurre, por tercera vez, de amparo respecto de la ratificación de un acto administrativo nulo.

Hay que señalar que durante todo este lapso de tiempo la comunidad de Awas Tingni siguió insistiendo al mismo ministerio respecto de la demarcación de sus tierras ancestrales, solicitudes a las cuales simplemente no se les había dado curso.

El tercer recurso de amparo fue rechazado por extemporáneo pues la Corte Suprema consideró que el acto recurrido era el otorgamiento de la concesión y no la ratificación posterior.

En enero de 1998 se solicita a la Corte Suprema la ejecutoria de la sentencia de febrero de 1997 que anulaba la concesión a SOLCARSA, una suerte de cumplimiento con citación. En febrero de 1998 la Corte pone en conocimiento al Presidente de la República a fin que ordene al Ministro del MARENA el cumplimiento de la sentencia. El Ministro comunica a SOLCARSA que se cancela la concesión y, en marzo, la empresa anuncia el cierre de sus operaciones.

La vía ante el sistema interamericano comienza en 1995 cuando se plantea el caso primeramente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ante la falta de una solución amistosa, la Comisión lleva el caso a la Corte Interamericana, en junio de 1998. La Comisión alega, como punto fundamental, “la falta de reconocimiento por parte de Nicaragua de los derechos de la Comunidad Awas Tingni, y más concretamente, la ineficiencia de los procedimientos establecidos en la legislación para hacer efectivos estos derechos de las comunidades indígenas y la falta de demarcación de las tierras poseídas por dicha Comunidad. Agrega la Comisión que, pese a múltiples gestiones efectuadas por la Comunidad, aún no ha logrado un reconocimiento estatal a la propiedad comunal y, más aún, se ha visto perjudicada por una concesión maderera otorgada a una compañía en las tierras ocupadas por esta comunidad”.¹²¹

La Corte, en la sentencia, primeramente discurre acerca de si se violó el derecho de protección judicial, establecido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual requiere de un doble análisis: si existe o no un procedimiento para la titulación de tierras, que sea idóneo y eficaz y, en segundo lugar, debe establecerse si los recursos de amparo

¹²¹ SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Awas Tingni contra Estado de Nicaragua, Párrafo 109. Disponible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_938985889/CE_79.DOC?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_938985889%2FCE_79.DOC

presentados por miembros de la Comunidad fueron resueltos de conformidad con dicho artículo 25.

El Tribunal constata que Nicaragua tiene una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena, pero que en ésta no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas. Refiriéndose a la tramitación de los recursos de amparo señala que “el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias que conocieron de los amparos en este caso desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De acuerdo con los criterios de este Tribunal, los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado”.¹²²

Declara que el estado violó este derecho consagrado en el artículo 25 de la Convención en conexión con los artículos 1.1 y 2.

La Corte considera que “es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro

¹²² Ibid. párrafo 134.

carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”.

A continuación entra a analizar la violación al derecho de propiedad. La Corte, haciendo mención a la historia de la ley, en este caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, recuerda que en el artículo 21 de la Convención la expresión "toda persona tiene derecho a la propiedad privada" fue finalmente cambiada por la de "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes".

En seguida, y en base a la aclaración anterior, la Corte señala que "los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales".¹²³ Ello lleva a concluir al Tribunal que, en el caso de la Comunidad de Awas Tingni, el sistema propio de tenencia comunal de la tierra está protegido por el artículo 21, justamente porque éste no habla de "propiedad privada" pudiendo ser admisible

¹²³ Ibid. párrafo 146.

otras formas de entender el derecho de propiedad, como la que ocurre con los pueblos indígenas. La Corte expresa: “mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. ¹²⁴

Reconoce la necesidad de comprender que la relación de los indígenas con la tierra está en la base de la cultura de éstos, de su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. "Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras". ¹²⁵

¹²⁴ Ibid. párrafo 148.

¹²⁵ Ibid. párrafo 149.

Declara que el estado violó el derecho de propiedad en perjuicio de la Comunidad Mayagna de Awas Tingni “toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”.¹²⁶

Junto con reconocer la infracción de las disposiciones antes citadas condena al Estado de Nicaragua a reparar el daño inmaterial causado, el que avalúa en un monto de cincuenta mil dólares, los que deben ser invertidos en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana; y lo obliga además al pago de la suma US\$30.000.- (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de la Comunidad Awas Tingni y sus representantes.

La Corte también ordena al Estado adoptar en su derecho interno “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación, titulación, de las propiedades de las comunidades indígenas acorde al derecho

¹²⁶ Ibid. párrafo 153.

consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”¹²⁷ y otorga un plazo máximo de 15 meses para que materialmente se haga esta delimitación, demarcación y titulación.

El Estado de Nicaragua habrá de rendir a la Corte cada 6 meses, a partir de la notificación, un informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento al fallo. A su vez la Corte supervisará el cumplimiento de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el estado haya adoptado lo dispuesto en el fallo.

Para concluir con la reseña del caso, debemos señalar que si bien Nicaragua dictó una ley conducente a la demarcación y titulación de tierras indígenas - la Ley de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Etnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz - aún no se han delimitado ni titulado el territorio reclamado por la Comunidad Awas Tingni.

De esta sentencia podemos hacer algunos breves comentarios:

El primero de ellos dice relación con el reconocimiento que hace el Tribunal respecto del derecho de propiedad. La Corte, como ya lo habíamos indicado, advierte que la protección jurídica no es al "derecho de propiedad privada", sino

¹²⁷ Ibid. párrafo 164.

que al "uso y goce de los bienes". Ahora bien, este uso y goce de sus bienes ha de ser entendido, tratándose de los pueblos indígenas, de acuerdo al uso y costumbres de los mismos, es decir a su derecho consuetudinario. Así lo recoge la Corte al señalar que "el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido 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". ¹²⁸

Existiendo "una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad" ¹²⁹, no queda más que también ampararla y darle pleno valor.

El juez Sergio García Ramírez lo señala en su voto razonado: "Obviamente, no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, se trata de

¹²⁸ Ibid. párrafo 151.

¹²⁹ Ibid. párrafo 149.

conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva".¹³⁰

Por lo demás, pretender que existe sólo una forma válida de usar y disfrutar de los bienes significaría negar a un grupo numeroso de personas la tutela dada por el artículo 21, lo cual atentaría contra el principio de igualdad.

Como segunda observación, y que se desprende de la anterior, es que con el reconocimiento de instituciones jurídicas propias de los pueblos indígenas se da un fuerte respaldo a la demanda por autonomía que estos enarbolan. Estas instituciones jurídicas son precoloniales y se han mantenido hasta el presente y tienen preeminencia por sobre el derecho nacional.

En tercer lugar, y como ocurre en el caso Yakye Axa, que más adelante comentamos, se protege el principio del "plazo razonable" en el cual deben operar los mecanismos y recursos que el Estado entrega a las personas a fin de tener una oportuna y eficaz protección de sus derechos vulnerados.

Finalmente, ha de resaltarse el hecho que el fallo se funda en normas de derecho internacional aprobadas y vigentes prácticamente para todos los Estados Americanos. Para ello la Corte impone el principio de "interpretación

¹³⁰ Ibid. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 11.

evolutiva del derecho internacional" bajo el cual no cabe hacer una interpretación restrictiva de los derechos humanos, sino al contrario, incorporar los estándares internacionales que vayan permitiendo un mayor ámbito de defensa.

2.3.6.3.2 Comunidad Yakye Axa contra el Estado de Paraguay

La Comunidad Yakye Axa pertenece al pueblo indígena Lengua Enxet Sur, localizados geográficamente en el Chaco paraguayo. Su economía se basa en la caza, recolección y pesca, el cultivo de chacras y la crianza de ganado. La conforman 319 personas agrupadas en aproximadamente 90 familias.

A fines del siglo XIX las tierras del Chaco paraguayo fueron vendidas por el estado, a través de la bolsa de Londres, siendo adquiridas por compañías británicas. Los habitantes indígenas se incorporaron como mano de obra a las estancias que se conformaron, como consecuencia de la enajenación.

A mediados de la década de 1980 la comunidad Yakye Axa, atendidas las graves condiciones de vida manifestadas en bajos o inexistentes salarios, la explotación sexual de las mujeres y la falta de servicios de salud y alimentos suficientes, deciden trasladarse desde la Estancia Loma Verde - lugar de su

asentamiento ancestral- aceptando un ofrecimiento de la Iglesia Anglicana para ubicarse en tierras de la Estancia El Estribo, adquiridas por dicha institución especialmente en ejecución de un programa de reasentamiento indígena. Sin embargo, las circunstancias del medio ambiente y de recursos naturales de El Estribo eran muy diferentes a las del lugar de origen de la comunidad Yakye Axa. La calidad de las tierras era baja reflejándose en una mala productividad. No disponían de animales para la caza. Además, las tierras de El Estribo correspondían al asentamiento principal de las comunidades indígenas de Makxlawaya, por lo cual los Yakye Axa se sentían marginados, no pudiendo celebrar libremente sus prácticas culturales.

Durante la década de los '90 Paraguay ratifica el Convenio 169 de la OIT y, asimismo, reforma su Constitución (1992) reconociendo el derecho de los indígenas a sus tierras ancestralmente ocupadas. Así, se establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo (Art.64). Más aún, haciéndose cargo de una constatación histórica, a la que ya hemos aludido anteriormente en otras partes de este trabajo, la Constitución del Paraguay

reconoce a los pueblos indígenas la circunstancia de ser "anteriores a la organización y formación del Estado paraguayo"(Art.62), hecho del cual derivan consecuencias jurídicas tales como el reconocimiento de derechos preexistentes a las tierras.

La comunidad Yakye Axa inicia los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional. Se toma la decisión de regresar a las tierras de la Estancia Loma Verde y se solicita al gobierno la transferencia de quince mil hectáreas, en manos de privados, a favor de la comunidad. Al regresar, los propietarios no permitieron su ingreso a la estancia por lo que decidieron instalarse frente a las tierras reclamadas, improvisando un campamento a orillas del camino público, en condiciones de salubridad, nutrición y educación del todo deplorables.

Casi 10 años demoró el proceso administrativo de reconocimiento y transferencia de tierras, lo que finalmente no se concretó debiendo entonces recurrirse a la vía de la expropiación, no lográndose el apoyo de los respectivos proyectos de ley y ofreciendo finalmente el gobierno la expropiación de otra estancia, lo que la comunidad no aceptó.

El caso llega a manos de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y luego a la Corte Interamericana de Derechos Humanos invocando la violación

del derecho a la vida, a las garantías y protección judiciales, y del derecho de propiedad privada. La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakyé Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte Interamericana se pronuncia en sentencia de fecha 17 de junio de 2005.

La Corte primeramente analiza si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.3 del Convenio 169 el que dispone: "deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

Esto se interpreta en concordancia con el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. De acuerdo a la Corte "De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos." ¹³¹

En base a ello la Corte estima que "el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Yakye Axa desconoció

¹³¹ SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Yakye Axa contra Estado de Paraguay, párrafo 98, disponible en http://64.233.161.104/search?q=cache:zLLd8m-tAi8J:www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1680586330/Yakye%2520Axa,%2520sentencia.doc%3Furl%3D%252FBibliotecaWeb%252FVarios%252FDocumentos%252FBFD_1

el principio del plazo razonable y se mostró abiertamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma." ¹³²

Vuelve a recalcar, al igual que en el caso Awas Tingni, la dimensión del territorio como espacio de reproducción de la cultura. La Corte establece que "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" ¹³³, determinando que "lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". ¹³⁴

[680586330%252FYakye%2BAxa%252C%2Bsentencia.doc+sentencia+yakye+axa+paraguay&hl=es&gl=cl&ct=clnk&cd=9](#)

¹³² Ibid. párrafo 104.

¹³³ Ibid. párrafo 135.

¹³⁴ Ibid. párrafo 136.

Más aún, considera que el artículo 21 de la Convención salvaguarda aquellos bienes inmateriales consistentes en "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" ¹³⁵, estimando que el término "bienes" utilizado en el 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". ¹³⁶

Más adelante señala que "el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad". ¹³⁷

La Corte analiza la colisión de derechos que pudiera ocurrir entre los territorios reclamados por una comunidad y el derecho de propiedad que terceros hayan constituido sobre el mismo. La Corte señala que "los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo

¹³⁵ Ibid. párrafo 137.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid. párrafo 143.

a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural" ¹³⁸ concluyendo que "la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención." ¹³⁹; lo cual "no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas." ¹⁴⁰

¹³⁸ Ibid. párrafo 146.

¹³⁹ Ibid. párrafo 148.

¹⁴⁰ Ibid. párrafo 149.

Establece que "Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, en los términos señalados en el párrafo anterior." ¹⁴¹

En cuanto a la violación del derecho a la vida, la Corte analiza las condiciones de vida de la comunidad. "Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria." ¹⁴². Responsabiliza directamente al Paraguay: "el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha

¹⁴¹ Ibid. párrafo 155.

¹⁴² Ibid. párrafo 162.

privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad".¹⁴³

Finalmente, junto por dar por infringidos los derechos materia de acusación, condena al Estado de Paraguay a "crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con los párrafos 215 a 217 de esta Sentencia. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. Además del referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US \$950.000.- (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser

¹⁴³ Ibid. párrafo 168.

completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de la tierras a los miembros de la Comunidad indígena". ¹⁴⁴

Agrega que "A la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, pero sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros, como en efecto lo ha hecho en la presente Sentencia (supra párrs. 123 a 156). Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con los párrafos 137 a 154 de la presente Sentencia." ¹⁴⁵ En vista de ello "el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la

¹⁴⁴ Ibid. párrafo 205.

¹⁴⁵ Ibid. párrafo 215.

Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad". ¹⁴⁶

Respecto a prestaciones complementarias "La Comisión y los representantes en sus escritos principales manifestaron la necesidad de brindar servicios básicos a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, incluyendo agua potable e infraestructura sanitaria, un centro de salud y un establecimiento escolar. Igualmente evidenciaron la necesidad de entregar atención médica y educacional pertinente culturalmente en forma permanente a los miembros de la Comunidad, teniendo presente las costumbres y tradiciones de la misma". ¹⁴⁷

"En vista de lo anterior, el Tribunal dispone que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable

¹⁴⁶ Ibid. párrafo 217.

¹⁴⁷ Ibid. párrafo 219.

suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos". ¹⁴⁸

La Corte también obliga a que se realicen las adecuaciones necesarias en la legislación interna. "Es necesario que el Estado garantice el goce efectivo de los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos

¹⁴⁸ Ibid. párrafo 221.

indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".¹⁴⁹

Podemos hacer los siguientes comentarios de esta sentencia:

En primer lugar, se confirma el criterio ya adoptado por el mismo tribunal anteriormente en el caso *Awas Tingni*, a propósito de una interpretación evolutiva de los derechos humanos en materia internacional, lo cual redundaría en la obligatoriedad de muchos instrumentos y de los principios que estos contienen, aún cuando en la especie no se encontraran plenamente vigentes, o bien en la incorporación -como derecho válido para ser invocado- de otros instrumentos internacionales además de los que comprende el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁵⁰ Esta interpretación lleva a que se de, por ejemplo, pleno valor a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, más allá de que efectivamente esté o no ratificado.

¹⁴⁹ *Ibid.* párrafo 222.

¹⁵⁰ La sentencia de la Corte expresa en el párrafo 128: "El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo".

La Corte examina la efectividad de los mecanismos internos de titulación y demarcación de tierras, no bastando la recepción en el derecho positivo nacional de normas que reconozcan el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sino exigiendo que los procedimientos sean los adecuados reconociendo el principio del "plazo razonable" (párrafo 104).

Debemos también destacar los bienes inmateriales a los cuales la Corte extiende la protección del derecho de propiedad, entre los que incluye como un bien - de algún modo "cosificándolo" -, la relación espiritual de los pueblos con su territorio. Es decir, respecto de las llamadas cosas incorpóreas, la protección del derecho de propiedad se extiende no sólo a créditos o derechos personales emanados de contratos, usando el lenguaje del derecho civil. La Corte en función del derecho de propiedad termina protegiendo relaciones inmateriales, afectivas, como lo dice en sus palabras "cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor". Cuestionamos esto desde un punto de vista dogmático, pues estimamos que con ello la protección que brinda el derecho de propiedad se termina extendiendo a cosas que no son objeto de disposición jurídica ni de apropiación. Si bien todos compartimos el razonamiento que es perfectamente posible ser dueño de "derechos sobre derechos", hay una leve distinción pues estos derechos que protege la Corte con esta aplicación extensiva son bienes indisponibles, fuera del comercio humano y en que

finalmente su naturaleza no está en ser una prolongación del derecho de propiedad sino en la dimensión política que involucra el derecho al territorio.

De ahí que la Corte confunda las normas de propiedad con las de responsabilidad extracontractual. El valor de afección, que entendemos es a lo que se refiere el Tribunal con la frase "cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor", ciertamente es indemnizable, pero nadie concordará en decir que es un daño patrimonial, todos están contestes que se trata de un daño moral, extrapatrimonial, de algo que no está en el patrimonio y por lo tanto no susceptible de dominio ni disposición, pero sí susceptible de ser objeto de una evaluación pecuniaria para fines de establecer una indemnización en caso de verse afectado.

La Corte ha de fallar enmarcada dentro del ámbito de competencia de los hechos materias de denuncia y de los derechos cuya vulneración se alega, entre ellos el derecho de propiedad. El problema radica en que los derechos territoriales están sustentados en el derecho de autodeterminación y, por lo tanto, su contenido excede el ámbito meramente jurídico del derecho de propiedad para entrar también a una dimensión política. Sin embargo, el sistema interamericano no contempla instrumentos que reconozcan este derecho –el de autodeterminación– para desde esa base justificar todos aquellos elementos inmateriales que dan contenido a la demanda territorial

indígena. De ahí entonces que la Corte recurra a la propiedad ancestral, sustentada en el derecho propio, analizable desde una perspectiva distinta a la doctrina tradicional del derecho privado. En este sentido la Corte coincide con el criterio del tratadista Guillermo Bonfil Batalla, homologando el concepto de "bien" con el concepto de "recurso" a que alude este autor -a propósito de definir el proceso de control cultural- extrapolando con ello el uso sociopolítico al jurídico.¹⁵¹

En el fallo Sawhoyamaxa, que a continuación comentaremos, el Juez Sergio García Ramírez se hace cargo, en su voto razonado, de este conflicto que hemos enunciado: “No cuestiono, por fuerza, que se emplee la palabra propiedad para caracterizar los derechos de los indígenas sobre las tierras que les han pertenecido y les pertenecen, a condición de que se entienda que, en la especie, se trata de una “propiedad calificada”, esto es, de una figura de dominio con características propias, que en algunos aspectos coincide con los signos de la propiedad ordinaria, pero en otros difiere radicalmente de ellos. La idea de emparejar la propiedad indígena --es decir, la tenencia indígena de la tierra, sujeta al ordenamiento consuetudinario propio de sus pueblos-- con la

¹⁵¹ Para Bonfil “recursos son todos los elementos de una cultura que resulta necesario poner en juego para formular y realizar un propósito social. Sin ánimo de hacer una clasificación definitiva, pueden identificarse al menos cuatro grandes grupos de recursos: a) materiales, que incluyen los naturales y los transformados; b) de organización, como capacidad para lograr la participación social y vencer las resistencias, c) intelectuales, que son los conocimientos -formalizados o no- y las experiencias; d) simbólicos y emotivos: la subjetividad como recurso indispensable.” BONFIL Batalla, Guillermo. El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y

propiedad civil que también preserva el artículo 21 de la Convención, pudiera culminar en consecuencias altamente desfavorables para los intereses legítimos y los verdaderos derechos de los indígenas. Nada de esto podría prosperar al amparo del Pacto de San José y de su interpretación rigurosa, que la Corte ya ha sentado en el Caso de la Comunidad Mayagna”.¹⁵²

No obstante, podemos hacer ver que, ya que la Corte ha venido adoptando el criterio de una “interpretación evolutiva de los derechos humanos”, bien podría valerse a futuro del enunciado del artículo primero de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fin de afirmar el reconocimiento del derecho de autodeterminación.

En el análisis del caso Sawhoyamaxa, podremos ver que la Corte califica la afección de estos vínculos y relaciones que involucra el territorio como un daño inmaterial, y dispone el resarcimiento del mismo por la vía de la indemnización de perjuicios emanada de una responsabilidad extracontractual.

Finalmente, resaltamos la obligación accesoria de implementación de servicios básicos para la comunidad. Ello satisface dos exigencias: (a) La

de organización. En su: Obras escogidas de Guillermo Bonfil, México D.F., Instituto Nacional Indigenista, 1995. pp. 467-480.

¹⁵² Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de Marzo de 2006 en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrafo 16.

defensa del derecho a la vida de los integrantes de la comunidad (b) Pero también una completa implementación "territorial", es decir otorgar las herramientas que efectivamente permitan el disfrute de ese espacio como apto para la reproducción de sus formas de vida. En este sentido el territorio, como tal, requiere de escuelas, de agua potable y de mínimas comodidades.

2.3.6.3.3 Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay

Es el fallo más reciente en la materia, pronunciado con fecha 29 de marzo de 2006.

Los Sawhoyamaxa pertenecen a los pueblos Lengua Etxet Sur y Enhelt Norte, y sus asentamientos están ubicados en el margen oriental del Chaco paraguayo. Sus principales actividades de subsistencia son la recolección, la pesca y caza, combinados con horticultura a pequeña escala y la tenencia de algunos animales domésticos. Su comunidad está integrada por aproximadamente 407 personas.

Tal como lo habíamos mencionado en el caso Yakye Axa, las tierras del Chaco Paraguay fueron vendidas a finales del siglo XIX en la Bolsa de Londres. La división y venta de estos territorios fue realizada con desconocimiento de la

población que los habitaba, que en ese entonces era exclusivamente indígena. En su mayoría fueron adquiridas por empresas británicas, algunas de ellas vinculadas a la Iglesia Anglicana con el fin de establecer misiones. Posteriormente, luego de la Guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay (1933-1936) se incrementa la ocupación no indígena en la zona. Las grandes estancias absorben a la población indígena como mano de obra, no siempre asalariada; lo que contribuye a sedentarizar el estilo de vida de la población indígena.

En el año 1991 los Sawhoyamaxa inician el proceso de reivindicación de sus tierras. Ello involucra abandonar algunos espacios ocupados en ese entonces. La mayor parte de la población se concentraba en las aldeas Masama Apxagkok (estancia Loma Porá) y Elwátétkok (estancia Maroma) y, luego de iniciado el proceso reivindicatorio, pasan a ser los asentamientos Santa Elisa y "Km.16" los más numerosos. El asentamiento Santa Elisa se formó, al igual que en el caso Yakye Axa, luego que parte de los Sawhoyamaxa decidieran instalarse frente las propiedades por ellos reivindicadas, al costado de un camino, dentro de la franja libre de 50 metros entre la carretera y la alambrada, en condiciones de pobreza extrema, sin ningún tipo de servicios, a la espera de que los organismos competentes resolvieran su solicitud de reivindicación de tierras.

En agosto de 1991 los Sawhoyamaxa solicitan al Paraguay el reconocimiento de sus líderes de conformidad al Estatuto de Comunidades Indígenas. Tal reconocimiento se les otorga en abril de 1993. A continuación los líderes inician el trámite de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Comunidad, lo cual ocurre en julio de 1998 mediante Decreto Supremo del Presidente de Paraguay.

Junto con plantear el reconocimiento de sus líderes, la Comunidad Sawhoyamaxa solicita al Estado, a través del Instituto de Bienestar Rural (IBR) la entrega de una superficie aproximada de 8.000 hectáreas emplazadas dentro del territorio que identifican como parte del que alguna vez fue de sus antepasados y del que fueron desposeídos sin compensación alguna. En esta tramitación administrativa intervendrá también el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI). En enero de 1993, se realiza inspección ocular de las tierras reivindicadas y se efectúa un censo de población. Constatándose que las tierras pertenecen y están ocupadas por particulares, se inicia un proceso de conciliación con la Compañía Paraguaya de Novillos S.A. (COMPENSA), la que desde ya manifestó su oposición a un traspaso voluntario de las tierras.

En septiembre de 1993 los Sawhoyamaxa amplían la superficie pedida de tierras, extendiéndola a 15.000 hectáreas. Además solicitan al IBR que gestione judicialmente una orden de no innovar conducente a evitar el desmonte de

sectores con vegetación ubicados dentro de las tierras por ellos reclamadas. Por distintas razones esta orden de no innovar demora en tramitarse y, cuando es obtenida, ya han ocurrido algunas intervenciones en los sitios que se buscaba proteger.

Hasta el año 1998 se prolonga la tramitación administrativa destinada a obtener el traspaso de las tierras a los Sawhoyamaxa, fracasando tales gestiones y estudiándose entonces la posibilidad de una expropiación. Entre 1998 y el año 2000 se intenta en dos ocasiones la aprobación de un proyecto de ley con tal fin, siendo este rechazado en su tramitación ante el congreso paraguayo.

Durante 1999, y frente a la grave situación de miseria existente, el Presidente de Paraguay declaró en estado de emergencia a las comunidades indígenas Yakyé Axa y Sawhoyamaxa, del Pueblo Enxet-Lengua, reconociendo que no cuentan con “acceso a los medios de subsistencia tradicionales ligados a su identidad cultural, por la prohibición de los propietarios al ingreso de éstos en el hábitat reclamado como parte de sus territorios ancestrales[, lo que] dificulta el normal desenvolvimiento de la vida de dichas comunidades nativas

[ante] la falta de medios de alimentación y de asistencia médica mínimos e indispensables".¹⁵³

El caso llega primeramente a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se alega la violación del derecho a la vida, a la protección y garantías judiciales y a la propiedad privada.

Respecto al derecho a la propiedad privada y a la protección y garantías judiciales que el Estado ha dado a los Sawhoyamaya, la Corte primeramente analiza la celeridad con que se han llevado: i) El procedimiento de reconocimiento de líderes; ii) El procedimiento de obtención de personalidad jurídica; iii) Las medidas de no innovar, y iv) El procedimiento de reivindicación de tierras.¹⁵⁴

Nuevamente la Corte discurre en torno al "Principio del Plazo Razonable indicando que " c) si bien el procedimiento de restitución territorial está revestido de complejidad, la violación al plazo razonable en el mismo se debe al prolongado período que el expediente permanecía en las diversas oficinas

¹⁵³ SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad indígena Sawhoyamaya contra Estado de Paraguay, párrafo 73.63. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

¹⁵⁴ Ibid. Párrafo 81.

estatales, aún cuando trámites triviales eran tratados ante ellas, omitiendo respetar y resolver lo solicitado dentro de plazo, por lo que se puede sostener que la actitud omisiva del Estado es una adición más a la complejidad que de por sí tendría el tema de la restitución territorial; d) de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la demora prolongada constituye, en sí misma, violación del derecho a las garantías judiciales. Por lo que la demora de 14 años y 6 meses sin aún tener una respuesta a sus reclamos territoriales; la de 1 año y 9 meses para el reconocimiento de líderes; los 6 años y 11 meses para la obtención de su personalidad jurídica, y los dos meses para obtener las medidas de no innovar solicitadas no se ajusta a lo considerado como plazo razonable señalado en el artículo 8.1 como elemento condicionante de la protección plena y del respeto al derecho a las garantías judiciales".¹⁵⁵

Respecto de la lentitud del proceso de transferencia de las tierras hacia la comunidad, la Corte atribuye directa responsabilidad a las autoridades paraguayas: "el Tribunal advierte que el retraso en el proceso administrativo que se examina en la presente Sentencia se ha producido por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales. En efecto, desde el 26 de marzo de 1993, fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Paraguay, hasta la presente fecha, no se han realizado mayores diligencias en el procedimiento administrativo bajo análisis. Las

¹⁵⁵ Ibid. Considerando 75.

actuaciones del INDI y del IBR se han limitado a remitirse el expediente mutuamente y a solicitar en reiteradas ocasiones a los propietarios particulares de las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad que realicen ofertas “sobre la fracción afectada”, sin que se reciba ninguna respuesta positiva al respecto, para que finalmente el 15 de junio de 1999 el IBR se declare incompetente de decidir o no la expropiación de las tierras y traslade la responsabilidad al INDI (supra párr. 73.44), institución que conforme al expediente obrante en este Tribunal, no ha realizado actuación alguna desde julio de 1999”.¹⁵⁶ Señalando a continuación que “de esta manera, la Corte considera que las actuaciones de las autoridades estatales en el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras no han sido compatibles con el principio del plazo razonable”.¹⁵⁷

La Corte recuerda que “el Estado está en la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna

¹⁵⁶ Ibid. Considerando 96.

¹⁵⁷ Ibid. Párrafo 98.

respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.

El artículo 2 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido.

En el presente caso, el Paraguay no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para asegurar un procedimiento efectivo que dé una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en los términos de los párrafos anteriores.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa desconoció el principio del plazo razonable y se mostró completamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma."¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ibid. Considerandos 109 a 112.

Con respecto a la restitución de tierras propiamente tal y a la condición de ser actual poseedor para efectos de legitimar el requerimiento ante el Estado para solicitar la transferencia de estas, la Corte establece 4 principios:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y
- 4) Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

En base a estos principios es que “consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.”¹⁵⁹

También analiza si este derecho es susceptible de prescribir extintivamente. “Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura. Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha

¹⁵⁹ Ibid. Considerando 128.

relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan". ¹⁶⁰

En lo que concierne a la violación del derecho a la vida, se planteó no solo una amenaza genérica a los miembros de la comunidad, sino que la denuncia perseguía la declaración de responsabilidad puntual del Paraguay respecto de la muerte de determinados miembros de la comunidad Sawhoyamaxa.

La Corte observa que "en el presente caso no existe controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que viven los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa son inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida. La controversia radica en determinar si el Estado es responsable de que las presuntas víctimas estén en esas condiciones y si ha adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de las presuntas víctimas". ¹⁶¹

En este análisis de la responsabilidad en las condiciones actuales de vida de las Sawhoyamaxa reconoce que el Estado "no ha inducido o motivado a los

¹⁶⁰ Ibid. Considerandos 131 y 132.

miembros de la Comunidad a trasladarse al costado de la ruta. No obstante, nota que existían poderosas razones para que los miembros de la Comunidad abandonaran las estancias en las que se encontraban y trabajaban, por las penosas condiciones físicas y laborales en las que vivían (supra párr.73.61 y 62). Asimismo, ese argumento no es suficiente para que el Estado se aparte de su deber de proteger y garantizar el derecho a la vida de las presuntas víctimas. Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras eso sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban.

Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado ante el INDI y el IBR no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (supra párrs. 93 a 112). De allí que el Tribunal estableciera que el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (supra párrs. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y

¹⁶¹ Ibid. Considerando 156.

ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida." ¹⁶²

En lo resolutive, junto con declarar la violación de los derechos materia de denuncia, la Corte impone al Estado de Paraguay la obligación de entregar, dentro de un plazo de tres años, las tierras física y formalmente a las víctimas, sea que se adquieran por medio de compra, expropiación o elección de tierras alternativas. Para ello, deberá asegurar todos los fondos necesarios. Deberá el Estado además crear un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad destinando la cantidad de US\$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad. Estos proyectos deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la comunidad indígena.

Asimismo, deberán adoptarse de manera inmediata, regular y permanente, medidas sanitarias como el suministro de agua potable suficiente para el

¹⁶² Ibid. Párrafos 163 y 164.

consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad, la revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes, la creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, y dotar a la escuela del asentamiento “Santa Elisa” de los materiales y recursos humanos necesarios, y crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas del asentamiento “Km. 16”.

Ordena además que se tomen las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Paraguay deberá Implementar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, un programa de registro y documentación, de tal forma que los miembros de la Comunidad puedan registrarse y obtener sus documentos de identificación.

En cuanto a prestaciones en dinero, la Corte ordena el pago de la suma compensatoria de US \$20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional, a cada uno de los 17 miembros

de la Comunidad que fallecieron como consecuencia de los hechos del presente caso, monto deberá ser distribuido entre los familiares de las víctimas conforme a las propias prácticas culturales de la Comunidad Sawhoyamaxa. También dispone que se pague la suma de US \$5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño material, que será entregada a los líderes de la Comunidad y, por concepto de costas y gastos en el proceso interno y en el procedimiento seguido ante el sistema interamericano, el pago de la cantidad de US \$5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda paraguaya.

Sobre este fallo podemos hacer los siguientes comentarios:

En primer lugar, la Corte sigue aplicando el “principio del plazo razonable” para atender a la rapidez con que el Estado debe dar una respuesta a la demanda territorial indígena. Además, frente a los argumentos que el Estado esgrimió para justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas, señala que no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional. Estos argumentos fueron: 1) Que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario “desde hace mucho tiempo” y están debidamente inscritas; 2) Que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3) Que el propietario de las tierras “está amparado por un Tratado

entre la República del Paraguay y la República Federal de Alemania el cual es Ley de la Nación.

La Corte hizo ver que el que las tierras reclamadas estén en manos privadas no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. “En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias.”¹⁶³ El mismo criterio aplicó respecto de la objeción que las tierras están debidamente explotadas señalando que bajo este argumento “subyacía la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”.¹⁶⁴ Respecto del tercer argumento estatal, la Corte constata que el tratado contempla la posibilidad de expropiación de inversiones de capital, pero aún cuando ello no estuviera contemplado en el tratado considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las

¹⁶³ Ibid. Párrafo 137.

¹⁶⁴ Ibid. Párrafo 139.

obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana sino que por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados. ¹⁶⁵

Con todo, ¿qué es lo que determina la razonabilidad del plazo? ¿Cómo se definen tiempos precisos para la conclusión de un determinado procedimiento? ¿Cómo vinculamos el “plazo razonable” a un plazo estrictamente acotado? La respuesta la podemos encontrar en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez¹⁶⁶ quien señala los siguientes elementos a estudiar que nos ayudan en tal tarea:

- 1) La complejidad del asunto controvertido.
- 2) El comportamiento de las autoridades que intervienen en éste.
- 3) La actuación del interesado.
- 4) La afectación actual que el procedimiento implica para la situación jurídica del individuo, y

¹⁶⁵ Ibid. Párrafo 140.

¹⁶⁶ Párrafos 7 y 8.

- 5) La identificación de los actos con los que inicia y concluye el procedimiento.

La Corte sigue considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras 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.¹⁶⁷ El Juez Sergio García Ramírez acota: “Cuando se habla de propiedad a propósito del derecho que tienen los integrantes de comunidades indígenas o las propias comunidades sobre determinadas tierras -a las que asocian, además, tradiciones y convicciones, relaciones espirituales que van más allá de la posesión escueta y el aprovechamiento patrimonial--, se alude a un derecho que no se confunde necesariamente con el dominio pleno característico del derecho civil ordinario. La propiedad de los indígenas es diferente --y así debe ser reconocida y protegida-- de esta otra forma de dominio instituida por el derecho europeo de raíz liberal. Más aún, la introducción forzada de los conceptos de propiedad oriundos del Derecho romano y acogidos, con determinadas modalidades, por el Derecho decimonónico que se aclimató en América, determinó un amplio proceso de

¹⁶⁷ Ibid. Párrafo 118.

despojo y dispersión de las comunidades, cuyas consecuencias aún se hallan a la vista".¹⁶⁸

Sin embargo, estos elementos inmateriales no forman parte de la restitución íntegra del derecho de propiedad reclamado; la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales, deben ser valoradas por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial.

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. La Corte observa que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya en particular, "implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños

¹⁶⁸ Voto razonado, párrafo 13.

irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones".¹⁶⁹

Finalmente, este fallo ratifica que los Estados "deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares ; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna , lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho".¹⁷⁰

En la denuncia del caso Yakyé Axa se responsabilizó al Paraguay de la muerte de determinados miembros de dicha comunidad indígena. La Corte estimó que carecía de elementos probatorios para atribuir al Estado responsabilidad por la muerte de ellas. En el caso Sawhoyamaxa la Corte ha considerado que existe la prueba necesaria y suficiente para establecer que las circunstancias en que se encontraban las víctimas determinaron la muerte de éstas; que hay elementos suficientemente convincentes para considerar que la salud de las víctimas se quebrantó por la situación que padecían, que ésta fue el producto directo de las condiciones de vida impuestas por los problemas de

¹⁶⁹ Ibid. Párrafo 222.

¹⁷⁰ Ibid. Párrafo 153.

asentamiento y marginación en que se hallaban, y que finalmente trajeron como consecuencia inequívoca y directa el fallecimiento de aquéllas; que el resultado de muerte es atribuible al Estado por la omisión en prever ese resultado, en circunstancias que contaba con los medios para preverlo y evitarlo.

2.3.7 El Diagnóstico de la Banca Internacional

El tema que cruza la política de las instituciones de fomento crediticio internacional y que incide en los derechos de los Pueblos Indígenas es ¿Cómo elevar el nivel de vida de los pueblos indígenas y crear alternativas económicas autogestionadas en sus territorios de origen sin que a la vez se diluya su identidad?

La cuestión ha sido abordada tanto por el Banco Mundial como por el Banco Interamericano de Desarrollo, a través de distintos estudios, y a ello nos referiremos a continuación.

2.3.7.1 La Directriz Operativa 4.20 del Banco Mundial

El Banco Mundial ha dado instrucciones precisas de cómo proceder en

proyectos de inversión en que se vean involucrados pueblos indígenas, ofreciendo una orientación de políticas a fin de: (a) Asegurar que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos de desarrollo y (b) Evitar o mitigar efectos potenciales adversos en los pueblos indígenas, causados por actividades apoyadas por el Banco. Ellas están contenidas en un breve instructivo, la "Directriz Operativa 4.20".

Cabe destacar que entre los términos "grupos tribales", "tribus registradas", "minorías étnicas" y "pueblos indígenas", se inclina por utilizar este último.¹⁷¹

El objetivo del Banco, en relación con estos pueblos es "asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural. Específicamente, el objetivo central de esta directriz es asegurarse que los pueblos indígenas no sufran efectos adversos durante el proceso de desarrollo, particularmente de aquellos proyectos financiados por el Banco, y que reciban beneficios sociales y económicos que sean culturalmente compatibles".¹⁷² La clave en el diseño de proyectos es la preparación de un plan de desarrollo culturalmente apropiado, basado en la plena consideración de las opciones preferidas por los pueblos indígenas

¹⁷¹ Directriz Operativa 4.20 , párrafo 3.

¹⁷² Ibid. párrafo 6.

involucrados en éstos. ¹⁷³

Recomienda como estrategia el uso del estándar de la "participación", la que además debe ser "informada". Algunas herramientas para ello serían la consulta directa, la incorporación del conocimiento indígena en los enfoques de los proyectos y la utilización de especialistas desde una etapa inicial. ¹⁷⁴

Se hace cargo de que, para la protección adecuada de los derechos de los pueblos indígenas, los proyectos de inversión habrán de considerar componentes especiales que podrían estar al margen de los objetivos primarios del proyecto, entre ellos: la salud y nutrición, infraestructura productiva, preservación lingüística y cultural, adjudicación de los recursos naturales y educación. ¹⁷⁵

Lo importante a valorar es que esta directriz se ha adoptado fruto de una decisión voluntaria del Banco Mundial, constatando que para la viabilidad exitosa del proyecto -mal que mal está en juego el buen uso de millones de dólares- se hace necesario reconocer algún grado de autonomía a los pueblos indígenas manifestada a través del estándar de la "participación informada".

¹⁷³ Ibid. párrafo 14a.

¹⁷⁴ Ibid. párrafo 8.

¹⁷⁵ Ibid. párrafo 15.

2.3.7.2 El Banco Interamericano de Desarrollo

El BID Se hace cargo de que existe una demanda de los pueblos indígenas en cuanto al reconocimiento legal de las tierras que han habitado tradicionalmente, no sólo por su valor como base para el sustento económico, sino también por su cultura indígena, identidad y espiritualidad asociada estrechamente con los recursos naturales y la tierra.

Asimismo asume que en su seno, y en muchas otras instituciones de desarrollo, no existe consenso sobre la forma de asegurar la compatibilidad de los derechos de las tierras indígenas con una mejorada eficiencia en los mercados.

Acepta que debe adoptar una posición más dinámica al considerar asuntos indígenas en sus iniciativas de equidad social y reducción de la pobreza. Para tal efecto encarga a los consultores Roger Plant y Soren Hvalkof un estudio que tenga por objetivo, en palabras de la Directora de la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, Anne Deruyttere, "desarrollar un enfoque operacional y una política más consistente en relación con estos asuntos tan complejos y delicados." Este estudio, Titulación de Tierras y Pueblos Indígenas,

fue publicado el año 2002.¹⁷⁶

Entre las conclusiones del estudio destacan las siguientes:

- (a) Constata que la capacidad negociadora de los pueblos indígenas se ve debilitada por los bajos niveles de educación, la falta de capacidad legal y técnica y la debilidad organizativa.
- (b) Por un lado la pérdida de la diversidad biológica erosiona la base material de sobrevivencia, por el otro la pérdida de tradiciones culturales debilitan su base de valores y sus estructuras sociales.
- (c) En una gran mayoría de casos los grupos indígenas rechazan las prácticas exigidas por la economía de mercado, tales como la producción de excedentes de ahorro del retorno a la inversión, y el uso del crédito con pago de interés.
- (d) La cosmovisión, integradora de la naturaleza, no puede ser desconocida.
Un sistema de reglas y una ética común del uso de los recursos naturales se basa en la idea de que el medio ambiente biofísico y los

¹⁷⁶ PLANT, Roger y HVALKOF, Soren. Titulación de tierras y pueblos indígenas. Washington D.C. , Banco Interamericano de Desarrollo (Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible), 2002, 86 p.

otros seres humanos están conectados conjuntamente en una red de relaciones de parentesco. Contrariamente a los sistemas de valores y creencias occidentales, no existe un límite claro que separe lo humano de lo "natural".

- (e) En el pasado, las necesidades económicas del estado han comportado, muchas veces, concesiones de explotación de recursos naturales con poca consideración hacia su capacidad de reproducción. El retorno a corto plazo impide un rendimiento sostenido a largo plazo debido al deterioro de los recursos naturales. Estas características comunes a muchas inversiones - su desarticulación respecto a la economía local y su no-sostenibilidad - son empleadas como argumentos por las organizaciones indígenas para reivindicar el control sobre los recursos naturales y el mantenimiento de la seguridad territorial.

- (f) También son carencias importantes el abuso por parte de intermediarios y la carencia de tecnología que impide producir de acuerdo a las demandas de calidad del mercado. Muchas veces no manejan los suficientes recursos financieros que les han de permitir aumentar su competitividad, o no producen en volúmenes suficientes como para ser competitivos.

(g) La disrupción económica y la falta de acceso a los recursos naturales frecuentemente han hecho imposible la continuidad de la economía de subsistencia y no han permitido una adecuación hacia la economía de mercado. Es en este vacío socioeconómico en donde muchas comunidades indígenas han buscado opciones que les permitan continuar gozando no solo del acceso a sus recursos, sino también de la posibilidad de explotarlos de forma congruente con su cultura. Conforme los grupos indígenas adquieren derechos territoriales, su preocupación central es la de establecer un modelo alternativo de desarrollo que integre a las comunidades en la economía de mercado nacional, en términos que sean rentables, sostenibles, ambientalmente convenientes y que preserven los valores de la comunidad.

(h) Muchas veces no se reconoce una extensión de territorio suficiente ignorando que las prácticas de caza y recolección - o de pastoreo podríamos añadir - no ocupan al mismo tiempo toda una extensión territorial.

(i) Una revisión somera de la legislación sobre los grupos indígenas indica que en la gran mayoría de países de la región existe un reconocimiento formal al carácter diferencial de los grupos indígenas, así como de sus derechos territoriales y socioculturales ¿Cómo se explica entonces el

desamparo y la desprotección de la gran mayoría de estos pueblos cuando tratan de poner en práctica sus derechos? Cinco posibles respuestas se plantean:

En primer lugar, la historia de la legislación del estado hacia los grupos indígenas no tiene en cuenta las tradiciones y la realidad indígena.

En segundo lugar, un importante criterio de legislación del estado respecto de los indígenas ha sido su asimilación a la sociedad nacional.

En tercer lugar, aún siendo adecuada la legislación a menudo no es aplicada.

En cuarto lugar, todavía existe un gran número de áreas que requieren legislación.

En quinto lugar, rara vez disfrutan las comunidades indígenas o sus organizaciones de un pleno acceso a la ley.

- (j) Las normas legales, civiles y/o constitucionales no son suficientes para garantizar la propiedad o derechos de uso de los indígenas sobre sus territorios tradicionales y de los recursos naturales en ellos contenidos.

Por lo general, las prácticas establecidas por los estados nacionales ponen de manifiesto que los criterios utilizados reflejan las prioridades del estado más que la realidad de los indígenas. En una situación de cambio de las comunidades indígenas y de su entorno, se encuentran a menudo defectos, vacíos legales, duplicidades y ambigüedades en la legislación actual. El reto se presenta por tanto en lograr la resolución de las contradicciones legales, y en la aplicación adecuada de las normas jurídicas existentes por parte de las instituciones públicas. Solo un análisis continuo de las legislaciones por parte de las organizaciones indígenas y una capacidad adecuada de negociar con el estado podrán resolver estas contradicciones. En este proceso, es necesario avanzar desde una situación de enfrentamiento entre los grupos indígenas y los agentes externos hacia un ámbito de colaboración armónica.

(k) Hay clara disparidad entre las nociones de derechos y tenencia de tierras indígenas y los planes de las autoridades económicas que promueven reformas orientadas a establecer mercados libres de tierras y modificar las políticas agrarias. Estas tensiones también se reflejan en los bancos multilaterales de desarrollo. El desafío estratégico es claramente permitir a los pueblos indígenas beneficiarse de la modernización sin sacrificar su identidad cultural. Los pueblos indígenas reconocen la necesidad de participar en la economía de mercado. Aunque han tenido dificultad en

asegurarse crédito y servicios financieros, esto puede haber sido por prejuicios del sector financiero privado que insiste en títulos individuales como garantías para los préstamos.

2.3.8 Globalización y Derechos Territoriales

El término de la segunda guerra mundial marca la aparición de Estados Continentes, las superpotencias de Estados Unidos y la Unión Soviética con áreas de influencia de millones de kilómetros cuadrados y grandes poblaciones. Concluida la guerra fría este proceso ha continuado, agregándose a los Estados Unidos otros actores como la Unión Europea y la República Popular China.

Al hablar de globalización de algún modo se confunde esta realidad histórica del fin del conflicto de la guerra fría con una concepción ideológica por la cual los intereses de las empresas transnacionales y del gran capital privado pasan a ocupar el lugar que tenían antes los objetivos del Estado.¹⁷⁷ El término clave para entender esta transición es el de economías, más que el de países.¹⁷⁸

¹⁷⁷ SEPULVEDA, Alberto. Globalización y orden mundial: un análisis político. *Diplomacia* (80), julio – septiembre 1999, Santiago de Chile, p.50.

¹⁷⁸ NEF, Jorge. Los procesos de integración y la globalización. *Diplomacia* (82), enero – marzo 2000, Santiago de Chile, p.14.

La movilidad del capital y la existencia de empresas transnacionales determinan que las inversiones se trasladen a aquellos países o regiones en las cuales la mano de obra es más barata, la legislación financiera más flexible y las exigencias del respeto al medio ambiente, menores. De ahí la desindustrialización del Primer Mundo, Japón, Estados Unidos y la Unión Europea, y el rápido progreso de otras regiones de Asia y de algunos países de Europa Oriental.

El mercado que consume los nuevos artículos sigue siendo el de los Países del Primer Mundo, pero a raíz de esta industrialización fuera de sus fronteras, se encuentran en situación de estancamiento y desempleo. En Europa y en EE.UU. ya han surgido protestas contra el libre comercio que beneficia la labor de las transnacionales y permite el desarrollo de nuevas regiones, a costa de los empleos o de la mantención de salarios altos de las clases medias y bajas del Primer Mundo.

Simultáneamente se está produciendo una invasión de inmigrantes provenientes de América Latina en EE.UU. y de Europa Oriental y África en los países de Europa Occidental. Las situaciones reseñadas hacen muy difícil lograr la reducción del desempleo, ya que aumenta la oferta de mano de obra en economías de bajo crecimiento, y por otra parte está comenzando a cambiar la composición étnica y cultural en el Primer Mundo. Más aún, las tasas

declinantes de fertilidad demográfica en las parejas de raza blanca implican que las nuevas generaciones tienen distinto color de piel y raíces culturalmente diversas.¹⁷⁹

Ocurre que en América Latina buena parte de estas inversiones pretenden desarrollarse en zonas ocupadas o reclamadas por pueblos indígenas, como ha ocurrido en el Amazonas, en la Selva Centroamericana o en nuestro propio país y que además son justamente impulsadas por empresas transnacionales. De ahí que ante este nuevo embate usurpatorio se manifieste la reacción de los pueblos indígenas en defensa de su territorio y recursos, de la protección de su identidad cultural y el reclamo por la desprotección por parte de los estados y por la poca participación con la que cuentan a fin de tener incidencia en la evaluación y autorización de estos, más aún considerando que sus reivindicaciones territoriales son de antigua data.

Sin embargo, la globalización tiene otra vertiente, que tiene que ver con el facilitar el acceso a la información. De ese proceso los pueblos indígenas han sacado provecho al tener acercamiento a los conflictos que ocurren con otros pueblos en distintas partes del orbe y también a las formas por las cuales lo han ido abordando y solucionando; en definitiva, se ha permitido que el discurso indígena se universalice.

¹⁷⁹ SEPULVEDA, Alberto. Op. cit. p. 55.

El proceso migratorio en Europa a su vez, ha llevado a replantearse el tratamiento de los derechos de las minorías, discusión que ha servido para proporcionar también argumentos a los pueblos indígenas en cuanto a la relación para con los estados. Como ya lo hemos señalado, la situación del indígena, por razones históricas, es distinta a la del inmigrante, sin embargo, muchos de los argumentos usados para proteger derechos de las minorías les son igualmente aplicables. Por lo demás la evolución de los derechos humanos ha permitido que se afirme una nueva juridicidad la que, como acota Jorge Nef, “podría sentar las bases para el surgimiento y fortalecimiento de una sociedad civil transnacional, la que pudiese servir de contrapeso a las formas de representación oligárquica existente”.¹⁸⁰

Con todo, no hay que perder de vista que si bien el proceso de globalización ha impulsado que las demandas territoriales de los pueblos indígenas se acrecienten, el conflicto en último término es nacional y debe resolverse dentro del propio estado o en el contexto territorial indígena, atendida la demanda por autonomía que reclama cada pueblo.

¹⁸⁰ Ibid.

CAPITULO III

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES EN CHILE

3.1 LEGISLACION Y POLÍTICA INDIGENA CHILENA.

3.1.1 Colonia e Independencia

En los países de la América Colonial Española y, por tanto en Chile, tienen vigencia dos grandes sistemas o cuerpos, conformados por el Derecho Castellano -que rige como Derecho Común - y el Derecho Específico de Indias. En cuanto a este último, recae sobre las situaciones propias del Nuevo Mundo, que no se dan o que son diferentes a las de Castilla. Tales son, por ejemplo, las relaciones entre europeos e indígenas dentro de la sociedad mestiza que nace de la conquista, las instituciones de gobierno establecidas para estos pueblos y el tráfico de personas y de mercaderías entre España y América.¹⁸¹

¹⁸¹ BRAVO, Bernardino. Ob. cit. p. 91.

En Chile, al igual que en el resto de América se aplica la encomienda y la relocalización desde sus tierras de origen a los pueblos de indios,¹⁸² como también el otorgamiento de mercedes de tierra.

En lo que concierne al trabajo de los indígenas, se intentó, al menos en el Derecho, obrar con respeto y cuidado hacia su persona. A través de una real cédula de 1554, se comunicaba al Gobernador de Chile la "prohibición del servicio personal de los indios, cargarlos o echarlos a las minas y (...) a los tributos que debían dar".¹⁸³ Luego, a través de la Tasa de Santillán, se reguló el trabajo indígena en los lavaderos de oro, estableciendo que a éstos debía darse la sexta parte del oro extraído.

"La institución de la encomienda se constituye en un instrumento de colonización territorial en la medida que son los encomenderos quienes en un principio se establecen entre los indígenas del grupo que les ha sido asignado. La encomienda -eliminada a fines del siglo XVIII por el gobernador Ambrosio O'Higgins- por sí misma no proporcionaba un derecho sobre la tierra más allá de una ocupación de hecho. Si bien todas las tierras de 'las Indias' eran consideradas parte del Real patrimonio, sólo por gracia o merced se hacían

¹⁸² AYLWIN, José. Tierra y territorio mapuche: Un análisis desde una mirada histórico jurídica. En: MORALES, Roberto (Comp.). Territorialidad mapuche en el siglo XX. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera. Temuco, Ediciones Escaparate, 2002, p. 124.

¹⁸³ Citada en INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, Cuerpo I, p.18.

repartimientos de tierras a los españoles, respetándose en un comienzo los derechos de los habitantes originarios. De esta manera, la merced era el único título jurídicamente válido para la ocupación del suelo -introducida en América a partir de 1495 y 1497 junto a la noción de 'colonia'- pero los encomenderos pedían y obtenían, generalmente, mercedes junto al pueblo de indios."¹⁸⁴

En Chile no fue adoptado ningún mecanismo eficaz para proteger la propiedad indígena al conceder la merced, la que podía ser otorgada incluso en el centro del pueblo de indios, debiendo los mismos ser trasladados de asiento. A su vez, los protectores de indígenas no intervinieron en la posesión, de modo que el único recurso posible para los indios era el litigio posterior, con todos sus problemas y costos.

El régimen de indios aplicado por la Gobernación de Chile implicó la destrucción casi completa del sistema de pueblos o reducciones, propiciados por la legislación de la metrópoli española y por las órdenes religiosas en toda América, en favor de la encomienda, y más tarde, del asentamiento en las estancias de los españoles. Los denominados "pueblos de indios", considerados como forma de pequeña propiedad aldeana, en los que se

¹⁸⁴ INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, Cuerpo I, p.18.

mezclaba la propiedad individual y comunal, fueron organizados bajo la presión legislativa española, pero en Chile no tuvieron posibilidad de expansión.¹⁸⁵

En el siglo XVIII, con la abolición de la encomienda, se decide la creación de villas, como nueva forma de reducir y reagrupar a la población, permitiendo que los indígenas trabajen las tierras y manteniéndolos alejados de quien fuera su encomendero. Sin embargo, con el paso del tiempo estos comenzaron a arrendar sus tierras, en vista de que las ya otorgadas se hacían escasas y no producían lo suficiente; impidiéndoles cumplir con el pago de tributos. Esto derivó en que a principios del siglo XIX, los pueblos de indios hubiesen sido ocupados prácticamente en su totalidad por pequeños y grandes propietarios.¹⁸⁶

3.1.2 Estado Republicano

Del año 1813 data un reglamento-ley con claros propósitos de protección a los indígenas.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid. p. 19.

En 1819 se declara su igualdad jurídica con el resto de la población mediante un decreto dictado bajo el gobierno de O'Higgins.¹⁸⁷ Concorde a lo anterior, cuatro años más tarde una ley dispone que se identifiquen los pueblos de indios existentes en cada provincia, que se midan y tasen las tierras del Estado y que lo poseído por los indígenas les sea reconocido en propiedad. Sin embargo, las tierras sobrantes de estos pueblos de indios son rematadas en pública subasta, lo que contribuye a acelerar su absorción por las haciendas vecinas, a lo más en calidad de inquilinos.¹⁸⁸

En 1853 sale a la luz un decreto que dispone que la venta de las tierras de los indígenas debería contar con la autorización de las autoridades del gobierno, con lo que se pone fin a la libertad contractual reconocida. Ello atendido innumerables fraudes, justamente mediante la vía contractual, por medio del cual personas no indígenas adquirirían vastas extensiones de tierra, principalmente de mapuches.¹⁸⁹

En 1866 es el propio Estado el que, por la vía legal, se apropia indirectamente de las tierras de la Araucanía reputando baldías, y por

¹⁸⁷ Este decreto cuestionaba la política "inhumana" aplicada por los hispanos a los indígenas, disponiendo que en adelante debían ser llamados "ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado concurriendo por sí mismos a la celebración de toda clase de contratos". AYLWIN, José. Op. cit . (2002), p.34.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

consiguiente de su propiedad, todas aquellas tierras sobre las cuales no se probase posesión efectiva y continuada de un año. Prueba difícil de acreditar en el caso mapuche dada la ocupación extensiva y no agrícola de su territorio. A partir de ahí se produce el llamado proceso de Radicación Mapuche (1884-1929) que los sedentariza.

Entre 1930 y 1960 diversas leyes son dictadas a fin de fomentar la división de las comunidades mapuches y la titulación individual como asimismo a permitir la enajenación a no indígenas.

En lo que atañe al territorio del norte del país, incorporado a Chile luego de la Guerra del Pacífico, en la Provincia de Tarapacá -habitada por los Aymaras- entre fines del siglo XIX y comienzos del XX se procede a regularizar las propiedades del valle y altiplano; por otra parte el Estado Chileno registraba como terrenos baldíos a aquellos que no estaban inscritos en los conservadores de bienes raíces.¹⁹⁰

Esta misma calificación de tierras baldías se haría también en Isla de Pascua, inscribiéndose en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso el año 1933 la totalidad de Rapa Nui como propiedad fiscal.¹⁹¹

¹⁹⁰ INFORME Comisión VHNT. Cuerpo I, p. 24.

¹⁹¹ Ibid, Cuerpo II, p. 64.

Durante la Unidad Popular se intenta llevar a cabo una política de restitución de tierras y de reconfiguración territorial, principalmente hacia el pueblo mapuche, dictándose la Ley N°17.729 la que aborda:

(a) En el aspecto social asegurar la tenencia de la tierra, a través de la inembargabilidad de las tierras indígenas, prohibiciones de enajenar o gravar las citadas tierras, salvo a favor de otros indígenas, de las cooperativas o empresas del Estado; limitaciones de las facultades para arrendar y entregar en mediería u otra forma a terceros; eliminación de los Juzgados de Indios y establecimiento de un procedimiento verbal ante el Juzgado de Letras de Mayor Cuantía ubicado más próximo a la reducción; organización de cooperativas y participación activa de los campesinos en las organizaciones comunitarias, e indirecta en el Consejo de Desarrollo Indígena.

(b) En el aspecto económico aumentar en forma considerable las tierras de los indígenas, a través de la devolución de aquellas que fueron usurpadas -las que serían alrededor de 50 mil hectáreas- ; expropiación de tierras que formaron parte de títulos de merced y que se encuentran en poder de los particulares -aproximadamente 100 mil hectáreas-; incorporación efectiva del campesinado indígena al proceso de reforma agraria y, también, a actividades industriales y comerciales.

De acuerdo al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato el mérito de esta ley es que "por primera vez en la historia republicana, se disponía de medios jurídicos efectivos para la restitución de las tierras indígenas usurpadas", lo que constituye "un hito en la historia de la relación del Estado de Chile y los pueblos indígenas. Un Estado que históricamente ha demostrado un proceder ingrato en su accionar hacia los indígenas, pero que en un momento de la historia del mismo, bajo la conducción de la Unidad Popular reconoce la injusticia y usurpación hacia los mapuches, iniciando un proceso de reparación del daño a través de políticas orientadas a la resolución de las demandas y reivindicaciones indígenas". ¹⁹²

3.1.3 Gobierno Militar

Durante este período se echa pie atrás a lo hecho bajo la Unidad Popular. La ley indígena 17.729 queda sin aplicación al suprimirse el Instituto de Desarrollo Indígena que con ella se había creado.

Se insiste nuevamente en la división y liquidación de las comunidades mapuches, dictándose el Decreto Ley 2.568, el que además -bajo un supuesto de afirmación de la plena igualdad jurídica- pretende suprimir la calificación de

¹⁹² Ibid. p. 91.

indigeneidad al declarar que “una vez inscritas las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse indígenas, e indígenas sus adjudicatarios”.¹⁹³ La aplicación de este Decreto Ley, junto al D.L. 2.750, permite que desde su promulgación hasta el fin del gobierno militar alrededor de 2000 comunidades mapuche serían divididas, dando origen a alrededor de 72 mil hijuelas individuales con un total de 463 mil hectáreas, que en promedio significó entregar a cada mapuche 6,4 hectáreas.¹⁹⁴

Las consecuencias de este proceso divisional son un empobrecimiento de la población mapuche rural y la migración hacia la ciudad, concentrándose sólo un 20% de la población en el campo.¹⁹⁵

Bajo el régimen militar se dicta un nuevo Código de Aguas, DFL. N°.1222 de 1981. Las premisas doctrinarias que sustentan el nuevo Código son: 1) La regulación de los derechos de agua debería mantenerse compatible con una política de libre mercado; 2) La libertad en la transacción del recurso debería generar espacio a grandes inversiones en tecnología de riego; y 3) La eficiencia en general debería mejorar y el sector agrario debería ser modernizado.¹⁹⁶

¹⁹³ D.L. 2.568, Art. 1°.

¹⁹⁴ AYLWIN, José. Tierra y territorio mapuche. p. 129.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ GENTES, Ingo. Estudio de la legislación oficial chilena y del derecho indígena a los recursos hídricos. 2004. p. 3.

El Código sienta tres principios en materia de aguas: 1) La libertad en la forma de aprovechamiento del agua; 2) La gratuidad de la concesión de derechos de aprovechamiento; y 3) Un rol limitado del estado y las instituciones en lo que respecta a sus atribuciones jurídicas regulatorias.¹⁹⁷

Junto con ello, el Código de Minería, privilegiando esta actividad, autoriza el libre acceso a la explotación de fuentes de agua, tanto superficiales como subterráneas, en las zonas mineras.¹⁹⁸

Esta legislación posibilita la privatización de este recurso, el que entra al manejo económico del mercado, favoreciendo la concentración de derechos en manos de las grandes empresas mineras, de electricidad y de suministro de agua potable, por sobre los intereses de los pequeños agricultores y de los pueblos indígenas.¹⁹⁹ En los pueblos del Norte de Chile ello provocó el desecamiento de numerosas vegas y bofedales afectando la economía

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ El artículo 110 del Código de Minería señala: "El titular de la concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta."

¹⁹⁹ A quienes no se informó adecuadamente del mecanismo de regularización de sus derechos consuetudinarios de agua. Volveremos sobre este punto en el análisis crítico de la Ley 19.253 y sus conflictos con otros cuerpos legales nacionales.

agropastoril de muchas familias que se vieron forzadas a emigrar de sus lugares de origen.²⁰⁰

3.1.4 Transición democrática

Dentro del programa de gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, en el marco de la campaña de la primera elección presidencial luego del término del gobierno militar de Augusto Pinochet, se incluyó una propuesta programática para los pueblos indígenas. Se realizó un gran encuentro nacional de todos los pueblos indígenas con el entonces candidato Patricio Aylwin, que culminó en la llamada Acta de Nueva Imperial, firmada en la ciudad del mismo nombre, el 1° de diciembre de 1989.

Todas las organizaciones indígenas firmantes de dicho pacto participaron activamente en su diseño, concordándose la voluntad de éstas con la Concertación.

Sus principales compromisos fueron²⁰¹:

²⁰⁰ Un prístino ejemplo de esto lo constituyen, en la Provincia de El Loa, el Poblado de Ojos de San Pedro y el Pueblo de San Pedro Estación, hoy con no más de cinco habitantes.

²⁰¹ GOBIERNO de Chile. Política de Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural. Mideplan. 16 de abril de 2004.

- (a) Abogar por el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.
- (b) Ratificar el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.
- (c) La creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un Fondo Nacional de Etnodesarrollo, con la participación activa de los distintos pueblos indígenas del país, como entidades públicas encargadas de coordinar la política indígena del Estado, y
- (d) La creación de una Comisión Especial de Pueblos Indígenas que en un plazo no superior a cuatro años culminara con la implementación de una Ley Indígena y de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Veamos a continuación cómo se ha desarrollado el cumplimiento de estos compromisos.

3.1.4.1 Proyecto de Reforma Constitucional para el Reconocimiento de los Pueblos Indígenas

El proyecto fue ingresado a la Cámara de Diputados el 14 de octubre de 1991. Su tramitación fue congelada una vez aprobado en general, a fin de dar libre curso a la aprobación de la Ley 19.253. En principio modificaba tres artículos, pero finalmente en la discusión de comisión se aprobó sólo modificar el artículo primero de la siguiente forma: "Agrégase el siguiente inciso final al artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile: El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a todos los demás sectores o grupos que conforman la nación chilena". ²⁰²

Debido a que la reforma recae sobre el Capítulo I de la Carta Fundamental - Bases de la Institucionalidad - ha de necesitar, de acuerdo con su artículo 116, para su aprobación, de las dos terceras partes de los diputados en ejercicio y, en su oportunidad, igual quórum de los senadores en ejercicio.

²⁰² La propuesta original de reforma constitucional proponía agregar como inciso final al Art. 1 de la Constitución la frase "El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena". Agregaba como inciso final al N° 22 del Art. 19 la frase: "La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias en favor de las comunidades indígenas". Finalmente agregaba al Art. 62 como N° 7 la frase: "Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas".

La bancada opositora al gobierno concertacionista ha estado dividida en cuanto a darle o no su aprobación a tal iniciativa - quienes se pronuncian a favor lo hacen más bien por el carácter simbólico que representa - pero existe un lineamiento común a este grupo en cuanto que es del todo innecesario e inoperante tal modificación presentando los siguientes argumentos:

- 1) Por un lado que las normas actuales comunes a todos los habitantes de la república son suficientes para dar una adecuada protección a los indígenas, siendo la discriminación positiva inútil por cuanto no añade ni posibilita nada adicional a lo ya existente. Incluso, más bien hay un dejo de "racismo" en favorecerlo, toda vez que solo razones de inferioridad racial justificarían la discriminación.

- 2) Estas normas en nada contribuyen a superar el real problema indígena que es de pobreza y no político. Así, el problema pasa por la ausencia de restricciones que impidan la libre circulación de los bienes – inmuebles- y el facilitar la titulación individual a fin de agilizar el acceso al crédito.

- 3) Que de algún modo pueda dar pie para plantear una autonomía "separatista", o - como lo llama el diputado Alberto Cardemil - "fermentos, elementos de disociación gravemente perjudiciales" ²⁰³, y

- 4) Finalmente, la pervivencia de la cultura indígena no es asunto que competa a la ley, sino que depende de los mismos indígenas quienes deciden qué conservan o modifican o suprimen en cuanto a su cultura. Por lo mismo es irrelevante el reconocimiento constitucional.

No estamos de acuerdo con tales críticas, sobre todo con aquella que sostiene que basta con la legislación existente. Ello no es así pues, como lo señala Nancy Yañez, "en la medida en que los derechos indígenas estén a nivel legal siempre va a existir tensión entre esta ley y las leyes sectoriales que tienden a establecer una política de privatización, fundamentalmente de los recursos naturales, y a promover inversiones con cargo a esos recursos. Desde esa perspectiva, un reconocimiento constitucional que eleve el nivel de jerarquía de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio, recursos naturales y el derecho a ejercer control sobre estos recursos es absolutamente

²⁰³ 37ª sesión de la Cámara de Diputados, legislatura ordinaria, año 1999, martes siete de septiembre.

clave. No es un mero acto simbólico: tiene que ver con la preeminencia de estos derechos respecto de otros con los cuales entran en conflicto".²⁰⁴

Durante el gobierno de Patricio Aylwin no se logró la aprobación de la reforma constitucional. Bajo la presidencia de Ricardo Lagos se insistió varias veces por lograr la aprobación de este proyecto, siendo siempre rechazado por no contar con el quórum suficiente.²⁰⁵

3.1.4.2 Proyecto de Ley de Ratificación del Convenio 169 OIT

Como habíamos señalado, este instrumento internacional persigue como objetivo el respeto y garantía de la integridad y derechos de los pueblos indígenas franqueándoles el ejercicio de sus derechos humanos y de las medidas necesarias para salvaguardar su cultura, instituciones, bienes, personas, trabajo y el medio ambiente en que se han desarrollado, obligando a los estados signatarios a asumir una responsabilidad internacional para su cumplimiento.

²⁰⁴ EVALUACION crítica a 10 años de la Ley Indígena. José Aylwin y Nancy Yáñez, del Programa de Derechos Indígenas de la UFRO. Ana Muga. El Siglo N° 252, Diciembre 2003.

²⁰⁵ La última oportunidad ocurrió el 18 de mayo de 2005.

En Chile, el proyecto de ley para la ratificación del mismo ingresa al Congreso Nacional el 8 de enero de 1991, en el período de legislatura extraordinaria, y bajo la iniciativa, por tanto, del Presidente de la República.

Al igual que el proyecto de reforma constitucional su tramitación se paraliza a fin de dar lugar a la discusión y aprobación de la ley indígena. Una vez aprobada ésta se retoma su tramitación.

El 7 de julio del año 2000, 31 diputados de la Alianza por Chile presentaron ante el Tribunal Constitucional un requerimiento a fin de declarar la inconstitucionalidad del Convenio. Se solicitó tanto la inconstitucionalidad total de dicho instrumento y subsidiariamente la de sus artículos 9°, 10°, 14°, 15° y 17 N°2.

Respecto de la inconstitucionalidad total, las argumentaciones que sustentaron dicha demanda fueron las siguientes: La primera en cuanto el Convenio contiene disposiciones que tienen el rango de ley orgánica constitucional y en la votación no se sometió a aprobación con tal carácter, a pesar de que en la ocasión el quórum necesario. La segunda, en cuanto contraviene el capítulo primero de la Constitución -Bases de la Institucionalidad- al reconocer a los "pueblos indígenas" como sujetos de

derecho público a los que se transfieren atribuciones propias de los poderes del Estado, implicando una segregación de soberanía.

El Tribunal Constitucional reconoció que dos disposiciones del Convenio, el artículo 7 N°1, inciso final; y el artículo 6° N°1, letra a), eran de carácter orgánico constitucional. En tal situación, cuando un tratado internacional sometido a la aprobación del congreso contiene disposiciones de carácter orgánico constitucional, la tesis del tribunal es que el congreso aprueba o rechaza esas disposiciones con los respectivos quórum; en caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.

El Tribunal Constitucional consideró que si bien es cierto que en la adopción del acuerdo se incurrió en una equivocada interpretación al exigir para su aprobación quórum simple, también es efectivo que, en definitiva, el acuerdo contó con la mayoría de las cuatro séptimas partes de los diputados en ejercicio (72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones) por lo que no resulta razonable ni prudente que tal error autorice declarar la inconstitucionalidad de forma del acuerdo aprobatorio del Convenio, rechazando por tanto el requerimiento en este punto.²⁰⁶

En cuanto a la inconstitucionalidad total del Convenio por contravenir el Capítulo Primero de la Constitución, el Tribunal Constitucional razona sobre el significado que el propio Convenio da al término “pueblos”, concluyendo que en el ámbito de dicho tratado corresponde a 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 conciernen, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte, no constituyendo un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado. Por ello rechazó también el requerimiento.

Luego, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones, el Tribunal sigue como base de su razonamiento si el tratado contiene cláusulas autoejecutables o no, es decir si sus disposiciones operan inmediatamente o si necesitan de una posterior actividad del estado parte (Doctrina del "self executing" y "non self executing").

Para efectos de su aplicación en el orden interno del país los tratados pueden contener dos tipos de cláusulas: las "self executing" y las "non self executing".

²⁰⁶ TRIBUNAL Constitucional de Chile. Sentencia del 4 de septiembre de 2000. Rol N°309,

Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno, es decir son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. Imponen por tanto la obligación al Estado para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Por esta misma razón, este tipo de cláusulas no pueden entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado, una vez obtenida la aprobación del Congreso. En esta situación si los preceptos que se deben dictar para implementar el tratado llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Sólo en el evento que la norma del tratado sea autoejecutable deberá el tribunal pronunciarse sobre su constitucionalidad. Así pues, el Tribunal examinó

considerandos 30° y 32°.

las normas específicas del tratado cuya constitucionalidad fue cuestionada, discerniendo primeramente acerca de este punto.

Este análisis está especialmente presente a fin de estudiar la constitucionalidad de los artículos 14 y 15 del Convenio 169.

El artículo 14 indica: "1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

El Tribunal Constitucional señala: “resulta útil precisar que de la lectura de estos incisos del Convenio, se desprende que ellos son programáticos. En efecto, el número 1° expresa: ‘deberán reconocerse’, ‘deberán tomarse medidas’, ‘deberá prestarse particular atención’, ‘los gobiernos deberán’, ‘deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional’, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado.

En este entendido, no pueden enfrentarse a la disposición constitucional del artículo 19, N°24°, que se refiere a la protección del derecho de propiedad”.²⁰⁷

Sigue señalando el sentenciador: “en cuanto a la inconstitucionalidad que se le imputa al Convenio, en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, además de la razón antes mencionada, esto es, que el Convenio no ejecuta por si mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto.

²⁰⁷ Considerando 65°.

Por el hecho de ser programática la norma y atendido que lo que ella propone no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones, el tratado en esta parte tampoco vulnera el artículo 19, N°24°, de la Carta Fundamental.”²⁰⁸

El tenor del artículo 15 es el siguiente: "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

²⁰⁸ Considerando 66°.

El Tribunal Constitucional expresa sobre el particular: “en lo que se refiere a la primera parte del artículo 15°, número 2°, es necesario tener en cuenta que esta disposición debe considerarse, al igual que las anteriores, programática. Por lo demás, una situación similar la contempla, en el actual sistema, el artículo 17 del Código de Minería, que es ley común”.²⁰⁹

Más adelante se señala: “en cuanto a que los pueblos a que se refiere el Convenio tengan acceso a los posibles beneficios derivados de la explotación de recursos minerales, y a percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades por terceros, el verbo rector de esta disposición es el que señala el Convenio, al usar las expresiones ‘siempre que sea posible’, lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.

También resulta útil destacar que la Constitución no impide que se impongan limitaciones a la concesión de la propiedad minera y, en la especie, ellas ya se

²⁰⁹ Considerando 70°.

encuentran incorporadas a la legislación, entre ellas, la que regula el medio ambiente.

Deberá concluirse, en consecuencia, que el texto del artículo 15° del Convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe por sí mismo, la preceptiva constitucional”.²¹⁰

Se guía además el Tribunal por las restricciones internas de las normas impugnadas y por el artículo 34 del Convenio que opera como norma de clausura al disponer que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

Así pues, desde el momento en que se incluyen expresiones como “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional” (artículo 9°); “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional” (artículo 14°) o “siempre que sea posible” (artículo 15°) se está supeditando la vigencia de la norma del Convenio a su conformidad con el ordenamiento constitucional chileno y por tanto no puede presentarse conflicto de constitucionalidad. El Tribunal asimismo hace suyas las observaciones del informe en derecho de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de

²¹⁰ Considerando 73°.

la Presidencia que señala que el artículo 34 del Convenio contiene un principio que “constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual”.²¹¹

Finalmente el Tribunal Constitucional concluye que ninguna de las disposiciones es inconstitucional, rechazando el requerimiento.

De este pronunciamiento podemos formular algunas observaciones.

Efectivamente constituye un logro el haber obtenido un parecer favorable acerca de su constitucionalidad. Una vez que exista la voluntad política de darle su aprobación, manifestada en la mayoría en ambas cámaras legislativas y, en particular, en el Senado, el Convenio pasará a ser ley de la República convirtiéndose en una importante herramienta para los pueblos indígenas.

No obstante, no es un detalle menor constatar que el Tribunal Constitucional ha diferido el pronunciamiento de constitucionalidad para el momento en que efectivamente se empiece a dictar la normativa

²¹¹ Considerando 49°.

interna requerida para la implementación del Convenio, acorde con el compromiso internacional que asume el Estado al suscribirlo y ratificarlo.

Será en ese momento en que, sin duda, se creará tensión entre el espíritu del Convenio y la legislación nacional por cuanto muchas de sus disposiciones no serán aplicables, o más bien implementadas, pues ello entraría en conflicto con normas de nuestra Constitución.

Ello es un reflejo de la dificultad de armonizar el principio general de aplicación de buena fe de las normas de un tratado con la posibilidad que el mismo instrumento otorga para excusarse de su aplicación “teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”, entre las cuales se encontrarían, en concepto del Tribunal Constitucional, las disposiciones del derecho interno. Discrepamos de esta interpretación, estimando que, en caso de un conflicto entre normas del Convenio 169 con las de derecho interno, el Estado tiene el deber de adecuar su ordenamiento a las normas del tratado, primando el principio de buena fe y considerando que, tratándose de normas “promocionales”²¹² como las de este tipo de tratados, si el país se limita a

²¹² “Los llamados convenios promocionales son aquellos que tienen como finalidad provocar que los Estados que los ratifiquen adopten determinadas políticas: se trata de instrumentos que propenden a la obtención de determinados objetivos, pero sin fijar de manera específicas los procedimientos a seguir en cada caso”. GONZALEZ, Jorge. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXII, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999, p. 862.

ratificar y no adopta las medidas que éste pide, el resultado final es equivalente al de si lo hubiera rechazado ²¹³. Esto por lo demás es concordante con lo dispuesto en la Constitución de la OIT, la cual en su artículo 35 señala: “Los miembros se obligan a aplicar los convenios que hayan ratificado”, imponiendo además, en el artículo 22, la obligación de enviar anualmente a la Oficina Internacional del Trabajo una Memoria de aplicación del Convenio. Por todo ello creemos que la expresión “condiciones propias de cada país” debe entenderse en el sentido de otras limitaciones como las del desarrollo económico, pero no para dar pie a restricciones de derecho interno.

No obstante, aún cuando se impusiera la tesis del Tribunal Constitucional en cuanto a las desadecuaciones Tratado / Derecho Interno, la aprobación del Convenio 169 puede ayudar a los pueblos indígenas a fin de lograr que, por vía de demandas ante los tribunales internacionales -considerando especialmente la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-, se presione al Estado chileno para realizar las modificaciones necesarias para una plena vigencia del Convenio.

²¹³ Ibid.

3.2 LEY INDIGENA 19.253

De los compromisos plasmados en el Acta de Nueva Imperial finalmente lo que logró cristalizar fue la implementación de una ley indígena, mediante la cual se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, se instauran mecanismos restitutorios de Tierras, un Fondo de Desarrollo y se consagran derechos culturales específicos. Esta ley recoge parte de la evolución del derecho internacional en materia de derechos territoriales. En esta evolución, en lo que atañe a instrumentos internacionales, podemos distinguir dos tendencias o momentos que se suscitan a contar de la década del 90 marcadas, por una parte, con el Convenio 169 de la OIT y por otra con los Proyectos de Declaración de la ONU y la OEA. Como ya señalamos anteriormente, el Convenio 169 da un cambio completo a la visión indigenista del antiguo Convenio 107, reemplazando la asistencialidad gubernamental por la participación indígena dentro de las decisiones que toma el Estado y entregando herramientas hacia la autogestión y la propia toma de decisiones, pero sin poder político. Los proyectos de Declaraciones van un paso más allá al reclamar no sólo participación sino autodeterminación en la toma de decisiones y orientación de los propios procesos políticos, de desarrollo y culturales.

La ley indígena se enmarca dentro de la tendencia participativa del Convenio 169 más que en la lógica autonomista impulsada por los Proyectos de

Declaraciones. Cabe por lo demás acotar que a la fecha de discusión de la ley se llevaban a cabo en toda América Latina procesos de reformas constitucionales y legislativas inclusivas del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

3.2.1 Avances de la Ley Indígena

Veamos cuáles son primeramente los avances, especialmente en cuanto a derechos territoriales.

1.- Pese a no reconocer la calidad de "pueblos" indígenas, limitándose a usar el término "etnias", este reconocimiento va aparejado de una obligación genérica del Estado y sus instituciones ²¹⁴ :

Con respecto a las personas (a) Respetar, (b) Proteger y (c) Promover: el desarrollo, la cultura, la familia y las comunidades indígenas.

Con respecto a las tierras, siendo el "fundamento de la existencia y cultura" de los indígenas se impone como deber el protegerlas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y promover la ampliación de éstas.

²¹⁴ Ley 19.253, art. 1°.

Esta obligación no es sólo estatal, sino que expresamente se asigna también a la sociedad toda - personas y grupos intermedios - .

2.- La ley contempla, con fines de protección, variadas restricciones en materia contractual a las tierras indígenas, evitando su transferencia y el riesgo de disminución. Estas restricciones constituyen limitaciones en razón de la función social de la propiedad, manifestada como ya dijimos en la pervivencia cultural de los pueblos indígenas. Por tal razón y puesto que es una de las causales que faculta a imponer restricciones al derecho de dominio en razón de la función social de la propiedad, el legislador expresamente señala que se imponen por "exigirlo el interés nacional". ²¹⁵

3.- Se crea un Registro Público de Tierras Indígenas, el que facilita la prueba de la calidad indígena de las mismas. ²¹⁶

4.- Se reconoce el derecho a usar y a solicitar transferencia al Estado de ciertos espacios de carácter ceremonial o recreativo. ²¹⁷

²¹⁵ Ibid. , art. 13.

²¹⁶ Ibid. art. 15.

²¹⁷ Ibid. art. 19.

5.- Establece las Areas de Desarrollo Indígena como focos de acciones estatales en pro del desarrollo económico indígena. ²¹⁸

6.- Se establece la obligación genérica de los servicios del Estado de escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas al tratar materias de interés o injerencia en cuestiones indígenas. ²¹⁹ Al usar la expresión "considerar", se impone la obligación de dar razones y fundamentar la decisión. ²²⁰

En zonas de alta densidad indígena a esta obligación de escuchar se añade la de incorporarse - estar representados - en aquellas instancias que se les reconozca a otros grupos intermedios. ²²¹

7.- Se tiene el derecho a participar en la administración de áreas silvestres protegidas, cuando éstas a su vez se ubiquen en áreas de desarrollo indígena.²²²

²¹⁸ Ibid. art. 26.

²¹⁹ Ibid. art. 34.

²²⁰ REFERENCIA S.A. Estudio básico investigación evaluativa de impacto ambiental en territorios indígenas. Informe final, volumen.I , enero 2004, p.56.

²²¹ Ley 19.253. art. 34.

²²² Ibid. art. 35.

3.2.2 Reparos e Insuficiencia de la Ley Indígena

Aunque constituye un logro, reflejo de una realidad política distinta y de un cambio de percepción por la autoridad, la Ley 19.253 es aún insuficiente para reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas establecidos en Chile. A continuación veremos resumidamente las principales observaciones que se le hacen a la ley indígena, en lo que atañe a derechos territoriales, teniendo como patrones el proyecto original enviado al congreso, el derecho internacional, la doctrina y jurisprudencia internacionales, y el derecho comparado latinoamericano.

(a) Respecto al Proyecto Original.

Se restringió la territorialidad indígena al suprimirse en la ley que las Areas de Desarrollo Indígena eran "áreas inseparables de su existencia y desarrollo" (art. 24 del proyecto). Finalmente la ADI focaliza políticas públicas, pero no otorga directo poder negociador o contralor a las comunidades indígenas; no constituye una base territorial de empoderamiento.

Tampoco se reconoció el derecho a no ser trasladados de sus tierras, y a ser consultados en caso que ello fuere forzoso que ocurriera (artículo 25 del

proyecto); derecho que por lo demás también está contemplado en el artículo 16 del Convenio 169, los artículos 7 (c) y 10 del Proyecto de Declaración de la ONU y en el artículo XVIII párrafo sexto del Proyecto de Declaración de la OEA.

El proyecto original en su artículo 18 otorgaba a los titulares de tierras indígenas una preferencia para constituir derechos de agua, mineros, de aprovechamiento y manejo de recursos forestales y uso de riberas en tierras indígenas y aguas colindantes, la que finalmente no se contempló. El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT otorga a los pueblos indígenas el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; en el mismo sentido se refiere el artículo XVIII párrafos cuarto y quinto del Proyecto de Declaración de la OEA; el artículo 30 del Proyecto de Declaración de la ONU exige que se obtenga el consentimiento de los pueblos antes de autorizar proyectos que afecten sus recursos, particularmente minerales e hídricos.

(b) Respecto al Derecho Internacional sobre pueblos indígenas.

No reconoce la calidad de "pueblo". Justamente por el cariz autonomista que pudiera conferir el término pueblo, la ley indígena sólo se limitó a reconocer "etnias indígenas". (artículo 1°)

La inserción de una cláusula como la existente en el párrafo tercero del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT salvaría cualquier resquemor al respecto, aunque compartimos la observación de que vaciar de su contenido jurídico-político al término "pueblos" no es lo más adecuado sino que más bien lo que corresponde hacer es precisar el contenido de la autodeterminación que se les reconoce.²²³

Tampoco se reconoce el derecho a tierras o territorio en "cantidad suficiente", al cual propende el artículo 19 del Convenio 169 de la OIT.

Las Constituciones de Argentina, Guatemala y Paraguay incorporan una disposición que establece como deber del estado el que los pueblos indígenas gocen de territorio en cantidad suficiente o al menos el necesario para asegurar su desarrollo y sobrevivencia.

En Chile existe un Fondo de Tierras Indígenas como mecanismo de restitución de tierras históricas en conflicto y que, al mismo tiempo, subsidia la compra de tierras, pero la administración del mismo ha estado sujeto a toda clase de críticas fundadas en la forma como se asignan los recursos y se selecciona a los beneficiarios.

²²³ DIAZ Polanco, Héctor. Op. cit. p. 159.

Hasta ahora el Fondo se ha mostrado sensible a las presiones de fuerza, en las comunidades mapuches, y su operatoria la ha fomentado. Establece la compra de tierras a valor de mercado. Dada la demanda de tierras el valor por hectárea se ha multiplicado en siete veces. La fuerza como medida de presión se ha fomentado a través de la política estatal por dos razones: 1) Por un lado la CONADI priorizó en un primer momento la compra de tierras en aquellas comunidades en que existía más presión. 2) Por otro lado, al elevarse el precio, también algunos propietarios deseosos de vender han permitido, e incluso propiciado, la ocupación de sus terrenos; así la comunidad indígena presiona a la CONADI y ante ello el dueño puede obtener aún un mejor precio.²²⁴

Además, pese a que anualmente crece el monto de este Fondo, los recursos son aún insuficientes.

Quizás sea momento de plantearse si la solución a la demanda territorial mapuche hay que dejarla no sólo al mercado - que es en donde opera el Fondo de Tierras - y que a lo mejor sea necesario hacerse cargo de un problema, que finalmente es histórico y de justicia y en la que hay involucrado un interés público, utilizando el mecanismo de la expropiación.

²²⁴ AYLWIN, José. Cepal. p. 53.

En el norte del país no ha sido necesario que el fondo opere para efectos de compra de tierras indígenas, pues se trata de tierras fiscales que se están traspasando por la vía del D.L. 1939.²²⁵ Sin embargo, al menos en el caso atacameño, los problemas se han generado con la lentitud de los traspasos y con la reticencia de CONADI a decidir en caso de presentarse conflictos entre comunidades por ciertas áreas y en que de no llegarse a conciliación se recomienda al Ministerio de Bienes Nacionales no efectuar el traspaso y la solicitud es denegada a ambas comunidades.

En lo que respecta a los "espacios territoriales de uso ceremonial, cultural o recreativo" no se reconoció dominio pleno. Existe sólo una suerte de derecho de uso (artículo 19) y "puede" solicitarse su transferencia al fisco si es que él es el propietario. ¿Y qué ocurre si el fisco no es el dueño? El artículo X, párrafos tercero y cuarto, del Proyecto de Declaración de la OEA y los artículos 12 y 13, aseguran el libre acceso a estos sitios sea cualquiera su dueño e incluso en algunos casos a la restitución de éstos.

Tratándose de los recursos naturales existentes en su territorio no existe el derecho, o al menos una preferencia, de explotarlos. Tampoco se reconoce

²²⁵ Recién este año ha tenido lugar la primera compra de tierras, por la vía de dicho fondo, respecto de una superficie de aproximadamente 40 hectáreas en la Comuna de San Pedro de Atacama.

derecho a consulta a las comunidades indígenas respecto de proyectos de inversión que se lleven a cabo en su espacio territorial.

Mención aparte merece el tema de las restricciones al dominio de la propiedad indígena con fines de proteger la integridad de la misma y evitar la disminución de su superficie territorial.

El Convenio 169 establece la obligatoriedad de la consulta a los pueblos siempre que considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre ellas fuera de la comunidad. El Proyecto de Declaración de la OEA en su artículo XVIII, párrafos segundo y tercero, señala que sus títulos serán permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables, pero sólo en cuanto estos títulos surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados y en todo caso tales títulos pueden ser modificables de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo.

En Chile no existe consenso en cuanto a si es necesario implementar restricciones al dominio de las tierras indígenas. La ley 19.253 las ha establecido en el artículo 13, atendidas razones de "interés nacional". Las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción salvo entre comunidades o indígenas de una misma

etnia. Como excepción, si lo autoriza la CONADI, pueden ser gravadas. Este gravamen no puede abarcar la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia. En esta parte la norma es difusa. ¿Quién determina cuál es el "terreno necesario para su subsistencia"? ¿La CONADI? ¿Lo hará sólo el juez en caso de conflicto?

Si la titularidad del dominio recae en una comunidad indígena, no podrán arrendarse, darse en comodato ni cederse a terceros en uso, goce o administración. En cuanto al arriendo, si es de una persona natural indígena el contrato no puede exceder de cinco años.

La ley establece una especie de "subrogación real". Con autorización de la CONADI las tierras de personas naturales indígenas pueden permutarse por otras de similar valor comercial. Las nuevas tierras pasan a ser indígenas y pierden tal calidad las anteriores.

Para un amplio espectro de la derecha política, estas restricciones al dominio constituyen una mutilación al derecho de propiedad y a la libertad de decisión de las personas, que dificultan el acceso al crédito, empobreciendo más a los indígenas.²²⁶

²²⁶ VON BAER, Ena. La cuestión mapuche. Raíces, situación actual y desafíos futuros; en www.libertadydesarrollo.cl, visitada el 11 de noviembre de 2003.

Intelectuales liberales como Lucas Sierra estiman que si los indígenas consideran que para ellos es muy importante la propiedad común de la tierra, que así lo decidan, pero que no lo haga la Constitución por ellos de suerte de considerarlos de alguna manera relativamente incapaces.²²⁷

Hay tres cosas importantes que acotar. La primera de ellas es que se tiende a pensar que el problema de pobreza de los indígenas se debe a la falta de titulación individual de sus tierras. En el caso mapuche está demostrado que ello no es así²²⁸ y que justamente este proceso de división de las comunidades fue en gran parte la causa del fuerte movimiento migratorio hacia la ciudad.²²⁹

²²⁷ EL MERCURIO de Santiago, Domingo 9 de noviembre de 2003. Cuerpo D, p. 14. "Hay una serie de trabas. No hay antecedentes que los indígenas las quieran. Además, esto refleja un cierto paternalismo. ¿Por qué ellos no pueden disponer cuáles son sus arreglos patrimoniales? No digo que no se establezcan comunidades, pero éstas no deben ser forzadas por ley. A lo mejor un indígena que tiene tierras cerca de un lago quiere venderlas a buen precio y venirse a la ciudad. ¿Por qué el Estado le va a prohibir eso? Con estas cortapisas a la propiedad lo que hacemos, en definitiva, es condenarlos a ser sujetos económicos de segunda clase, sin libre acceso al crédito".

²²⁸ "Entre 1927 y 1978, fueron alrededor de 600 comunidades las que se dividieron, en especial en Arauco y malleco. El hecho que haya comunidades divididas y otras que no lo fueron permite hacer un análisis comparativo entre ambos tipos de propiedades: Individual y comunitaria. Estudios han demostrado que en las comunidades divididas no hubo mayor desarrollo que en las no divididas; sino que ambos tipos de comunidades, han tenido durante los últimos 50 años igual comportamiento, lo que indica que las opiniones que sostenían -y aún sostienen- que la pobreza mapuche sería consecuencia de la ausencia de propiedad privada están descartadas. Más aún, se ha podido observar que en la comunidad de tierras, hay un uso más flexible de la tierra, lo que ha permitido que en tiempos de escasez se desarrollen procesos de solidaridad interna complementarios a la subsistencia. Frente a esto, se puede afirmar que los mapuches que vivían en comunidad estaban mejor provistos que quienes vivían de manera individual, en este sentido la comunidad era un sistema de protección". BENGOA, José. Historia de un conflicto. p. 170. Citado en INFORME, Cuerpo II, p.93.

²²⁹ AYLWIN, José. CEPAL, volumen II , p.21

La segunda tiene que ver con el fin perseguido al ciertamente restringir el derecho de propiedad. La finalidad es proteger la integridad del territorio indígena atendido que acciones individuales repercuten amenazando la existencia como grupo, lo cual es un riesgo y se hace más patente en la medida que no existan títulos colectivos sino sólo títulos individuales.

La tercera tiene que ver con que efectivamente existe resistencia de las personas indígenas a aceptar estas restricciones y una prueba de ello es que la inscripción voluntaria de títulos individuales en el Registro de Tierras indígenas es baja.

Quizás una solución para consensuar todos estos pareceres sea hacer extensivos a todos los pueblos indígenas la distinción especial prevista para los pueblos del norte de país que señala tres tipos de tierras: individuales, comunales y patrimoniales ²³⁰ flexibilizando las restricciones a las tierras individuales. Sobre ello volveremos en este trabajo al exponer las conclusiones.

(c) Respecto a la doctrina y jurisprudencia internacional.

²³⁰ Ley 19.253. Art. 63.

Como vimos anteriormente, numerosos relatores de la ONU especialmente designados para estudiar la problemática indígena en el mundo, han propiciado en sus informes finales el reconocimiento de una serie de derechos; así lo han hecho José Martínez Cobo, Erica-Irene Daes o Rodolfo Stavenhagen. En el mismo sentido también se ha expuesto por los comisionados del Subcomité de DDHH en distintas Conferencias y cumbres mundiales, entre las cuales consideramos particularmente relevante la de 1992 en Groenlandia que comentamos a propósito de la autonomía de los pueblos indígenas.

Claramente nuestra legislación dista mucho aún de hacer suyas todas esas observaciones y sugerencias.

En lo que respecta a la jurisprudencia internacional, especialmente la emanada del sistema interamericano de derechos humanos, y a la luz de los fallos emitidos tanto en el caso *Awas Tingni*, *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, se concluye que se está reconociendo indubitadamente el carácter de pueblos, la validez de las reclamaciones territoriales de estos y el deber del Estado en cuanto a un oportuno y eficaz amparo de estos derechos. Como lo señala Aylwin, "la tendencia de la jurisprudencia deja en evidencia las restricciones de la ley 19.253 a la hora de reconocer derechos indígenas, en particular aquellos de carácter colectivo vinculados al territorio, recursos naturales, y aquellos de

naturaleza política que permiten a los pueblos indígenas mayor control de sus asuntos." ²³¹

Al revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hemos notado la coincidencia en aplicar algunos principios que se estiman básicos por el tribunal y que, bajo nuestra actual legislación y con los distintos mecanismos existentes para atender la demanda territorial indígena, no siempre son respetados:

- (a) No existe una forma única y exclusivamente válida de gozar y disfrutar de los bienes. Así, el no reconocer una cosmovisión de propiedad comunitaria indígena o los títulos fundados en su propio derecho consuetudinario, atenta contra el principio de igualdad.
- (b) Los procedimientos de entrega, demarcación y titulación de las tierras indígenas han de transcurrir dentro de un plazo razonable.
- (c) La extensión de las tierras entregadas a las comunidades indígenas ha de ser tal y suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de sus propias formas de vida.

²³¹ AYLWIN Oyarzún, José y YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Santiago, LOM, 2004. p.17.

(d) Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

3.2.3 La Ley Indígena en relación con otros cuerpos legales

3.2.3.1 Código de Aguas

El agua es un recurso de suma importancia para los pueblos indígenas del país; más aún para aquellos como el Lickanantay que están insertos en medio del desierto más árido del mundo como lo es el de Atacama.

La ley indígena contempla 4 normas referidas al recurso agua.

En una de ellas, la que crea el Fondo de Tierras y Aguas, establece que el Estado, a través de este Fondo que es administrado por la CONADI, podrá financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o

financiar obras destinadas a obtener este recurso ²³². En este caso, estos derechos no podrán enajenarse sino transcurridos 25 años. Además no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción sino sólo entre indígenas. ²³³

Por el artículo 64 se señala que “deberán protegerse las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Se considerarán bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.

Varios aspectos resaltamos de este artículo:

²³² Ley 19.253. art. 20.

²³³ Ley 19.253. art. 13.

- (a) Atribuye la propiedad de las aguas a las comunidades y no a personas individuales. En este sentido constata una realidad presente en el norte del país que tiene que ver con la forma en como los indígenas han administrado el riego.

- (b) Otorga un imperativo, en este caso a la Dirección General de Aguas (DGA), en cuanto a que debe cerciorarse que se asegure el normal abastecimiento de agua si es que se otorgan derechos sobre acuíferos que surtan a las aguas de propiedad de comunidades indígenas.

- (c) La presunción o atribución de dominio del artículo 64 se hace "sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas". Sobre este punto trataremos más detenidamente en el Capítulo IV al analizar jurisprudencia relevante respecto de conflictos emblemáticos del pueblo atacameño. Por ahora solo diremos que un factor relevante para la interpretación de ese párrafo ha de ser la disponibilidad concreta del recurso.

Finalmente la otra norma de importancia es el artículo 3° transitorio, que a fin de implementar el artículo 64 establece un Convenio entre CONADI y la DGA para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas.

En Chile, las aguas son un bien nacional de uso público (artículo 595 del Código Civil y artículo 5° del Código de Aguas). No obstante, el Código de Aguas, DFL. 1.222 del año 1982, permitió obtener una concesión del estado, un derecho de aprovechamiento, derecho real transmisible, transferible y prescriptible, que puede ser otorgado con independencia de quién es el dueño de la tierra en la cual se capta el agua, y con independencia de si se hace un uso efectivo o no del derecho, lo cual favoreció que apenas dictado este cuerpo se iniciaran procesos masivos de inscripción por parte de quienes simplemente querían especular dentro del mercado de aguas.

Esto en el Norte del país agudizó el proceso de apropiación por parte de terceros del agua de las comunidades indígenas, proceso que ya se había iniciado desde principios de siglo vía concesiones administrativas a las empresas de la minería del cobre, del ferrocarril y de suministro de agua potable.²³⁴

Cabe señalar que, junto con la apropiación de terceros, a principios de los '80 se restringió en prácticamente todas las comunidades indígenas la concesión a sus comuneros de derechos de agua con fines de riego sino por un volumen que teóricamente era acorde a la superficie cultivada, pero que en los

²³⁴ CUADRA, Manuel. Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. Estudios Atacameños, (19), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, p 98.

hechos no era así por cuanto no se calculó adecuadamente la superficie total agrícola, y ello por errores de las empresas que llevaron a cabo los procesos de inscripción de derechos al no considerar que existían tierras en descanso como también por la actitud de los propios beneficiarios que, intimidados ante un posible impuesto sobre los derechos de agua, optaron por declararse como propietarios de una menor superficie.²³⁵

En junio de 1992 se modifica el Código de Aguas a fin de restringir el otorgamiento de nuevos derechos en las regiones I y II.

Se agrega un nuevo inciso al artículo 58 de dicho cuerpo legal, el que establece "No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la

²³⁵ Previo al Código de Aguas y por un corto tiempo, entre 1979 y 1981 rigió el DL 2.603 que comenzó con el sistema de privatización del recurso, pero que a diferencia del DFL 1.222 imponía un impuesto anual a los derechos de agua. El autor, con motivo de un Estudio de Aguas sobre el Río Loa, tuvo posibilidad de entrevistar a comuneros indígenas de comunidades aledañas al río en que se recabaron opiniones coincidentes, así por ejemplo Pedro Velásquez, ex-presidente de la Junta de Vecinos de Chiu-Chiu y comunero indígena, en entrevista de fecha 3 de noviembre de 2005 señaló: "Vino una empresa consultora, una empresa a hacer un trabajo en todos los terrenos, y ellos mismos hicieron así cuanto agua le correspondía y todo. Ahí en lo que ellos estafaron a la gente, la engañaron, fue que algunos tenían sembrada la mitad de su potrero, si el potrero tenía 2 hectáreas le dieron pa' la hectárea que tenía sembrá nomás y les dijieron 'después cuando la siembre le vamos a dar pa' la otra mitad'. Después la gente arregló el otro terreno, pero les dijieron 'no, ya está hecho ya, ya no hay vuelta que darle, usted tiene estos derechos de agua nomás' y en ese tiempo quedaron las tierras con lo que tenían; y a algunos también como que los amenazaron, los asustaron, les dijieron 'no, si el agua después van a tener que pagar contribuciones, igual como se paga por los terrenos así van a pagar contribuciones y son carísimas'. O sea la gente como que dijo yo voy a sembrar menos, tengo menos, pero la empresa que vino a medir en ese tiempo debería haber pescado los títulos de

Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas".

Asimismo se agregan dos nuevos incisos al artículo 63: "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. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas podrá alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo siguiente".

La restricción se circunscribe a zonas que alimenten vegas y bofedales. Las vegas son extensiones de terrenos planos, de fondos de valle, cubiertas de pastos naturales, hierbas y matorral, regadas o alimentadas por cursos de aguas que escurren superficialmente como ríos y esteros, y afloraciones locales de vertientes, o bien constantemente humedecidas por capilaridad. Los bofedales constituyen vegetación altiplánica de escasa altura que crece en

dominio y haberle dado al terreno completo de la persona porque la persona tarde o temprano tenía que arreglarlo o a veces hay personas que van dejando una parte sin sembrar".

humedales, en suelos embebidos en agua. ²³⁶ Estos humedales son ecosistemas únicos que poseen un alto valor económico, social y cultural para las comunidades indígenas altiplánicas, siendo importante el uso ganadero debido a su productividad forrajera. También son importantes del punto de vista ecológico ya que presentan algunas especies vegetales endémicas y sustentan la fauna silvestre como vicuñas, guanacos, vizcachas y gran variedad de aves, entre otras especies.

Recién cuatro años después de esta modificación al Código la Dirección General de Aguas, mediante Resolución N°909 del año 1996, delimita los acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la I y II región, protegiéndose 167 sitios con una superficie asociada de 2798 km², equivalentes al 2.2% de la superficie total de la región de Antofagasta.

En el año 2003 mediante la Resolución N°529 se modificó la delimitación de estos acuíferos para la II Región, quedando protegidos 228 sitios y una superficie de 5.149 km² equivalentes al 4.1% de la superficie total regional.

La Resolución N° 87, de fecha 20 de abril de 2006, publicada en el Diario Oficial con fecha 1° de junio de 2006, actualiza la identificación y delimitación de acuíferos que alimentan estos humedales altoandinos, ampliándose a un total

²³⁶ Glosario del Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.

de 267 sitios. Con esta resolución se aumenta la superficie protegida a 5.323 Km², que representa el 4.2% de la superficie regional y el 12% de la Provincia de El Loa.

Con todo, ha sido el propio Código de Aguas el que ha otorgado una posibilidad, a través del artículo 2° transitorio para regularizar y revertir el proceso de apropiación de las aguas de uso ancestral de las comunidades del norte del país. Esta norma permite regularizar el uso de aguas cuando se ha ejercido ininterrumpidamente por más de cinco años, sin violencia ni clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.

La conjunción armónica de esta disposición con la establecida en el artículo 3° transitorio de la ley Indígena ha permitido llevar a cabo el proceso de regularización de las aguas de uso ancestral de las comunidades atacameñas en la segunda región.

3.2.3.2 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

Los pueblos indígenas ocupan espacios de una amplia diversidad biológica, arqueológica y cultural, cualquier intervención a los mismos ha de promover el uso sustentable y pertinente de esta biodiversidad.

El proceso de globalización económica que vive el país en los últimos años, ha favorecido la ejecución de proyectos de inversión públicos y privados de gran envergadura en las tierras y territorios de los Pueblos Indígenas. Frente a ello los mecanismos institucionales, particularmente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, han demostrado ser vulnerables a los intereses de los grupos económicos e ineficaces para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.

En la ley de Bases del Medio Ambiente no encontramos normas específicas que indiquen qué criterios deben tenerse en cuenta en un Estudio y/o Declaración de Impacto Ambiental cuando impactan pueblos o territorios indígenas.

Este impacto estaría reconocido al hacer la ley obligatoria la presentación de un estudio de impacto ambiental cuando:

- (a) Implique reasentamientos de comunidades humanas, o alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos;²³⁷

²³⁷ Ley 19.300. art.11 letra c)

(b) Se emplace en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales;²³⁸ o bien

(c) Conlleve alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, las pertenecientes al patrimonio cultural.²³⁹

Para fines de este trabajo el tema más relevante está en la alteración de los sistemas de vida y costumbres. Recientemente la CONAMA ha elaborado un documento denominado "Guía de Criterios Para Evaluar la Alteración Significativa de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA".

Como primer asunto está el determinar si los pueblos indígenas constituyen un grupo humano impactable. El art. 8° del Reglamento de la Ley 19.300 define el grupo humano como "todo conjunto de personas que comparten un territorio en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo".

²³⁸ DS 95/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, art. 9°.

De esta definición desprendemos que, para el Reglamento, un grupo humano tiene las siguientes características constitutivas:

- (a) Comparte un espacio territorial común que determina en gran medida la interacción entre sus miembros;
- (b) Establece un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales que contribuyen a configurar identidad social, cohesión y pertenencia respecto al espacio territorial común.

Claramente un pueblo indígena cae en esa definición, y las comunidades indígenas también. Observemos como nuevamente aquí la noción de territorio, para fines ambientales, toma un significado muy próximo a las definiciones socioculturales que analizamos en el capítulo primero de este trabajo.

Este espacio territorial común es entendido como "aquella porción del espacio o territorio que permite la interrelación entre los miembros de un grupo humano, facilitando el desarrollo de 'acciones colectivas', 'flujos de comunicación' e 'intercambios' de distinta naturaleza, los cuáles condicionan, en gran medida, sus formas de vida. Este espacio territorial incorpora sus recursos

²³⁹ Ley 19.300, art. 11 letra e).

naturales (incluidos el suelo, agua y aire), los que pueden tener un rol relevante en el desarrollo y sustento de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos".²⁴⁰

Asimismo se indica que "la expresión de tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo contribuyen a configurar el sentido de identidad, cohesión social y pertenencia de un grupo humano. Estas condiciones complementan la caracterización de los sistemas de vida formados por las relaciones sociales, económicas y culturales".²⁴¹

En segundo lugar está el determinar qué variables componen este grupo humano. El artículo 8º del Reglamento del SEIA establece que para efectos de evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, se considerará el cambio producido en un conjunto de dimensiones, a saber: a) Dimensión geográfica; b) Dimensión demográfica; c) Dimensión antropológica; d) Dimensión socioeconómica; y e) Dimensión de bienestar social básico

²⁴⁰ GUIA de criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Gobierno de Chile, Comisión Nacional de Medio Ambiente. 2005. p. 8.

²⁴¹ Ibid. p. 10.

Dentro de la dimensión antropológica deberán considerarse las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados.²⁴²

Al usarse la expresión "características étnicas" y no estando definida en la ley 19.300 habrá que interpretarla a la luz de las definiciones de la ley 19.253. "En este sentido, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por el sólo ministerio de la Ley deberá exigir que los instrumentos de gestión ambiental al pronunciarse sobre la variable antropológica evalúen los potenciales impacto del proyecto sobre los sistemas de vida y costumbre de las etnias indígenas, sus comunidades e individuos, debiendo pronunciarse sobre los derechos susceptibles de serles amagados".²⁴³

Finalmente, está el determinar cuando la afectación de estas dimensiones constituirá una "alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos".

Esta alteración estará presente en la medida que:

²⁴² DS 95/2001. Reglamento de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, art. 8° letra c)

²⁴³ YAÑEZ, Nancy. Evaluación...op. cit. p. 193.

(a) Se establezcan alteraciones sobre los recursos naturales (incluido el suelo, agua y aire) que sustentan o condicionan el sistema de vida del grupo humano; o

(b) Se verifique un cambio o modificación en alguna de las dimensiones que caracterizan el grupo humano.

Y ello sea atribuible al proyecto o actividad que modifique una o más de las características constitutivas del grupo humano, es decir, cuando el proyecto o actividad:

a) Interviene el espacio territorial comunitario:

i. Generando alteraciones en los recursos naturales, incluidos el suelo, agua y aire, que incidan en un menoscabo del bienestar comunitario, y/o pongan en riesgo el sustento del grupo humano, o

ii. Introduciendo obstáculos en la conectividad, libre circulación o genere un aumento significativo en los tiempos de desplazamiento de sus miembros.

b) Introduce factores sobre el sistema de vida del grupo humano que impiden o dificultan el desarrollo normal de relaciones:

- i. Sociales; y/o
- ii. Económicas; y/o
- iii. Culturales.

Como consecuencia del punto b), y eventualmente, el proyecto o actividad:

c) Introduce factores sobre el grupo humano que impiden o dificultan la manifestación de:

- i. Tradiciones; y/o
- ii. Intereses comunitarios; y/o
- iii. Sentimientos de arraigo.

En consecuencia, por alteración significativa se podrá entender:

“Acción o intervención temporal o permanente, atribuible al proyecto o actividad, en el espacio territorial común de un grupo humano el cuál genera:

a) Pérdida, menoscabo y/o deterioro de espacio territorial común (incluyendo las condiciones de conectividad, libre circulación y tiempos de desplazamiento de sus miembros, así como la afectación de sus recursos naturales, suelo, agua y aire); y/o

b) Efectos sobre el sistema de vida que impidan o dificulten el desarrollo normal de relaciones sociales, económicas y culturales; y/o eventualmente

c) Condiciones que dificulten la manifestación de tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.”²⁴⁴

No debemos olvidar además la obligación genérica del artículo 1° de la ley indígena que impone a toda autoridad estatal el "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".

Por último, hay que observar que en materia ambiental existen fuertes carencias que dicen relación con la debilidad del proceso de participación ciudadana en cuanto a asegurar una efectiva protección de los derechos vulnerados por el titular del proyecto, deficiencias que se hacen más evidentes cuando estos proyectos se llevan a cabo en territorios indígenas.

²⁴⁴ GUIA de criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Gobierno de Chile, Comisión Nacional de Medio Ambiente. 2005. p. 14.

Este proceso de participación ciudadana se ha reducido en la práctica sólo a la posibilidad de presentar observaciones, dentro de un plazo de 60 días contados desde la notificación de la presentación del estudio, notificación que se hace con publicación de un extracto en el diario oficial y en un diario local.²⁴⁵

De partida este plazo es muy breve atendida la envergadura de algunos proyectos en que su sola preparación ha demorado a veces más de un año. ¿Qué grado de conocimiento y especialización tiene el ciudadano común a fin de rebatir un estudio de envergadura? Y aún cuando tuviera la posibilidad, ¿A qué costo se hace?

Estas observaciones se "ponderan" en la resolución de la autoridad ambiental que califica el proyecto, dedicándole no más de algunos pocos párrafos, y eso es todo. No hay una posibilidad que se inicie un verdadero debate y discusión del estudio de impacto ambiental, a menos que la propia autoridad ambiental tome cartas en el asunto y marque algunas pautas, lo cual ocurre con poca frecuencia.

Como se ve, los pueblos indígenas constituyen un grupo humano posible de ser afectado en los términos del artículo 11 c) de la ley medioambiental. Corresponde a la autoridad ambiental en la respectiva resolución que califica el

²⁴⁵ Artículos 26 a 31 de la Ley 19.300.

proyecto, dar cuenta del análisis de las variables que ya hemos mencionado. Como obligación adicional, en caso que se hayan formulado observaciones por las comunidades indígenas, está el respetar el deber que impone el artículo 34 de la ley 19.253 en cuanto a "considerar" las observaciones hechas. Ello se traduce en que el análisis de pertinencia de las observaciones que hagan las comunidades indígenas ha de dar cuenta razonadamente de la acogida o rechazo a las mismas. Todo ello enmarcado además en la obligación impuesta a la autoridad ambiental por el artículo 1° de la Ley 19.253.

3.2.4 La revisión crítica desde la perspectiva del Estado: El Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato

Con fecha 18 de enero de 2001, mediante Decreto Supremo N°91 ²⁴⁶, el presidente Ricardo Lagos crea la "Comisión Verdad y Nuevo Trato". Conformada por historiadores, sociólogos, antropólogos, abogados, entre muchos expertos del tema indígena y varios de ellos representantes de los pueblos indígenas, se le encomienda la preparación de un informe ²⁴⁷ que

²⁴⁶ Modificado por DS.247 del 10 de diciembre de 2002 y DS.84 del 28 de mayo de 2003

²⁴⁷ Tal informe abordó los siguientes tópicos:

A.- Relación histórica entre el estado y los pueblos indígenas.

B.- Tierras y territorios mapuches.

C.- Historia y situación de los pueblos indígenas del Norte de Chile (Aymara, Atacameño, Quechua y Colla)

D.-Historia, situación actual y perspectivas para el Desarrollo del pueblo Rapa Nui.

contenga la historia de la relación que ha existido entre los pueblos indígenas y el estado, y que sugiera y efectúe recomendaciones en relación a los mecanismos institucionales, jurídicos y políticos para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos de los pueblos indígenas en un sistema democrático sobre las bases de un consenso social y de reconstrucción de confianza histórica. (Artículo 2° DS 19).

En el tema que aborda esta investigación consideramos relevantes las siguientes recomendaciones de la Comisión:

(a) Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas.

E.- Situación socioeconómica de los Pueblos Indígenas de Chile.

F.- Sugerencias para una nueva política de Estado que permita avanzar hacia un nuevo arreglo institucional entre los Pueblos Indígenas y el Estado.

Para tal efecto se constituyeron grupos de trabajo temáticos y territoriales. Los Grupos de trabajo temático fueron tres: Revisión Histórica; Legislación e Institucionalidad y Desarrollo Económico y Social. Los territoriales abordaron las siguientes etnias: Pueblo Aymara, Pueblo Atacameño, Pueblo Quechua, Pueblo Colla, Pueblo Rapa Nui, Indígenas Urbanos y Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche.

El informe final de la Comisión consta de 4 volúmenes:

Volumen 1 "Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato".

Volumen 2 "Anexo: Resultados del Estudio relativo a la propiedad actual de las tierras comprendidas en 413 Títulos de Merced de las Provincias de Malleco y Cautín".

Volumen 3 "Anexo: Informes Finales de los Grupos de Trabajo".

Volumen 4 "Anexo: Actas de las sesiones de la Comisión".

PROPUESTAS y recomendaciones para un nuevo trato entre El Estado, Los Pueblos Indígenas y La Sociedad Chilena, Ed. La Nación, marzo de 2004.

La comisión parte de la convicción de la especial importancia que reviste para los pueblos indígenas su reconocimiento como "Pueblos", categoría que no es reemplazable en el ámbito del reconocimiento por ninguna otra expresión.

El referido reconocimiento constitucional ha de lograrse introduciendo una regla en el capítulo de las Bases de la Institucionalidad, regla que:

- 1° Ha de declarar la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconocer que poseen culturas e identidades propias.
- 2° Ha de declarar que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica.
- 3° Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros.

4° Reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos (Políticos, Territoriales y Culturales) a favor de los Pueblos Indígenas ²⁴⁸ .

(b) En cuanto a los territorios indígenas

La comisión define los territorios indígenas como un "espacio jurisdiccional donde los pueblos indígenas hacen efectivos los derechos colectivos que son atribuibles a su condición de pueblos".

La comisión propone:

1° Reconocimiento de la relación especial de los Pueblos Indígenas con las tierras y territorios.

2° Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas y reconocimiento del derecho de los Pueblos Indígenas para participar en la gestión de dichos espacios territoriales.

Para tal efecto se sugiere además modificar la Ley Indígena, en cuanto a reemplazar la noción de "Área de Desarrollo Indígena" por la de "Territorio

²⁴⁸ De manera que la Constitución y la legislación nacional consagren un "estatuto jurídico

Indígena". Para la comisión, el ejercicio de la mayor parte de los derechos cuyo reconocimiento se plantea consagrar constitucionalmente, está profunda e indisolublemente interrelacionado con el reconocimiento de los territorios indígenas.

3° Generar instrumentos de ordenación territorial que promuevan procesos de desarrollo territorial pertinentes, adecuados a las particularidades indígenas de uso y significación de los espacios. Teniendo para ello presente usar conceptos territoriales indígenas ²⁴⁹ y que los planos reguladores regionales consideren el valor de la ruralidad.

(c) En el ámbito de las tierras indígenas

1° Protección de las tierras actualmente pertenecientes a indígenas; manteniendo y perfeccionando las disposiciones de la actual ley indígena que dispone su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

2° Demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena, cuando se trate de tierras

especial".

²⁴⁹ Como el Lov y Rewe mapuches.

que en la actualidad estén en poder del Estado y en que existan "antecedentes históricos y ocupación inmemorial."

3° Establecimiento de mecanismo de reclamación de tierras en el ordenamiento legal. Esto es en el caso de reclamaciones contra particulares. Se pretende evitar reclamaciones informales (violentas). Para ello además se considera otorgar un puntaje adicional en la postulación a fondos concursables de tierras si la reclamación se hace por vías pacíficas.

(d) En el ámbito de los recursos naturales

1° Derechos sobre los recursos naturales que se encuentren comprendidos en los territorios y tierras indígenas, los que incluyen el derecho a su propiedad, administración y beneficio:

i.- Derecho de Preferencia para la obtención de concesiones del Estado para la explotación de recursos naturales.

ii.- Derecho de Protección de los ecosistemas, bellezas escénicas y otros recursos patrimoniales relevantes para el desarrollo económico y cultural de los Pueblos Indígenas.

iii.- Derechos de uso, gestión y conservación de los recursos naturales localizados en Areas Silvestres Protegidas del Estado.

2° Acerca de la implementación de proyectos de inversión públicos y privados en territorios y tierras indígenas.

i.- Derecho a consulta, de los pueblos, comunidades y/o personas indígenas, cada vez que el estado o un particular quiera hacer uso y aprovechamiento de los recursos naturales localizados en tierras indígenas.

ii.- Derecho a participación en los beneficios sociales y económicos de las actividades productivas desarrolladas en tierras y territorios indígenas. Siguiendo especialmente para ello los lineamientos propuestos por el Banco Mundial.

iii.- Compensación por daños. Creando una regla que imponga la compensación de daños causados al medio ambiente y a la cultura.

iv.- Traslado de pueblo o comunidad indígena. Prohibición de ello, salvo el propio consentimiento libre e informado de los afectados, y siempre procediendo compensación económica y contemplando la posibilidad de retornar de ser ello posible.

v.- Acuerdos impacto-beneficio, convenidos entre inversionistas y las comunidades indígenas a fin de establecer mecanismos de resolución de conflictos y de asignación de recursos generados por los proyectos de inversión que afecten tierras o territorios o vulneren otros derechos.

vi.- Incentivar la certificación técnica, social y ambiental en actividades de uso intensivo de recursos naturales.

3.3 MECANISMOS PARTICIPATIVOS Y DE PROTECCION RECONOCIDOS EN CHILE CON INJERENCIA EN TERRITORIALIDAD INDIGENA

3.3.1 Las Areas de Desarrollo Indígena

Una de las herramientas que ha posibilitado el empoderamiento de las comunidades atacameñas han sido las áreas de desarrollo indígena (ADI).

El artículo 26 las define como "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades".

Las ADIs no están concebidas desde la perspectiva de los pueblos indígenas sino desde el punto de vista del actuar del Estado. A quién corresponde establecer estos espacios territoriales es al Ministerio de Planificación y Cooperación, a proposición de la CONADI.

La ley ha establecido los elementos que deben concurrir copulativamente para establecer una ADI:

- a) Ocupación ancestral del espacio.
- b) Alta densidad de población indígena.
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas.
- d) Homogeneidad ecológica.
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

3.3.2 Principio General de Participación Indígena y Derecho de Representación

El artículo 34 de la ley indígena señala en su inciso primero: "Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley".

El derecho está concedido no a personas individuales sino a las organizaciones indígenas por tanto incluye no sólo a las comunidades sino también a las asociaciones indígenas y algunas organizaciones tradicionales, como el sistema de cacicados del pueblo Mapuche Huilliche y el Consejo de Ancianos de Rapa Nui.

Los destinatarios de esta obligación son: Los servicios de la administración del Estado y, las organizaciones de carácter territorial.

La obligación es de "escuchar" y "considerar", no siendo entonces vinculante para la repartición pública la opinión de la respectiva organización indígena. Con todo, en aplicación del principio de una actuación de buena fe, ello se traduce en la obligación de dar una opinión razonada respecto a las observaciones que se formulen, exponiendo las condiciones de aprobación o rechazo de las mismas y no bastando la mera consulta si no la intención efectiva de escuchar y considerar, por parte de los órganos gubernamentales

encargados de la consulta, la opinión de las comunidad y asociaciones indígenas reconocidas por la ley.²⁵⁰

El inciso segundo del artículo 34 señala "Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios".

Es de ocurrencia que en distintas organizaciones estatales existan consejos consultivos asesores de la autoridad y en que algunos de sus cupos son asignados por la ley en forma genérica a representantes de organizaciones ciudadanas, por ej. el Presidente de una Junta de vecinos, un representante de un club deportivo, etc. , el representante de un sindicato, etc.

Entendemos que la ley indígena apunta a que en este tipo de instancias también se incluyan representantes de organizaciones indígenas, siempre que la legislación, suponemos que por la naturaleza de la instancia de participación, permita su inclusión.

²⁵⁰ REFERENCIA S.A. Op. cit. p. 56.

3.3.3 Areas Silvestres Protegidas

El Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), creado mediante la Ley N°18.362 de 1984, corresponde a aquellos ambientes naturales, terrestres o acuáticos que el Estado protege y maneja para lograr su conservación.

El sistema está formado por las siguientes categorías de manejo: Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales. Actualmente Chile cuenta con 95 unidades, distribuidas en 32 Parques Nacionales, 48 Reservas Nacionales y 15 Monumentos Naturales, las que en total cubren una superficie aproximada de 14 millones de hectáreas, equivalentes al 19% del territorio nacional.²⁵¹

Los Parques Nacionales se distinguen porque todos los recursos naturales que existen en ellos, flora, fauna, recursos hídricos, etc. no pueden ser utilizados con fines económicos, más bien deben ser protegidos. En cambio los recursos existentes en las Reservas Nacionales pueden ser utilizados en forma sustentable.

²⁵¹ Fuente página web de Conaf. www.conaf.cl

Corresponde a la Corporación Nacional Forestal la administración de estas áreas. Si en una ADI existe además un área silvestre protegida, la ley señala que "se considerará la participación de las comunidades ahí existentes" ²⁵². No obstante este espacio de participación no es decidida o negociada por las propias comunidades. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero en conjunto con la CONADI, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que correspondan a las comunidades indígenas en el área silvestre protegida.

Nueve de las 95 áreas silvestres protegidas existentes en el país se encuentran actual o potencialmente en áreas de desarrollo indígena. ²⁵³ Sin embargo ha existido demora en la implementación de mecanismos que posibiliten la participación indígena en ellas. ²⁵⁴ De revertirse esta falencia se permitiría enfrentar de mejor manera conflictos existentes entre las comunidades indígenas respecto de tierras y recursos ubicados en estas áreas silvestres protegidas.

²⁵² Ley 19.253. Art. 35.

²⁵³ En el caso Atacameño, se encuentran la Reserva Nacional Los Flamencos, creada el 2 de abril de 1990 con una superficie de 74.000 hectáreas, dentro de la ADI Atacama La Grande, y la Reserva Alto Loa creada con fecha 27 de mayo de 2005 con una superficie de 277.000 hectáreas -que comparte territorio con la comunidad quechua de Ollagüe-, dentro de la ADI del mismo nombre.

²⁵⁴ La excepción la constituye precisamente la Reserva Nacional Los Flamencos como lo veremos en el cap. IV.

3.3.4 El Consejo Nacional de la CONADI

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional.

255

Es también una institución que contempla la participación de los pueblos indígenas. El gran problema es la dualidad de a quien representa e identifica ya que fue concebida como una entidad que tiene el carácter de estatal y desde la cual se proyectan las políticas de gobierno en materia indígena y en que a la vez tienen acceso los pueblos indígenas. En otros países existe un organismo que sólo representa al Estado, pero no incluye a los pueblos indígenas los cuales expresan sus posiciones a través de otras instituciones o mecanismos.

Los pueblos indígenas integran la CONADI a través del Consejo Nacional de la misma. Este se integra por 17 miembros de los cuales 8 son representantes indígenas, es decir no cuentan con mayoría. Además no están incluidas todas las etnias. ²⁵⁶

²⁵⁵ Ley 19.253 art. 39.

²⁵⁶ El artículo 41 de la ley indígena establece "La dirección superior de la Corporación estará a cargo de un Consejo nacional integrado por los siguientes miembros:

Son funciones y atribuciones del Consejo Nacional ²⁵⁷:

- a) Definir la política de la institución y velar por su cumplimiento.
- b) Proponer el proyecto de presupuesto anual del Servicio.
- c) Aprobar los diferentes programas que tiendan al cumplimiento de los objetivos de la Corporación, evaluarlos y asegurar su ejecución.
- d) Estudiar y proponer las reformas legales, reglamentarias y administrativas relativas a los indígenas o que les afecten directa o indirectamente.
- e) Sugerir a los diversos ministerios y reparticiones del Estado los planes y programas que estime conveniente aplicar y desarrollar en beneficio de los indígenas.
- f) Proponer al Ministerio de Planificación y Cooperación el establecimiento de áreas de desarrollo.

d) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Estos serán designados, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la República, conforme al reglamento que se dicte al efecto".

²⁵⁷ Ley 19.253. art. 42.

g) Decidir sobre todas las otras materias que la presente ley le encomienda.

4. PROGRAMAS ESTATALES PARA LA RECONSTITUCION DE LA DEMANDA TERRITORIAL ATACAMEÑA

La ley indígena contempla un organismo, la CONADI, y un Fondo de Tierras y Aguas, cuyo accionar han servido para satisfacer, aunque sea parcialmente, la demanda territorial atacameña.

La Ley de Presupuestos de la Nación es la fuente principal de financiamiento del Fondo de Tierras y Aguas, y CONADI lo ejecuta a través de una serie de líneas programáticas que en la actualidad son, para la Segunda Región:

- a) Traspaso de predios fiscales a comunidades indígenas;
- b) Regularización de la terratenencia indígena;
- c) Saneamiento de derechos de agua;
- d) Subsidio compra derechos de agua para indígenas;
- e) Subsidio compra de tierras para indígenas, y
- f) Subsidio obras de riego y drenaje.

El artículo 3° transitorio ley 19.253 señala en su inciso primero que la

CONADI realizará en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los 3 años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II Regiones, de acuerdo a las disposiciones especiales para los indígenas del norte del país. Para tal efecto, en agosto de 1994, se celebró un "Acuerdo Marco" entre el Ministerio de Bienes Nacionales y CONADI. En este pacto se acordó, por un lado, identificar las situaciones en que existen predios fiscales ocupados por las comunidades indígenas legalmente constituídas, a fin de traspasarlos, cuando corresponda, a la CONADI y, por otra parte, el compromiso de realizar un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la primera y segunda regiones.

3.4.1 Plan de Saneamiento de 1994

El mismo acuerdo marco define lo que se debe entender por éste: "Consiste en una proposición definitiva y cuantificada, en base a estudios catastrales, del proceso necesario para sanear efectivamente la propiedad de las comunidades indígenas de la I y II regiones. El otorgamiento de los títulos de dominio se hará una vez realizado y aprobado por las partes el referido plan."

Sus bases estratégicas son:

- (a) Mantener la coherencia territorial de la ocupación indígena, reconociendo y preservando sus áreas de ocupación efectiva.

- (b) Garantizar la sustentabilidad del esquema productivo indígena, adoptando las medidas necesarias para mantener el esquema productivo de trashumancia que les es propio.

- (c) Favorecer el poblamiento de las zonas altiplánicas, de las dos primeras regiones, coordinando con otros organismos del estado la implementación de planes y programas de desarrollo en la zona destinados a elevar el nivel de vida de los habitantes y garantizar su permanencia.

La regularización de los predios fiscales se efectuará determinando en forma previa la ocupación de la propiedad, considerando como tal aquellos terrenos utilizados con fines habitacionales y productivos. En esta situación se aplicarán las distintas disposiciones respecto de administración de los bienes fiscales que faculta el DL 1939 de 1977. La determinación del acto administrativo a aplicar estará en función del estudio en terreno de cada caso particular.

Las transferencias gratuitas se pueden aplicar mediante los siguientes

procedimientos:

a) Transferencia gratuita a CONADI, a través del procedimiento establecido en el artículo 40 de la Ley 19.253.

b) Transferencia gratuita directa a las comunidades conforme a los procedimientos establecidos en el DL 1939.

En el numeral quinto del acuerdo marco se dispone: "Conforme a lo expresado en el artículo 12 N°4 de la ley 19.253, corresponderá al Ministerio tramitar directamente la transferencia a título gratuito de tierras fiscales cuando se trate de solicitudes de transferencia que a la fecha del presente acuerdo se encuentren pendientes ante el Ministerio y, en casos calificados, cuando el beneficiario sea una persona individualmente considerada.

Estas transferencias deberán hacerse de conformidad al DL N°1939, sin perjuicio de lo cual el Ministerio se compromete a adoptar las medidas tendientes a resolver dichas solicitudes en forma prioritaria".

La cláusula sexta dispone: "En los casos que contempla el artículo 19 de la ley 19.253, las comunidades indígenas afectadas podrán solicitar directamente al MINISTERIO el traspaso del predio.

El MINISTERIO resolverá la solicitud, la que deberá ser acompañada por los antecedentes a que se refiere la cláusula anterior, previo informe de la CONADI."

Como se puede ver, este plan de saneamiento opera principalmente en base al DL 1939, que regula distintas formas de traspaso de tierras fiscales. Este DL tiene como fundamento:

- a) Que los bienes del Estado, por su importancia en el desarrollo económico y social del país, deben ser manejados en forma tal que su control no entrase la aplicación oportuna de ellos a los fines del Gobierno y
- b) Que una eficiente administración de los bienes del Estado, hace imperiosa la necesidad de contar con un instrumento legal que permita obtener de ellos un óptimo aprovechamiento.

El DL 1.939 faculta al presidente de la República para que a través del Ministerio de Bienes Nacionales, disponga de los bienes del Estado para su administración.

Especial referencia hace a las propiedades fiscales amparadas en el artículo

590 del Código Civil, el cual señala que "podrán ser administrados y transferidos en conformidad a la ley, debiendo inscribirse en el respectivo Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, de acuerdo al artículo 58 del Reglamento del registro Conservatorio de Bienes Raíces".

Dentro de este contexto, las propiedades fiscales con ocupación indígena podrían ser traspasadas a sus ocupantes o a la CONADI, sea cual fueren los tipos de administración que faculte la ley para estos casos (Títulos gratuitos, transferencias, Concesiones de Uso).

En el caso atacameño, no existen, a diferencia de la situación mapuche, conflictos de tierras con particulares.²⁵⁸ Ello pudiera llevarnos a pensar que el proceso de transferencia debería ser medianamente rápido, pero en la realidad no siempre este plan de saneamiento ha operado con la celeridad deseada. Hasta la fecha aún se encuentra en proceso la titulación a distintas comunidades atacameñas pudiendo distinguirse dos situaciones:

- a) Casos de simple retraso y retardo. Así ocurre por ejemplo con la Comunidad de Chiu Chiu, que lleva esperando desde el año 1998 la transferencia de su territorio ancestral, recibiendo hasta ahora sólo 46

²⁵⁸ Salvo situaciones de conflicto de intereses con empresas mineras por superposición de la demanda territorial indígena con el derecho de servidumbre que a éstas empresas les corresponde.

hectáreas.

- b) Casos de conflictos de intereses -superposiciones- entre comunidades respecto de la petición de entrega de tierras fiscales. En este caso la CONADI trata que las comunidades se sometan a un proceso de conciliación, a que aluden los artículos 55 y 56 de la ley indígena. Sin embargo, en caso que alguna de las comunidades no acepte llegar a conciliación, CONADI envía un informe desfavorable al Ministerio de Bienes nacionales recomendando no dar lugar al traspaso territorial.

En lo que concierne al saneamiento de la propiedad de particulares indígenas se aplican los siguientes procedimientos:

- a) Regularización de la propiedad conforme al procedimiento establecido por el DL 2695, el que es aplicable a todos aquellos casos en que el avalúo del inmueble rural a regularizar no exceda de 800 UTM
- b) Regularización de la propiedad, conforme a las normas generales del derecho sucesorio.

Finalmente, las propiedades fiscales correspondientes a sitios sagrados o ceremoniales, culturales y recreativos podrán ser solicitados por las comunidades indígenas para que sean transferidos (DL 1939) de acuerdo en el

artículo 19 de la ley 19.253.

3.4.2 Convenio marco para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas. Suscrito entre la CONADI y la DGA (1997).

Este acuerdo nace del mandato legal del artículo tercero transitorio de la Ley N°19.253 que en su inciso segundo señala "Igualmente, la Corporación - CONADI- y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley".

Lo medular de este Convenio ha sido el exigir la emisión de informes por parte de CONADI cuando se presentan solicitudes de exploración, constitución o regularización de derechos de aprovechamiento de agua superficiales o subterráneas en la Provincia de El Loa.

El informe de CONADI se refiere a dos materias específicas:

a) Si existe utilización de las aguas solicitadas por parte de alguna

comunidad atacameña o quechua.

- b) En caso de ser afirmativo lo anterior, se debe señalar la naturaleza del derecho de aprovechamiento de que se trata (consuntivo o no consuntivo, superficial o subterráneo), así como el caudal solicitado por las comunidades.

El informe evacuado por CONADI debe constituir un antecedente que la Dirección General de Aguas tomará en consideración para resolver las peticiones señaladas.

CAPITULO IV

LAS COMUNIDADES ATACAMEÑAS. SUS REIVINDICACIONES TERRITORIALES, DIAGNOSTICO Y EXPERIENCIAS

4.1. CLIMA Y GEOGRAFIA

El pueblo atacameño está geográficamente asentado en la segunda región de Chile, la que se caracteriza por un clima desértico que varía hasta condiciones marginales, y que corresponde a la estepa de altura, en la que se puede observar además que, desde la costa hacia el interior, corresponde a una zona de desierto litoral, seguido por desierto interior (Esta se extiende desde el borde oriental de la cordillera de la costa, hasta la cota de los 2.500 m.s.n.m.), para dar paso a uno marginal de altura, en lo que se conoce como altiplano - sobre los 4.000 m.s.n.m.-. Existen tres cordones cordilleranos característicos, desde el litoral hacia el interior: la Cordillera de la Costa, la Cordillera de Domeyko, y la Cordillera de los Andes. Estas formaciones dividen a la región de Oeste a Este, en tres zonas fundamentales: La Franja Litoral, la Depresión Intermedia, y el Macizo Andino, que incluye precordillera y altiplano.

La Depresión Intermedia consiste en una serie de llanuras, salares y playas que caracterizan a la región entre la Cordillera de la Costa y la Cordillera de Domeyko. Su apariencia es de una gran meseta de modelado irregular,

delimitada entre las cotas de los 600 m.s.n.m. al oeste y los 1500 m.s.n.m. al este, con una extensión longitudinal de 300 kilómetros.

La depresión intermedia, en su límite oriental, contiene grandes depósitos de gravas neolíticas, las cuales conforman planos inclinados entre los 1500 y los 3000 m.s.n.m., de pendientes inferiores a 10%, constituyendo los primeros contrafuertes de la Cordillera de Los Andes.

Hacia el oriente, los mencionados planos se juntan con la precordillera andina originando portezuelos que comunican al sector costero con Los Andes, mas al oriente aún, la precordillera andina se diferencia en dos unidades bien marcadas, la precordillera del Río Loa Superior y la Precordillera de Domeyko.

Las unidades geomorfológicas culminan hacia el oriente con el altiplano andino. Numerosos volcanes de la cordillera prealtiplánica esparcieron material en épocas anteriores lo que dio origen a las mesetas que caracterizan a esta unidad, cuyas alturas fluctúan entre los 4000 y 4300 m.s.n.m. aproximadamente. Cabe señalar que los salares se observan tanto en la Depresión Intermedia como en el área andina, constituyendo valles cerrados que presentan una playa central salina formada por sedimentos finos y sales.

Los recursos hídricos son escasos, y se concentran principalmente en la Cordillera de Los Andes. Las cuencas hidrográficas más importantes de la segunda región están compuestas por el Río Loa y El Salar de Atacama, entre ambas representan aproximadamente 90% de la disposición acuífera; el 10% restante, lo integran los salares conocidos como Ascotán y Punta Negra.

Los atacameños fijaron sus asentamientos en la precordillera andina del desierto de Atacama, principalmente en dos sectores conocidos como "Atacama La Baja" , que comprende Calama y los poblados de Chiu-Chiu, Lasana, Conchi Viejo, Ayquina, Caspana, Cupo y Toconce; y "Atacama La Alta", ubicada en la comuna de San Pedro de Atacama, y compuesta por los poblados de Río Grande, Machuca, Talabre, Camar, Toconao, Peine, Socaire y San Pedro de Atacama. Esta denominación de Atacama La Baja y la Alta fue dada por los conquistadores españoles, pero responde a una realidad ya existente, por cuanto entre los antropólogos hay consenso en que por lo menos ya en el año 800 d.c. las poblaciones indígenas de la Provincia de El Loa mostraban una dinámica de relaciones que comprendía un espacio microregional, las subáreas circumpuneña y altiplano meridional, que incluía territorios de los actuales países de Argentina y Bolivia. No es posible entonces percibir a los atacameños, sin por lo menos esbozar otras probables

identidades que están en juego, reconociéndose entonces dos "tradiciones"²⁵⁹ una llamada del Desierto - la zona circundante al Salar de Atacama - y una tradición altiplánica - referida a la región del Loa superior - influenciadas por distintos contactos, bien con la cultura Tiwanaku de lo que hoy es Bolivia o con los Lipez del actual territorio argentino, al otro lado de los Andes.

A ellos habría que agregar los habitantes de la franja costera denominados indistintamente "urus", "proanches" y "camanchacas" que poblaban entre la desembocadura del Loa (Quillagua-Cobija) y Tal-Tal, pero que comparten elementos etnoculturales con los habitantes del interior.

4.2 RESEÑA HISTORICA²⁶⁰

Las tierras de la segunda región sólo comenzaron a ser aptas para el asentamiento humano cerca del 11.000 a.c., hecho que se produjo por una estabilización progresiva del clima y la elevación de la línea de nieve. Así, grandes lagos se secaron transformándose en salares y vegas, las lluvias se

²⁵⁹ CASTRO, Victoria. Atacama en el tiempo. Territorios, identidades, lenguas. (Provincia El Loa, II Región). Anales de la Universidad de Chile, Sexta Serie (13), pp. 27 – 70, Santiago, agosto 2001.

²⁶⁰ Para mayor detalle se puede consultar el INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, el capítulo referente al pueblo atacameño. También CASTRO, Victoria. Op. cit; NUÑEZ, Lautaro. Cultura y conflicto en los oasis de Atacama. Santiago, Editorial Universitaria, 1992, 276 p.

afianzaron en los meses de verano, los ríos fueron fijando sus cursos humedeciendo la tierra y permitiendo el nacimiento de vegetación.

Los primeros habitantes de esta zona, en el año 9.000 a.c., vinieron desde la alta puna; eran nativos bien adaptados a bajas temperaturas, que atraídos por las nuevas oportunidades de caza y recolección, habitaron cuevas formadas en las proximidades de los cursos de agua.

El año 5.500 a.c., recién se puede hablar de asentamientos humanos más estables en la región, ya que el creciente manejo de los recursos naturales que estaban a su disposición les permitió alcanzar un mejor nivel de vida; obteniendo su alimentación de la rica avifauna existente en las vegas de tambillo, aprovechando las oportunidades que se entregaban en cada una de las estaciones del año y en los distintos pisos ecológicos existentes en la zona. En esta época los asentamientos humanos ya se radican alrededor de lagos y fuentes de aguas.

Desde el año 4000 a.c., debido a cambios climáticos que trajeron sequía a esta zona los naturales de estas tierras iniciaron la población de diversas zonas: el sector occidental de la puna, recorriendo lo que hoy conocemos como "Alto El Loa" , (siguiendo el curso del río homónimo) hasta la junta con el Río Salado;

otro grupo emigró hacia el Pacífico encontrando fuente de sustento menos variable al clima.

En el período conocido como Tulán (3.000 - 2.000 a.c.) estos indígenas se fueron transformando en eximios cazadores; permitiendo que los asentamientos poblacionales fueran creciendo en número de componentes, sin dejar de abandonar por completo su calidad de trashumantes, puesto que seguían recorriendo los cursos de arroyos, playas de salares y humedales, donde confluían roedores y camélidos, fundamentales en su dieta. Es en ésta época en que se da inicio a la caza y domesticación de animales salvajes, permitiéndoles dejar de recorrer extensas áreas y acercarse progresivamente a la vida sedentaria. En ésta se inician los primeros contactos e intercambios económicos con los asentamientos del sector costero de esta región, principalmente en la desembocadura del Río Loa.

Entre los años 1.200 y 500 a.c. los asentamientos humanos se hacen permanentes, principalmente en la Quebrada de Tulán y en la Vega de Tilocalar, sobre la base del conocimiento y gran manejo de los recursos que habían adquirido. En esta época podemos considerar a los habitantes de esta zona como sedentarios y agropastores, pero con un gran manejo de la manufactura (cerámica), la minería (cobre y oro), y la elaboración de productos textiles.

Estas comunidades buscan equilibrar su actividad agrícola, (principalmente maíz) emprendiendo sus primeros esfuerzos por controlar el agua superficial y el pastoreo de la llama, animal que se transforma en fundamental por su producción de carne y su utilidad en el transporte de carga, lo que trae consigo se inicien circuitos alrededor de sus asentamientos, en busca de los pastos de vegas y humedales para la alimentación de su ganado.

Las extremas condiciones climáticas determinaron que los asentamientos se fueran realizando en relación con la existencia de agua, lo que explica que los poblados de esta región estén separados por grandes extensiones de terreno. Alrededor del año 500 al 100 a.c. estas comunidades fueron en busca de lo que conocemos como oasis, caracterizados por microclimas favorables para la agricultura, y por ende una excepcional calidad de tierra, permitiéndoles desarrollar su actividad agrícola.

Uno de los primeros oasis con este tipo de asentamiento es San Pedro de Atacama y sus ayllus circundantes, sitio en que concurren todas las características antes descritas, lo que sumado a su ubicación estratégica, posibilitó gran desarrollo e intercambio comercial y cultural con las comunidades del lado oriental de la puna, noroeste argentino y el sur boliviano, mediante el "tráfico caravanero".

Desde el 400 al 700 d.c. se desarrolla el Período Quitar caracterizado por la influencia de la cultura Tiwanaku desde el Sur de Bolivia, manifestada en el culto religioso, el uso ceremonial de alucinógenos y las alianzas políticas entre los señores altiplánicos de Tiwanaku y los señores de los ayllus de San Pedro de Atacama.

Aproximadamente en el año 1.000 d.c. viene un nuevo período de sequías en la zona alta de los Andes que condena a su desaparición el centro ideológico de Tiwanaku. Comienza así un período en que los "señores regionales" atacameños consolidan su poder. Es en esta época en que se construyen los pukarás, fortalezas de piedra estratégicamente ubicadas. Es también en este período en donde se delinear las dos grandes tradiciones culturales a que hicimos mención anteriormente, la desértica y la altiplánica.

No obstante la falta de agua, el dominio de las técnicas agrícolas de riego permitió el desarrollo de una economía de excedentes agrícolas, pecuarios y también mineros, produciéndose un muy fuerte e interrelacionado tráfico entre todos los poblados desde el Pacífico hasta Bolivia Meridional y el noroeste argentino.

Hacia el 1450 d.c. arriban a esta zona los incas, interesados en expandir las actividades mineras y agrícolas. Su principal centro administrativo estuvo en

Peine, en el sur del Salar de Atacama, centro de acopio de la producción agropecuaria y minera. El tráfico comercial se focaliza ahora hacia los centros administrativos del imperio en el Cuzco. La influencia religiosa del culto solar también se hace notar estableciéndose un centro de culto en el volcán Licancabur.

En el año 1536 se produce el primer contacto con los españoles durante el retorno de la expedición de Diego de Almagro al Virreinato del Perú, en donde las fuerzas españolas son repelidas. En el año 1540, en una nueva expedición de conquista - la de Pedro de Valdivia - tropas al mando de Francisco de Aguirre derrotan militarmente a los Señores Atacameños. Empero, sólo a partir de 1557 se consolida el dominio español, a través de un pacto denominado "Acta de Pacificación de 1557" celebrada entre el español Juan Velásquez Altamirano y los principales caciques atacameños.

La conquista española trajo la encomienda, creó los llamados pueblos de indios e impuso la religión y la lengua. Se pretendía transmitir un conjunto de comportamientos relacionados con conceptos europeos de vida civilizada, dentro de un concepto de vida urbana, bajo una forma de gobierno legítima. Los conquistadores lograron extirpar el idioma kunza, no así las manifestaciones religiosas propias, las que sobrevivieron solapadamente a través del mecanismo de la "doble articulación", en que se adoptan las formas rituales del

catolicismo para relacionarse con las autoridades coloniales, pero finalmente el culto va dirigido a las propias divinidades.

La dominación española no estuvo exenta de abusos, que finalmente terminaron por levantar a los habitantes en armas en el año 1780, bajo el mando del cacique Tomás Paniri, y dentro de un contexto de insurrección que se extendió entre el centro de Perú, el noroeste argentino y San Pedro de Atacama por el Sur. Este movimiento fue sofocado en el año 1781.

El proceso independentista no modificó el sistema colonial de las relaciones de poder entre la autoridad estatal y los indígenas. En el año 1823 estos territorios pasan a formar parte de la nación boliviana, que hereda el antiguo territorio de Charcas. De hecho, fue con los tributos de los locales con que se financiaron los trabajos de infraestructura necesarios para el mejoramiento de la ruta Potosí-Cobija con miras a un posible desarrollo del puerto.

Desde la segunda mitad del siglo XIX la explotación de los diversos yacimientos de guano, plata y salitre trae aparejado el resurgimiento de la arriería de animales desde Argentina a San Pedro de Atacama y desde este poblado hacia los centros mineros. De este modo la arriería, el cultivo de quintas alfalfaes para el ganado y el empleo asalariado en las faenas mineras constituyen las principales fuentes de trabajo de los atacameños.

Luego de la victoria chilena en la Guerra del Pacífico los indígenas representaron una "población heredada" dentro del proceso de anexión territorial. En palabras de un intendente de Antofagasta "la única dificultad que presentaba la administración de San Pedro de Atacama era la falta de chilenos, pues sus habitantes son casi en su totalidad indios".²⁶¹ Empero, por la importancia geopolítica comienza un período de asimilación y "chilenización" de la población, con énfasis en la escolaridad a fin de formar ciudadanos identificados con el proyecto nacional de Estado.

Durante el siglo XX el Estado chileno asume un rol benefactor y "modernizante" pero nunca con una óptica desde lo indígena, sino más bien desde la perspectiva asistencial al campesinado y a zonas geográficas extremas.

En lo económico, con el cierre de las salitreras se produce un fuerte golpe a la actividad agropastoril, la que pasa a ser sólo una actividad de subsistencia complementada con los ingresos asalariados en la ciudad o en la minería del cobre. A ello se añade el desecamiento de vegas y afluentes cordilleranos, cuyas aguas son usadas por las empresas mineras al amparo de una legislación de aguas que permitió la apropiación de derechos en manos de terceros no siempre usufructuarios del recurso.

²⁶¹ INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, Cuerpo 1, p. 38.

Actualmente los atacameños han sabido apoderarse de juntas de vecinos y ocupar espacios a nivel municipal. La ley indígena 19.253 también ha ayudado en este proceso, en especial al relevar la importancia a la comunidad (sujeto articulador de las relaciones sociales) reconociéndole titularidad en una categoría de propiedad y al contemplar mecanismos participativos a través de la cogestión en las llamadas "áreas de desarrollo indígena" (que no ha tenido los mismos resultados positivos en otras zonas del país).

En la última década el turismo ha sido la actividad económica con mayor crecimiento y ha planteado nuevos desafíos al pueblo atacameño: la participación en los beneficios pecuniarios que esta actividad genera, la protección de los recursos de importancia ecológica y patrimonial, y el saber asumir los cambios culturales que conlleva el contacto intercultural.

4.3 LA COSMOVISION ATACAMEÑA

De acuerdo al diccionario de la RAE, cosmovisión es una palabra de origen germano cuyo significado es "manera de ver e interpretar el mundo".²⁶² Tiene que ver con formas de estructurar lo real para poder operar en el mundo de una

²⁶² REAL Academia Española. Op.cit. Tomo I. p. 567.

manera particular, adecuada a un sistema integrado de creencias que diferencia a la cultura, por lo cual, a su vez, constituiría un soporte de identidad étnica.

De varios de los poblados de la Provincia de El Loa puede encontrarse registro documental desde la época colonial, y con una historia ya anterior; otros se han conformado luego de un proceso de subdivisión de un pueblo en la colonia o bien en la época republicana. En ambos casos han tenido que enfrentar la presión aculturizadora, occidentalización y chilenización. Con todo, en este largo proceso han logrado ir re-creando sus identidades de un modo más, o menos exitoso, para seguir reconociéndose diferentes entre ellos y frente al Estado. ²⁶³

Interesa saber de qué manera los atacameños articulan su visión del universo dentro de su propio contexto, y ello porque no es un factor menor a la hora de contrastar la aplicación de políticas públicas y de apreciar el mayor o menor éxito de las iniciativas legislativas que les conciernen.

4.3.1 Conceptos ejes de la vida social y cultural del pueblo atacameño ²⁶⁴

²⁶³ CASTRO, Victoria. Op. cit. 29

²⁶⁴ Tomados en charla de CORTEZ, Liliana. "Principios y valores de la cosmovisión atacameña", en el Seminario-Taller "Cosmovisión, Cultura y Derecho de los Pueblos Andinos" del Programa de Acceso a la Justicia de Calama. San Pedro de Atacama, 26 y 27 de mayo de 2003. Complementados con CASTRO, Victoria y MARTINEZ, José. Poblaciones indígenas de

4.3.1.1 Rol del espacio natural

La naturaleza no es sólo el espacio de los recursos naturales sino el espacio donde se construye y recrea la cultura.

En el caso andino en general y en el atacameño en particular, hay una estrecha vinculación entre cosmovisión y hábitat. El hábitat atacameño es el lugar de vida; el espacio vital del pueblo atacameño. Allí se encuentran las comunidades en las que normalmente se instala un asentamiento, aldea o pueblo. El área natural de hábitat ha sido colonizada durante miles de años por las comunidades atacameñas siendo transformadas en un área cultural de características muy particulares.

La población indígena es poseedora de una ciencia que categoriza y ordena los espacios naturales y sus recursos. A diferencia de la ciencia occidental, esta ciencia indígena se subsume al mismo tiempo en una filosofía, en un saber que integra los distintos niveles de la vida cotidiana, una forma de percibir el mundo que incluye inseparablemente, aspectos económicos, sociales y religiosos. El coparticipar de esta tradición que incluye todas las esferas de la realidad, marca una de las diferencias fundamentales con la sociedad mayor.

4.3.1.2 La Reciprocidad o Ayuda Mutua

Este es un pensamiento común de las culturas andinas, y es entendido y expresado en prácticas sociales y rituales de la vida sociocultural. El ayni o ayuda mutua, rige tanto hacia la naturaleza como con las personas, entre el grupo familiar y, del individuo hacia la comunidad.

4.3.1.3 La Complementariedad

Cada una de las actividades desarrolladas presta utilidad no solo en si misma sino también a la sobrevivencia conjunta del entorno. Permanentemente se están buscando mecanismos que permitan acceder a recursos diversificados sin un control centralizado y ubicados a una distancia relativamente corta. Se entiende así la complementariedad como “la posibilidad de tener acceso a recursos distintos, obtenidos en pisos ecológicos diferentes, o de garantizar, mediante la dispersión de los cultivos, una cosecha más segura”.²⁶⁵

4.3.1.4 La ocupación transversal de los pisos ecológicos

ideología. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, pp. 69 – 109.

La ocupación que hacen las mujeres y hombres atacameños de sus tierras está definida por la diversidad; una diversidad que responde a necesidades y a las estacionalidades del año. Estos pisos ecológicos están fuertemente diferenciados por las condiciones climáticas que, a su vez, determinan sus posibilidades de explotación. También la estacionalidad de los períodos en que hay precipitaciones importantes y que constituyen climas más favorables, determinan los usos posibles de cada piso (explotación agrícola o pastoril).

4.3.2 Expresión de estos conceptos en aspectos sociales de la cultura atacameña

1.- En cuanto a las formas de producción, se reconoce a este grupo cultural como parte de las denominadas economías campesinas. Es decir, con una producción básicamente para el autoconsumo y donde el trabajo familiar agropastoril es la principal actividad económica. Todo esto, atravesado por la ocupación complementaria de los pisos ecológicos y la reciprocidad hacia la madre tierra. Estas actividades se desarrollan de acuerdo a pautas tecnológicas ancestrales y se combinan con trabajos de artesanía como textiles y producción cerámica.

²⁶⁵ CASTRO, Victoria y MARTINEZ, Juan. Op. cit. p. 96.

2.- Se puede encontrar, producto de la actividad agropastoril, un patrón de asentamiento con un núcleo central - el poblado - y un asentamiento disperso en estancias que pueden ser de ocupación más, o menos permanente. Poblado y estancia son el fundamento de la estructura territorial de las comunidades atacameñas.

3.- El espacio asimismo se categoriza clasificando el entorno de acuerdo a los usos agropastoriles o ceremoniales para los cuales son aptos. Así por ejemplo en la zona de Alto El Loa el paisaje se organiza de varias maneras:²⁶⁶

(a) En cuanto a la gradiente altitudinal:

Pampa : Planicies desérticas o con vegetación muy rala.

Tolar : Ambiente con predominio de arbustos.

Pajonal : Ubicado por sobre el tolar, zona más fría con predominio de pajas.

Panizo : Correspondiente a las cumbres de los cerros en donde ya no hay vegetación.

(b) En cuanto a la forma de utilización económico social del entorno.

²⁶⁶ ALDUNATE, ARMESTO, CASTRO y VILLAGRAN. Estudio etnobotánico en una comunidad precordillerana de Antofagasta: Toconce. Boletín del Museo Nacional de Historia Natural. (38) p. 185.

Chacra: Espacio agrícola de terrazas y melgas, normalmente próxima a los asentamientos poblacionales.

Campo: Lo que lo define es la realización de actividades pastoriles: "...el campo es ir a pastorear....para que el ganado pastoree solo es mejor el campo..."²⁶⁷. Abarca varios pisos y unidades ecológicas como pampa, tolar, médanos y vegas. El patrón habitacional que le corresponde es la estancia.

Cerro: Es un territorio para la recolección de leña y vegetales, la caza y algo de pastoreo. También para la realización de cultos ceremoniales.

(c) Unidades azonales

Médanos: Areas caracterizadas por arenales.

Hoyadas: Lugares fríos y sombríos a menudo rodeados de grandes bloques de piedra donde la nieve y la helada se conservan más tiempo.

Vegas : Areas de plantas forrajeras en las cercanías de afloramientos de agua.

²⁶⁷ ALDUNATE et al. Op. cit. p. 71.

4.- En lo que concierne a la religiosidad. En el caso atacameño ella es una edificación de la naturaleza. El panteón atacameño y el hábitat, se conjugan en su cosmovisión. La naturaleza no es para las mujeres y hombres atacameños una cuestión inerte ni externa a sus vidas cotidianas, sino que por el contrario, se pertenece a la tierra, al cosmos, al universo, que en última instancia es un ser vivo.

Existe por lo demás toda una mitología vinculada a la naturaleza.

En Lequena, cuenca superior del Río Loa, se cree que los cerros y volcanes tienen distinto origen. Los cerros serían estrellas que bajaron a la tierra en tanto que los volcanes están asociados a los elementos de la naturaleza -agua, viento, fuego y tierra-, de éstos últimos depende el que haya tormenta o lluvia.

En Taira, se emplaza el cerro Ciragüe o Arenas Negras. "Se dice que en los tiempos antiguos el cartero andaba por el lugar y vio dos toros, uno de color negro y otro bayo, los cuales defecaron. Luego se entraron al cerro y este se cerró. El cartero, para comprobar lo que vio, se trajo en un pañuelo una muestra de las bostas de los toros. Al mostrarlos a los demás, cada una se había

convertido en oro y plata".²⁶⁸ Este mismo cerro, de acuerdo a la coloración que tome, indica a los lugareños posibles cambios en el clima.

En Santiago de Río Grande al comenzar la actividad comunitaria de la limpia de canales se pide permiso a los volcanes, al viento y a la lluvia.

En Socaire existe una ceremonia especial en que se ruega a los cerros para que provean de suficiente agua a las vertientes.

En Toconce se hacen pagos al volcán Paniri pidiendo por la salud de quién está enfermo.

El volcán Licancabur, desde los tiempos incaicos, fue un importante lugar religioso de culto al sol, manteniendo un carácter ceremonial hasta el presente tiempo.

5.- La forma sociorganizativa tiene su expresión en la comunidad, que en términos de una definición antropológica refiere a "una agrupación de personas y familias que poseen, administran y usufructúan de manera coordinada determinados recursos productivos (pastizales y vegas, agua de riego) dentro

²⁶⁸ Leyenda recogida en presentación de la Comunidad Indígena de Taira ante la CONAMA; concordante con lo señalado por CASTRO y MARTINEZ, op. cit. p. 71 quienes indican al menos tres distintas significaciones dadas a los cerros: deidades proveedoras de ganado y dinero,

de un cierto espacio o territorio. Tales derechos se reconocen por descendencia de antepasados." ²⁶⁹

Las articulaciones familiares y parentales son las que dan sentido a las estructuras sociorganizativas y a la vez productivas. El trabajo y la administración conjunta son fundamentales para la sobrevivencia de la cultura y la sociedad atacameña.

Cada pueblo tiene una asamblea comunal constituida por el conjunto de comuneros que son los que poseen tierras cultivables en el lugar. Este es un detalle de importancia puesto que por tradición la tenencia de tierras cultivables es lo que da derecho a integrar "políticamente" la comunidad. "Es la posesión de tierras cultivables, con todos los trabajos colectivos que ellas generan, lo que posibilita la adscripción de un individuo a su comunidad y no el uso de pastos, que no generaría obligaciones recíprocas. Los propietarios de tierras cultivables, aún cuando vivan preferentemente en las estancias o en chacras fuera del pueblo, se reconocen como integrantes de ese núcleo, el que proporciona también el gentilicio". ²⁷⁰

deidades relacionadas con labores agrícolas y ligadas a fenómenos atmosféricos con capacidad de fertilizar la tierra y, deidades protectoras de la vida y salud.

²⁶⁹ GUNDERMANN, Hans. Citado por CORTES, Lliana. Op. cit.

²⁷⁰ CASTRO, Victoria y MARTINEZ, José Luis. Op. cit. p. 76. Ignoramos si en el proceso de constitución de las comunidades atacameñas conforme a la ley indígena 19.253 este principio fue respetado, aunque todo indica inclinarse por la afirmativa atendido que todas las

La comunidad cumple las siguientes funciones: ²⁷¹ (a) Organización y control de los recursos naturales; (b) Asignación de tareas colectivas, manejo y control social; (c) Identidad y pertenencia de sus integrantes y (d) Representación y defensa de intereses comunes.

Para este pueblo, la organización comunitaria es la respuesta a la protección de los recursos con que cuentan, principalmente el agua, por ello y desde sus inicios han tenido que instaurar un sistema de vida con complejas normas y regulaciones, en el que incluso bajo la amenaza de sanciones sociales, obtienen la correcta utilización de los recursos.

6.- En cuanto al rol de la familia, ésta constituye una unidad doméstica donde tiene lugar no sólo la reproducción de la vida social y cultural sino la producción. En esta producción participa el conjunto de las personas que componen la familia. Sin embargo, esta participación está definida según el sexo y las edades de los miembros del hogar.

Al interior de la familia se ocupan posiciones diferenciadas que se relacionan con el papel que desempeñan en la economía familiar.

comunidades atacameñas – existentes a esa fecha 1995-1996- se constituyeron con ocasión de regularizar sus derechos de agua de propiedad ancestral y parecería improbable incorporar miembros ajenos al manejo de este recurso.

²⁷¹ Ibid. p. 79.

Así, la división sexual y etérea que se desarrolla al interior de la familia atacameña permite la subsistencia de ésta y de la comunidad en el marco de las llamadas economías campesinas.

7.- En lo que respecta a la propiedad, junto con reconocerse el dominio individual, existe en materia de tierras un sistema de tenencia supraindividual - radicado en la comunidad- e incluso supracomunal, que abarca a varias comunidades. En el proceso de redacción de la ley indígena, el pueblo atacameño tuvo una fuerte participación y una expresión de ello es que sólo respecto de los pueblos indígenas del norte del país la ley consagra tres especies de propiedad indígena: individual, comunal y patrimonial. En esta diferenciación se manifiesta la comunidad como forma organizada de manejo y asignación de recursos productivos. En efecto, el artículo 63 señala: "La Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas; c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido."

4.4 EL CONCEPTO DE COMUNIDAD, PERTINENCIA CULTURAL Y ALCANCE NORMATIVO

Ya hemos mencionado el rol de la "comunidad" dentro de la cosmovisión atacameña. Conviene detenerse un poco más en este concepto y analizar cuál es su alcance, en términos jurídicos.

La ley 19.253 encabeza su Título Primero con el Acápite "De los Indígenas, sus culturas y sus Comunidades" . En el inciso segundo de su artículo primero señala: " El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar 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".

No deja de llamar la atención que, en el caso que nos ocupa, se hable no de "Atacameños" a secas sino de "Comunidades Atacameñas". El mismo término se vuelve a utilizar en el artículo 62 cuando se indica que son atacameños "... los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región." En ello hay un explícito

reconocimiento de la comunidad como una realidad histórico-social ya existente.

La ley 19.253 contempla la posibilidad que los indígenas se agrupen y formen comunidades indígenas y establece un procedimiento y requisitos a los que ya nos referiremos. Sin embargo es claro que respecto de los atacameños el término "comunidad" es preexistente a la constitución de una "comunidad indígena" conforme al procedimiento legal, y constituye una realidad aceptada y constatada por el legislador. De ahí entonces que estimamos que si en la ley se usa la expresión "Comunidad atacameña" no necesariamente tenga que tratarse de aquella constituida de acuerdo a este procedimiento.

Ya habíamos dado una definición antropológica de comunidad como una agrupación de persona y familias que poseen, administran y usufructúan de manera coordinada determinados recursos productivos (pastizales y vegas, agua de riego) dentro de un cierto espacio o territorio.

Previo a la ley indígena, el concepto de comunidad, desde una terminología jurídica, nos remitía al Derecho Civil y a su consideración como cuasicontrato regulado en los artículos 2304 a 2313 del Código Civil.

En el Código de Aguas, de 1981, a propósito de las organizaciones de usuarios se habla de las "comunidades de aguas", artículos 186 y siguientes.

La ley indígena define el término "comunidad indígena" de la siguiente forma: "Toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentra en una o más de las siguientes situaciones: a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo."

Sangre o linaje, ubicación geográfica, manejo territorial comunitario y el devenir histórico son elementos que pueden determinar la existencia de una comunidad indígena. En este sentido la ley facilita la constitución de comunidades indígenas al bastar cualquiera de ellos para su reconocimiento. La definición antropológica exige tres: el criterio territorial, el sanguíneo y el de utilización común de recursos, aunque en este último punto consideramos que la definición antropológica es más acertada pues no habla de tierras sino de "recursos productivos" expresión mucho más omnicompreensiva.

La constitución de una comunidad indígena se hará en asamblea celebrada ante Ministro de Fe (Notario, Oficial Civil o Secretario Municipal) a la que asistan como mínimo 10 personas que representen al menos un tercio de los

indígenas mayores de edad. Este quórum constitutivo engloba una facilidad, pero a la vez un peligro, como a continuación señalamos.

Una de las manifestaciones del derecho de libre asociatividad está en que nadie puede ser obligado a incorporarse a una agrupación. En ese sentido, una persona puede pertenecer a la comunidad sociológica, pero no por ello se le ha de obligar a pertenecer a la comunidad como entidad jurídica. Sin embargo, visto desde otro punto de vista ello quiere decir que la ley posibilita la constitución de una comunidad indígena con una representatividad que no constituye mayoría, y al no ser manifestación de la mayoría a esta comunidad jurídica se pueden superponer otras dos con el resto de los tercios. Ello lleva el riesgo del fraccionamiento de la comunidad sociológica con el consecuente debilitamiento y las desventajas que ello pudiera tener en la reivindicación de derechos colectivos. Algunas situaciones de este tipo ya se han presentado con los mapuches permitiendo la división de comunidades surgidas de los títulos de merced otorgados por el estado.²⁷² En el caso atacameño tal situación no se ha presentado²⁷³ y posiblemente tiene que ver, como señalamos anteriormente, con el hecho que las comunidades se constituyeron con motivo

²⁷² AYLWIN, José; YAÑEZ, Nancy. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Santiago, LOM, 2004. p.17.

²⁷³ Se ha dado un caso, la Comunidad de Taira, que tiene su origen en la escisión respecto de otra comunidad -Conchi Viejo- ; sin embargo este proceso fue apoyado con el respectivo respaldo antropológico que otorgaba el fundamento para considerar que se trataba efectivamente de una comunidad con individualidad histórico-cultural propia.

del proceso de regularización de los derechos de agua y en que, atendidos los usos, existía la correlación comunidad sociológica/comunidad jurídica.

Retomando el tema de las formalidades para la constitución de las comunidades indígenas, de la asamblea constitutiva se levantará acta que contendrá obligatoriamente las siguientes menciones: 1) Estatutos de la Organización, 2) Directiva, 3) Indicación de todos los indígenas mayores de edad que pudieran tener derecho a afiliarse, y 4) Individualización de los miembros mayores de edad que concurrieron a la asamblea constitutiva, e individualización de los integrantes de su grupo familiar.

Una copia autorizada del acta habrá de depositarse en la respectiva Subdirección Nacional, Dirección Regional u Oficina de Asuntos Indígenas de CONADI en un plazo de 30 días desde la fecha de la Asamblea, gozando la comunidad por éste sólo hecho de personalidad jurídica.

4.5 LA COMUNIDAD COMO SUJETO DE DERECHO: DERECHOS Y SALVAGUARDAS CONFERIDOS A LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN LA LEY 19.253

a) A ser respetadas y protegidas por el Estado.

Artículo 1° inciso final. “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones 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.”

b) A ser propietarias de tierras.

Artículo 12. “Son tierras indígenas:

1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos....

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígena o a la comunidad indígena definida por esta ley”.

c) Prohibición de arriendo, comodato, ni constitución de derechos de uso en sus tierras.

Artículo 13. “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.

Igualmente las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”.

- d) Ejercicio de actividades en determinados lugares de propiedad fiscal, de importancia espiritual, cultural o recreativa.

Artículo 19, inciso primero. “Los indígenas gozarán del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal ”.

- e) A solicitar la transferencia gratuita de los lugares antes mencionados.

Artículo 19, incisos segundo y tercero. “La comunidad indígena interesada podrá solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos en el inciso anterior. Existiendo dos más comunidades interesadas, todas ellas tendrán derecho a solicitar la transferencia del inmueble. Mediante

resolución expedida a través del organismo público respectivo, se calificarán, determinarán y asignarán los bienes y derechos.

En el caso que no se cumpliera o existiere entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en los incisos anteriores, la comunidad indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el Juez de Letras competente quien, en única instancia, sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada”.

- f) Solicitar subsidios del Fondo de Tierras y Aguas y al Fondo de Desarrollo Indígena, ambos de la CONADI.

Artículo 20. “Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación. A través de este Fondo la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos:

- a) Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación.

Para obtener este subsidio se distinguirá entre postulaciones individuales y de comunidades.

Para las postulaciones individuales el puntaje estará dado por el ahorro previo, situación socio-económica y grupo familiar.

Para las postulaciones de comunidades el puntaje estará determinado, además de los requisitos de la postulación individual, por su antigüedad y número de asociados.

Un Reglamento establecerá la forma, condiciones y requisitos de su operatoria;”

Artículo 21, inciso final. “ La Corporación podrá recibir del Estado, tierras, predios, propiedades, derechos de agua, y otros bienes de esta especie para radicar, entregar títulos permanentes, realizar proyectos de colonización, reubicación y actividades semejantes destinados a comunidades indígenas o indígenas individualmente considerados. Igualmente los podrá recibir de particulares para los mismos fines, y en general los aportes que en dinero se hagan por parte de particulares”.

Artículo 23. “Créase un Fondo de Desarrollo Indígena cuyo objeto será financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas, el que será administrado por la Corporación.

A través de él se podrán desarrollar planes de capitalización y otorgamiento de subsidios en beneficio de las comunidades indígenas e indígenas individuales. Le corresponderá especialmente, el cumplimiento de los siguientes objetivos:”

g) Consentir para proceder a labores de excavación en cementerios históricos.

Artículo 29. “Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:

c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N°17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada”.

h) Derecho a voz cuando los organismos de la administración del Estado traten problemas indígenas.

Artículo 34, inciso primero. “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”.

i) Derecho a participar en instancias en que se reconoce a los grupos intermedios.

Artículo 34, inciso segundo. “Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través

de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.

j) Participar en la administración de áreas silvestres protegidas.

Artículo 35. “En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades indígenas ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las comunidades indígenas”.

k) Defensa jurídica por parte de CONADI.

Artículo 39. “ además le corresponderán las siguientes funciones:

d) Asumir, cuando así se le solicite, la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas y, ejercer las funciones de conciliación y arbitraje de acuerdo a lo establecido en esta ley;”

l) Proponer, junto con las asociaciones indígenas, los candidatos indígenas al Consejo Nacional de la CONADI.

Artículo 41.” La dirección superior de la Corporación estará a cargo de un Consejo Nacional integrado por los siguientes miembros:

d) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Estos serán designados, a propuesta de las comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la República, conforme al reglamento que se dicte al efecto”.

m) Derecho a voz para la designación de los miembros del Consejo Indígena de las Subdirecciones regionales de la CONADI.

Artículo 46. “En cada Subdirección existirá un Consejo Indígena que cumplirá funciones de participación y consulta. Los integrantes de estos Consejos no percibirán remuneración por el ejercicio de sus funciones. Serán nombrados mediante resolución del Subdirector Nacional oyendo a las comunidades y asociaciones indígenas con domicilio en la o las regiones que comprenda el territorio jurisdiccional de la respectiva Subdirección”.

4.6 DE COMUNIDAD A PUEBLO INDIGENA. AUTOIDENTIDAD Y ETNOGENESIS

Una de las mayores dificultades encontradas en esta investigación estuvo dada en precisar el sentimiento de autoafirmación de los atacameños como pueblo. Versando el presente trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas se estima relevante determinar si los atacameños reclaman esa categoría jurídico - política.

Por un lado no son de nuestro dominio las herramientas metodológicas de la antropología, la sociología o la etnohistoria. Por otro, el trabajo de campo realizado también nos confundió abriendo más interrogantes que respuestas.²⁷⁴

De partida hay que deshacerse del prejuicio, bastante común, de pensar que el elemento de indigeneidad, dada la inferioridad numérica dentro de la población nacional, al menos en Chile, hace que la convivencia interna carezca

²⁷⁴ Se visitaron los poblados de Lasana, Chiu-Chiu, Toconce, Ayquina, San Pedro de Atacama y Toconao. Se entrevistó a las siguientes personas: Oscar Sarapura, funcionario del Programa Orígenes; Aldo Barrales, funcionario de CONADI de Calama; Manuel Cuadra Lizana, Abogado especialista en temas indígenas y de aguas; Wilson Galleguillos, Presidente de la Comunidad Atacameña de Chiu-Chiu y actual Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños; Pedro Velásquez, comunero indígena y Ex-Presidente de la Junta de Vecinos de Chiu-Chiu; Francisco Terán, Presidente de la Comunidad Atacameña de Río Grande, Eduarda Colque, Presidenta de la Comunidad Atacameña de Machuca; Sandra Yañez, Presidenta de la Comunidad Atacameña de Taira; Lorena Yere, Presidenta de la Comunidad Indígena de Toconce; Cristián Varela Liendro, Presidente de la Asociación Indígena Zahli Lickan Kappur; Ronny Gutiérrez, Secretario de la Asociación Indígena Zahli Lickan Kappur y director de la Confederación Multicultural de Pueblos Originarios que funciona en Calama; Wilson Reyes, Ex-Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños y Ex-Seremi de Agricultura y actual Consejero Nacional Indígena.

de roces y conflictos y que hacia el resto de la sociedad manifiesten un discurso uniforme y homogéneo.

Nada más errado. Como en cualquier sociedad existen diferentes puntos de vista, diferentes alternativas y aspiraciones en cuanto a proyección futura, diferentes respuestas y soluciones.

En entrevistas a dirigentes y simples miembros de las comunidades y poblados del interior del Loa, encontramos una fuerte identificación de la gente con su comunidad, con su poblado. Sin embargo al consultársele por lazos "políticos", "afectivos" con otros poblados había renuencia a opinar, incluso a interferir, no era asunto de su incumbencia. Se da lo que Gundermann identifica como "comunidad de copresencia"²⁷⁵: ser andino por la geografía que se habita, la que además lleva un fuerte elemento histórico, la antigüedad de poblamiento.

En ese sentido se recela del "afuerino" que disputa sus posibilidades de desarrollo económico, particularmente en el turismo, no por asociarse a un pasado opresor, sino por desconocerle un mejor derecho que el que ellos mismo tienen atendida su ocupación ancestral. Es asimismo el uso ancestral lo

²⁷⁵ GUNDERMANN, Hans. Las Organizaciones étnicas y el discurso de la identidad en el norte de Chile, 1980-2000. Estudios Atacameños. (19), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, p. 77.

que fundamenta su mejor derecho frente a las empresas mineras en lo que concierne al uso del agua (añadido por supuesto a un concepto unitario de propiedad indisoluble entre la tierra y sus recursos).

Asimismo no se quiere aparecer como "sujetos de observación costumbrista-folclórica". Las ceremonias tradicionales están revestidas de una profunda espiritualidad y solemnidad que es mejor no alterar.²⁷⁶

La bibliografía de apoyo corroboró esta constatación, pero también aportó antecedentes en cuanto a explicar el por qué de ello y además qué era lo que actualmente ocurría. Así, podemos llegar a afirmar que se está aún en un proceso de etnogénesis, de indigenización o indianización del discurso de las comunidades del interior del Loa.

En lo que se refiere al sentido de identificación comunal, Victoria Castro, con ocasión de una fiesta ceremonial en el Alto El Loa nos señala: "en el transcurrir de las ramadas de la limpia de canales en Ayquina en septiembre de 1990, sus comuneros repetían reiteradamente "no estamos ni ahí con el kunza", aquí "puro castellano no más". "No somos atacameños, somos aiquineños". "Los de Toconce cantan en quechua, nosotros, no". Y la gente de Toconce, de visita en

²⁷⁶ Hace un par de años la comunidad de Río Grande "prohibió" a una cadena hotelera que llevara turistas al poblado con motivo de la fiesta patronal. Un proyecto FONDART del año

Ayquina, insistían en no ser atacameños, sino toconcinos, diciendo: " los de San Pedro son los atacameños y a todos nos quieren decir igual ". ²⁷⁷

En lo que atañe a la poca presencia de un discurso con perspectiva indígena, Gundermann nos da algunas pautas para entenderlo: "Una identidad social de etnia, de pueblo o minoría cultural es una subjetividad que en la región se elabora recién desde finales de la década de 1980. Con antelación se tenía una identidad categorial de "indio", no reducible propiamente a una identidad étnica y, además, experimentada como un estigma social. Es una identidad que en el siglo XX se relaciona con la mayor o menor distancia del cambio modernizador. Los aspectos culturales están presentes tiñiendo o coloreando las relaciones sociales, pero son importantes en tanto posesiones que se deben en definitiva reemplazar, no promover". ²⁷⁸ Así, el concepto de indio desde el siglo XIX y durante el XX "pasó de designar una condición social estamentaria, a denotar una condición sociocultural disminuida en una escala de cambio

2001, que pretendía filmar una fiesta patronal en otra comunidad, fracasó por no contarse con autorización de la comunidad para ello.

²⁷⁷ CASTRO, Victoria. Atacama en el tiempo.

²⁷⁸ GUNDERMANN, Hans. Ciudadanía y poblaciones indígenas andinas de Chile. En: Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos, H Gundermann, R. Foerster y J. I. Vergara (Eds.), Santiago, Ril Editores, PREDES - Universidad de Chile, p. 58.

social que toma la dirección de la modernidad....'Indio' es un estado y una condición a superar". ²⁷⁹

Es a contar de la década de 1980, primeramente entre los aimarás y luego entre los atacameños que la etnicidad aparece como una dimensión otorgadora de sentido y perspectiva a los actores sociales andinos en el norte de Chile. ²⁸⁰

Los conflictos con las empresas mineras y las sanitarias en materia de derechos de agua, la fuerte presión aculturizadora en San Pedro de Atacama, el interés por la preservación de sitios patrimoniales y arqueológicos, y más tarde el impulso que el propio estado da con la creación de la CONADI, es lo que hace y promueve el acudir a lo étnico como herramienta útil en la defensa de sus intereses. Con todo, la indigenización del discurso no es un simple salvavidas o paraguas instrumental de apoyo económico. Es un redescubrimiento que da un nuevo sentido a la ocupación ancestral y a toda una serie de elementos comunes ya existentes que se están resignificando.

Este proceso de etnogénesis también ha llegado a la ciudad, de la mano de los más jóvenes. En este punto la CONADI no ha identificado ni definido acciones para los indígenas urbanos, quienes se quejan de no ser considerados

²⁷⁹ GUNDERMAN, Hans. Ibid. p. 56.

²⁸⁰ GUNDERMANN, Hans. Las organizaciones étnicas y el discurso de identidad...p. 75.

por CONADI y que ésta centra todo su actuar y recursos hacia los poblados cordilleranos, en circunstancias que numéricamente hay más "atacameños" en Calama que en todos los pueblos del interior.²⁸¹ De hecho las posturas más aventuradas sugieren la creación de una "Comunidad Indígena de Calama", como primer paso de una propuesta política de empoderamiento territorial. Para ello están recopilando antecedentes históricos del poblamiento prehispánico de Calama. (Señalemos que Calama como ciudad toma fuerza con la minería del cobre y que durante la época colonial fue Chiu-Chiu un centro urbano mucho más importante que Calama).

Es dentro de estas mismas asociaciones donde se manifiesta con fuerza el intento por la recuperación del vocabulario y lengua kunza, y también el de depurar lo atacameño de influencias externas, como las que trajo la religión,²⁸² procurando obrar con una mayor consecuencia y "ortodoxia cultural".²⁸³

²⁸¹ Para CONADI, una de las estrategias de empoderamiento territorial es el repoblamiento de los pueblos del interior, imperativo que por lo demás nace del mandato legal que establece el artículo 65 de la Ley 19.253 que dispone: "La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las etnias aimara y atacameña". En lo que respecta al paso por la ciudad se analiza como una situación transitoria, manifestación del uso del espacio en aplicación del principio de complementariedad.

²⁸² Esta actitud les acarrió sospechas, infundadas en todo caso, del atentado incendiario contra la iglesia de San Pedro de Atacama ocurrido en el mes de febrero de 2001.

²⁸³ Por ejemplo, critican que la alcaldesa de San Pedro de Atacama, que en su momento también fue Consejera Nacional Indígena, asistiera a las sesiones del Consejo Indígena con traje de dos piezas y no con un tocado atacameño a diferencia de lo que hacen los líderes mapuches.

Falta aún establecer empatía con la gente del interior, situación que en todo caso no es algo tan anormal; como lo señala Gundermann, "la desconsiderable desvinculación entre los iniciadores de un movimiento y bases urbanas populares o campesinas no representa un tema nuevo en los estudios sobre etnogénesis y, de manera general, en las investigaciones sobre movimientos étnicos y nacionalismos".²⁸⁴

4.7 EXPERIENCIAS DE ADMINISTRACION TERRITORIAL: LA RESERVA NACIONAL LOS FLAMENCOS

El Sistema de Areas Silvestres protegidas en Chile contempla Parques Nacionales, Reservas, Santuarios de la Naturaleza y Monumentos Naturales.

La implementación de este sistema da cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile al ratificar en el año 1967 la Convención para la Protección de la Flora y Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, llamada también "Convención de Washington" que data de 1940, y que por objetivos particulares planteaba la protección y conservación de todas las especies y géneros de flora y fauna indígenas, en las que se incluyen expresamente las aves migratorias, y la protección y conservación de paisajes

²⁸⁴ GUNDERMANN, Hans. Ciudadanía y poblaciones indígenas andinas de Chile. p. 79.

de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias, objetos naturales de interés estético, histórico y científico.

La Reserva Nacional Los Flamencos fue creada por Decreto Supremo N°50 en abril de 1990, considerándose que era un deber del estado tutelar salares, lagunas y ambientes desérticos que poseen fauna, vegetación, recursos arqueológicos, geológicos y geomorfológicos únicos en Chile. Se la declara además lugar de interés científico para efectos mineros.

No comprende una sola unidad territorial, sino que está repartida en siete sectores, con un total de aproximadamente 74.000 hectáreas. Estos sectores son:

1. Salar de Tara - Aguas Calientes (36.674 hás.)
2. Salar de Pujsa (5.702 hás.)
3. Lagunas Miscanti y Miñiques (10.977 hás.)
4. Salar de Atacama - Soncor (5.016 hás)
5. Salar de Atacama - Aguas de Quelana (4.135 hás.)
6. Valle de la Luna (5.467 hás.)
7. Tambillo (6.013 hás.)

En el mes de marzo de 1997, mediante decreto supremo N°70 se crea el Area de Desarrollo Indígena Atacama La Grande.

La Reserva Nacional Los Flamencos se encuentra dentro de esta ADI. Conforme lo señala el artículo 35 de la Ley Indígena "en la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes". De ahí entonces que las Comunidades plantearon su demanda en cuanto a hacer efectiva ese derecho a participar el cual, en todo caso, es restringido por cuanto sólo se extiende a derechos de uso, y la forma y alcance de esta participación será determinada de común acuerdo no por las comunidades sino por la CONAF, el SAG y CONADI, como lo indica la misma disposición citada.

Así es como se han suscrito acuerdos entre CONAF y las comunidades indígenas para garantizar este derecho.

Actualmente los sectores de la Reserva Los Flamencos están a cargo de las siguientes comunidades: Salar de Tara y Aguas Calientes, el Salar de Pujsa y las Lagunas de Soncor, en el Salar de Atacama, a cargo de Toconao, Talabre y Camar; el Valle de la Luna a la Asociación Indígena del Valle de la Luna, integrada por seis comunidades; y el bosque de tamarugos de Tambillo a Toconao y a la Asociación Indígena de Tambillo, integrada por talabreños.

Respecto de las Aguas de Quelana, no hay convenio todavía. Dentro del Sector del Valle de la Luna se comprende la Aldea de Tulor, sitio arqueológico, el que está a cargo de la Comunidad de Coyo. Cabe destacar que la Aldea de Tulor fue la experiencia piloto en este tipo de acuerdos, y que el éxito de la misma permitió ir extendiendo estos convenios de administración.

Al suscribir estos convenios se considera, en primer lugar, la rentabilidad, donde debe existir autofinanciamiento, incluso en la mano de obra, y se determina que los excedentes deben ser distribuidos en parte para reinvertir en la mantención y mejoramiento del sitio, y en parte para proyectos sociales (educación, salud, regadío, cultura y vivienda, entre otros). Todo ello apuntando al desarrollo local y a una mejor calidad de vida de las comunidades. Esta modalidad ha generado consistentes y crecientes ingresos a las comunidades. Los proyectos en la Reserva Nacional Los Flamencos reportaron excedentes el año 2004 por 200 millones de pesos, los que el 2005 aumentaron a 235 millones.²⁸⁵

También el Ministerio de Bienes Nacionales ha adoptado un camino similar en la zona, aunque no por la vía de los convenios sino por la vía de la concesión. Ejemplos de ello son la Laguna de Chaxas, concesionada a la comunidad de Toconao, el Pukará de Quito y el Pukará de Lasana, a las

²⁸⁵ EL MERCURIO de Calama, Domingo 22 de enero de 2006.

comunidades del mismo nombre, la Laguna Cejar a la comunidad de Solor y, recientemente en el 2006, los Geiseres del Tatio a las comunidades de Caspana y Toconce.

La positiva evaluación de este proceso ha motivado a CONAF a presentar un proyecto al Banco Mundial.

Se trata de una propuesta preparada por cinco años, cuya postulación inicial estaba prevista en marzo de 2006, mientras que el financiamiento se solicitó en junio. La idea se basa en que fortaleciendo a las comunidades se potencian, además, las zonas protegidas bajo el alero de la CONAF, con evidentes beneficios para ambas partes.

De ser aprobado el proyecto, el Banco Mundial entregará un millón de dólares y el Estado chileno igual cifra, lo que significará dar un salto exponencial en la calidad de vida de las comunidades y en el cuidado y mantención de los parques.

4.8 CONFLICTOS IMPORTANTES EN MATERIA TERRITORIAL

4.8.1 Pampa Puno

En diciembre de 2004 la División Codelco Norte de CODELCO Chile, presentó ante la CONAMA el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) "Proyecto Suministro, Construcción y Operación Aducción de Agua Pampa Puno", el que involucra una inversión aproximada de US\$60.000.000.

El proyecto consiste en la extracción de agua desde pozos ubicados en la cordillera, en el límite con la primera región, y el transporte de este caudal hasta una represa ya existente, a través de un ducto de poco más de 90 kms. de longitud.

Se emplaza dentro de los límites de la comuna de Calama y cruza territorios ancestrales, cuya transferencia se ha solicitado al Ministerio de Bienes Nacionales, de las comunidades indígenas de Conchi Viejo y Taira. Asimismo cruza un sector de la recientemente creada Reserva Nacional Alto El Loa.

La importancia de este proyecto no es menor pues es complementario del "Proyecto Mansa Mina" con el que se expande la actividad productiva de la Mina Chuquicamata en al menos 15 años.

Los puntos de conflicto que ha generado este proyecto, en lo que atañe a las comunidades indígenas, son tres:

- (a) La extracción misma del recurso hídrico.
- (b) La intervención de sitios arqueológicos y ceremoniales.
- (c) La alteración del paisaje y disminución del potencial turístico.

En cuanto al primero hay que indicar que Codelco obtuvo en el año 2002 mediante resolución de la Dirección General de Aguas, derechos de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo de un caudal medio de 300 litros por segundo y un caudal instantáneo de 399 litros por segundo.

La extracción de aguas superficiales en la cuenca del Río Loa ya no es posible por cuanto este se encuentra "agotado"²⁸⁶. En lo que respecta a las aguas subterráneas, la Ley 19.145 del año 1992 limitó la exploración y explotación de éstas en zonas que alimentan vegas y bofedales de la I y II regiones, las cuales proveen de forraje y agua al ganado de agricultores de las comunidades indígenas. Con todo, la prohibición se extiende a esos puntos específicos, indicados a través de Resolución N°909 de la DGA del año 1996, - cuya última modificación se hizo mediante Resolución N°87 del 20 de abril de

²⁸⁶ Resolución 197 de la DGA del 24 DE enero DEL AÑO 2000. Declara el agotamiento del Río Loa y sus afluentes.

2006, publicada en el Diario oficial con fecha 1º de junio de 2006 - y hoy se pide que el alcance sea total en la provincia.

El estudio de impacto ambiental señala que el caudal subterráneo desde el cual se extraerán las aguas no alimenta ni surte al río Loa. No obstante tanto las comunidades indígenas de Alto El Loa, como la asociación de regantes del Loa, e incluso comunidades tan alejadas como la de Quillagua - a más de 150 kilómetros de Calama- manifiestan sus aprensiones sobre el particular. Cualquier afectación del caudal del Loa pone en riesgo la supervivencia de las actividades de pastoreo y riego que se posibilitan gracias al río. Finalmente hay que decir que un estudio de aguas alternativo, que ratificara o refutara el presentado por la minera, no es posible de ser costeadó por las comunidades indígenas.

El segundo punto de conflicto dice relación con la intervención de sitios ceremoniales y arqueológicos.

La zona del campo de pozos en Pampa Puno a las faldas del cerro Yocas comprende 22 sitios arqueológicos. El cerro Yocas en sí es considerado un cerro "tutelar", se ha solicitado que el estanque mayor o "estación de carga" sea emplazado en otro lugar.

Siguiendo la ruta del trazado del acueducto, este también se aproxima al cerro Ciragüe, cerro ceremonial y lugar de ofrendas desde tiempos prehispánicos. Muy próximo al Ciragüe y a escasos metros del acueducto se emplazan las ruinas de un tambo incaico.

El sector más frágil es el conocido como Quinchamale en donde el acueducto se acerca a la ribera del río Loa y cruzaría subterráneamente el río y su quebrada. Se encuentran aquí, en los farellones del río, petroglifos y pinturas rupestres milenarias de importancia arqueológica no sólo nacional sino mundial. Los trabajos de movimiento de tierra podrían ocasionar derrumbes que destruyeran tales pinturas. Cabe señalar que un incidente de este tipo ya ocurrió hace 3 años, justamente bajo responsabilidad de Codelco. Asimismo se teme que la llegada de mano de obra, que su momento peak movilizará alrededor de dos mil trabajadores, pueda dar lugar, aunque sean incidentes aislados, a saqueos y daños al patrimonio arqueológico.

Se ha solicitado a Codelco la modificación del trazado y el cruce por otra zona. Los mayores costos asociados a la desviación de trazado respecto del diseño original han hecho que Codelco se muestre renuente a ello.

Por último está lo que tiene que ver con el deterioro paisajístico que generarán tanto las faenas como el acueducto una vez construido. Si bien

existe una zona ya afectada por obras anteriores - las tuberías de la empresa de agua potable Essan S.A.- alrededor de 60 kilómetros se verán intervenidos por el acueducto rompiendo una de las características principales del desierto, como lugar de contemplación, cual es la ausencia de intervención humana.

Hasta ahora Codelco ha definido los impactos ambientales como leves y ha estimado como suficiente compensación económica la mejora y habilitación del camino de servicio del acueducto que facilitará el acceso a estas zonas apartadas.

Con fecha 14 de diciembre de 2005 la Dirección Ejecutiva de la CONAMA otorgó calificación ambiental favorable al Proyecto Pampa Puno. En su resolución determinó, entre muchos otros aspectos, que "Con relación a los efectos, características y circunstancias señalados en la letra c) del artículo 11 de la Ley 19.300 es posible indicar que el proyecto se emplaza en un área rural sin que se intercepten asentamientos humanos. Por lo que no se prevé el reasentamiento de comunidades o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos".²⁸⁷ Con esto la CONAMA desconoce la existencia de dos comunidades indígenas, Taira y San Pedro Estación, que si bien presentan poca población están haciendo ocupación efectiva de la zona

²⁸⁷ El artículo 11 en su letra c) señala: "Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: c)

con actividades agropastoriles.²⁸⁸ En último caso, al menos, la autoridad ambiental debió señalar que se interceptan asentamientos humanos, pero que no se alteraban significativamente sus sistemas de vida y costumbres.

Frente a esta resolución las comunidades han opuesto reclamación ante el Consejo Directivo de la CONAMA, la cual aún está pendiente de resolver.

4.8.2 Salar de Pujsa

En el año 2002 las Sociedades Legales Mineras PAO II Uno, PAO III Uno, PAO VI Uno y PAO VIII Uno, de propiedad de Soquimich S.A. presentaron ante la COREMA el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) "Extracción de Sulfato de Sodio en el Salar de Pujsa, Comuna de San Pedro de Atacama, II Región".

El Salar de Pujsa se encuentra en la Comuna de San Pedro de Atacama y dentro de la Reserva Nacional Los Flamencos, creada para mantener un delicado equilibrio de cada uno de los elementos ecosistémicos que lo

Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos".

²⁸⁸ No está demás indicar que el despoblamiento de ambas comunidades se debe justamente a la apropiación de las aguas que ancestralmente usaron, en el caso de Taira, las del Río Loa por parte de la Empresa Aguas de Antofagasta S.A., y en el caso de San Pedro Estación, las del Río San Pedro -afluente del Loa- por parte de Codelco que capta toda su agua dejando el lecho seco.

conforman. Los salares son el medio biótico de aves, como flamencos y patos, y camélidos como vicuñas y llamos, así como también de otros organismos menores. Constituyen asimismo importantes reservas de recursos hídricos dentro de su respectiva hoya.

Se emplaza además dentro de territorios ancestrales reivindicados por la Comunidad atacameña de Toconao.

Frente a este proyecto se levantó una fuerte oposición del Municipio de San Pedro de Atacama, el Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Indígena de Toconao.

Luego de dos años de tramitación ante la autoridad ambiental, la COREMA aprobó el proyecto. No obstante se recurrió ante la Comisión Ejecutiva de la CONAMA solicitando la anulación de la aprobación de la COREMA fundada en que se había obviado una autorización fundamental como la era la del Presidente de la República puesto que se trataba de una actividad minera extractiva desarrollada dentro de un área silvestre protegida, de interés científico para fines mineros.²⁸⁹

²⁸⁹ Conforme lo establece el numeral 6 del artículo 17 del Código de Minería, en relación con el art. 87 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Quedó nuevamente el expediente en estado de ser revisado por la COREMA la que en esa segunda ocasión rechazó el proyecto.

4.8.3 Observatorios Astronómicos: A.L.M.A. y Parque Astronómico Atacama

El Proyecto A.L.M.A., sigla en inglés de Atacama Large Millimeter Array, es un proyecto astronómico de envergadura internacional. Consiste en una gigantesca red de 64 antenas móviles de 12 metros de diámetro cada una, que funcionan como una sola observando una zona del espectro electromagnético llamada región milimétrica, localizada entre la zona infrarroja y la de microondas. La principal misión de ALMA será estudiar la formación de estrellas en los albores del cosmos, además del nacimiento de nuevos astros. Pero es su capacidad de analizar partículas orgánicas como el carbono la que podría resolver un enigma aún mayor: cómo surgió la vida. Para esto se analizará el llamado espectro milimétrico de la radiación emitida hace miles de millones de años por las primeras galaxias. ²⁹⁰

El complejo estará emplazado a 4.700 metros sobre el nivel del mar en el Llano de Chajnantor, a 50 kilómetros al norte de San Pedro de Atacama y al

²⁹⁰ EL MERCURIO de Calama. 19 de agosto de 2002.

sur del Volcán Licancabur, entre los cerros Chascón, Negro, Macón y Jonar. Se trata de 18 mil hectáreas donde estarán instaladas las antenas, más 100 hectáreas para la construcción del centro de comando y otras dependencias y terrenos de servidumbre para la habilitación de caminos. Cubre un área de 10 kilómetros de superficie.

El presupuesto de inversión es del orden de los 550 millones de dólares, aportados principalmente por los consorcios Associated Universities Incorporated (AUI) de EE.UU. y European Southern Observatory (ESO).²⁹¹

El conflicto se presentó atendido que se emplaza dentro de una zona que comprendía demandas territoriales de las comunidades indígenas de Toconao y San Pedro de Atacama. Corresponde a lugares de tránsito de rutas troperas o de pastoreo y algunos sectores de carácter ceremonial. Se trataba de tierras fiscales las cuales se estudiaba la solicitud de transferencia por parte de las comunidades. Obviamente el concesionar la zona a terceros para un proyecto científico no es a la vez compatible con la demanda territorial indígena.

Se inició un largo proceso de negociación hasta que finalmente en enero de 2003 se firmó un acuerdo del que participaron la Comunidad de Toconao, el Municipio de San Pedro de Atacama, el Ministerio de Bienes Nacionales y la

²⁹¹ Ibid.

Intendencia de la II Región y en el cual la comunidad autorizó el proyecto.²⁹² En julio del mismo año se otorgó la concesión por 50 años de las 18 mil hectáreas que permitirán iniciar la construcción de este gran complejo. Finalmente los sitios no fueron cedidos a perpetuidad ni vendidos, y la concesión fue a título oneroso.

Aprobado A.L.M.A. se levantó inmediatamente un nuevo proyecto, denominado Parque Astronómico Atacama. La idea es atraer el interés de otros consorcios del rubro astronómico, en un área de 45 mil 500 hectáreas en la Pampa Chajnantor, aledañas a las 18 mil del proyecto A.L.M.A.

En el proceso, el Gobierno Regional de Antofagasta negoció arduamente con las comunidades atacameñas que, al igual que en el caso del Proyecto A.L.M.A., reclamaban para sí estos terrenos considerados de sus ancestros. Esta vez la negociación estuvo a cargo del Consejo de Pueblos Atacameños, asociación indígena que agrupa a todas las comunidades indígenas atacameñas. Se terminó por acceder con la condición de tener voz y voto en las mesas de trabajo para analizar los futuros proyectos y el cómo aportarán estos a las comunidades locales.²⁹³

²⁹² LA ESTRELLA del Loa. 20 de enero de 2003.

²⁹³ EL MERCURIO de Santiago. 8 de febrero de 2005.

Entregada la autorización por el Consejo de Pueblos Atacameños el Comité Concesional de la Región de Antofagasta, encabezado por el Ministerio de Bienes Nacionales, aprobó la transferencia gratuita de esta zona a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, CONICYT.

En septiembre de 2005 se ha inaugurado la primera de las 64 antenas del Proyecto A.L.M.A., el que estará plenamente operativo recién en el 2011.

4.8.4 Derechos de Agua sobre el Río Toconce

A partir del año 1994 la CONADI apoyó económicamente a las diversas comunidades atacameñas para efectos de proceder a la regularización de los derechos de agua de las mismas. Entre las comunidades beneficiadas se encontraba la del poblado de Toconce, que se ubica aproximadamente 100 kilómetros al oriente de Calama, en una zona que hoy es conocida como "Alto El Loa". Sus habitantes se dedican a la agricultura, utilizando el método de terrazas de cultivo. En dicho poblado se encuentran las principales abducciones de agua potable de la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta, ESSAN S.A. que surten el consumo de las ciudades de Calama y Antofagasta. No toda el agua captada por ESSAN S.A. se destina al consumo humano pues además queda un excedente el que es vendido a CODELCO División Norte.

La comunidad de Toconce inició en el año 1995 un procedimiento judicial de regularización de derechos de aguas, amparándose en la conjunción armónica de diversas disposiciones legales y constitucionales, a saber:

- (a) El artículo 3° transitorio, en su inciso segundo, de la Ley 19.253 que señala "Igualmente, la Corporación -CONADI- y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley".

La citada norma implica un reconocimiento explícito de derechos de aguas de "propiedad ancestral" de dichas comunidades. Asimismo, confiere la titularidad de dichos derechos a las "comunidades".

- (b) El artículo 19 N°24 de la Constitución, que en su inciso final señala "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituídos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Mediante esta norma se otorga reconocimiento y plena validez no sólo a los derechos de agua "constituídos" por acto de

autoridad, sino que también a los usos consuetudinarios de agua, en cuanto se refiere a los "derechos reconocidos de acuerdo a la ley". ²⁹⁴

(c) El artículo 2° transitorio del Código de Aguas que posibilita la regularización de los derechos de agua cumpliéndose los requisitos de uso ininterrumpido, libre de violencia y clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno ²⁹⁵ y,

(d) El artículo 7° del DL 2.603 que reputa del derecho de aprovechamiento a quien actualmente se encuentra haciendo uso efectivo de las aguas.

²⁹⁴ "Ello revierte, de alguna manera, la situación de subordinación del derecho consuetudinario indígena al derecho positivo estatal. Ciertamente, a través de la Ley Indígena el ordenamiento jurídico reconoció la legitimidad de los usos consuetudinarios de aguas de las comunidades aymaras y atacameñas, dándoles la categoría de derechos, de tal suerte que aunque estas comunidades carezcan de títulos concesionales otorgados por la autoridad, ya no son simples usuarias de aguas, de facto, al margen de la ley o como quiera llamárselas. Ahora, por el sólo ministerio de la ley, son dueñas ancestrales de derechos de agua 'reconocidos de acuerdo a la ley' ". CUADRA, Manuel. Op. cit. p. 99.

²⁹⁵ El artículo 2° transitorio dispone: "Art. 2°. Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;

b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1°, del Título I, del Libro II, de este código;

c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y

d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural".

La Comunidad de Toconce, basándose en lo dispuesto en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, solicitó la regularización judicial e inscripción a su nombre de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 100 litros por segundo del río Toconce, los que se extraen en cuatro bocatomas distintas: Entrega Essan, Media Quebrada, El Potrero y El Patillón.

A la solicitud la empresa ESSAN S.A. presentó oposición, fundada en el hecho de ser propietaria, desde el año 1986, de derechos de aprovechamiento debidamente inscritos por un caudal de 470 litros por segundo. En su fundamentación agregan que el artículo 3º transitorio de la ley 19.253 ha de interpretarse armónicamente en relación con el artículo 64 del mismo cuerpo legal que señala que "Serán considerados bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas".

El fallo de primera instancia, de julio de 2002, acogió la solicitud de regularización de la Comunidad de Toconce, pero sólo por un caudal de 30 litros por segundo. Tal sentencia fue apelada por ambas partes. El fallo del tribunal de alzada, de enero de 2003, confirmó la resolución, pero con la

declaratoria de que los derechos que se regularizan serán por un caudal de 100 litros por segundo, acogiendo la totalidad del caudal que la comunidad solicitó regularizar.

Contra esta resolución Essan S.A. recurrió de casación de forma y de fondo. El recurso de casación en la forma fue declarado inadmisibile. El de fondo fue declarado admisible y se acogió a tramitación.

Para los recurrentes, el procedimiento de regularización del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, posibilita un mecanismo de prescripción especial. La prescripción, para que opere como modo de adquirir el dominio, requiere tener la calidad de poseedor. No es posible invocar a la vez la calidad de poseedor, para regularizar vía artículo 2º transitorio del Código de Aguas, y a la vez la de dueño que se invoca fundado en el artículo 3º transitorio de la Ley indígena. O se es poseedor o se es dueño, pero no se pueden invocar ambas calidades.

Añaden además que nunca se ha hecho un uso efectivo del caudal regularizado, 100 litros, que la comunidad no cuenta con más de 25 familias, y que dicho caudal sería suficiente para surtir de agua potable a toda la ciudad de Tocopilla.²⁹⁶

²⁹⁶ Con 24.985 habitantes de acuerdo al censo de 1992. Fuente I.N.E.

En la sentencia la Corte Suprema primeramente ratificó que la Comunidad de Toconce ha usado ancestralmente las aguas del río del mismo nombre, a vista y paciencia de todo el mundo, incluido Essan.

“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”.²⁹⁷

A continuación se pronuncia respecto de la disponibilidad del recurso, dando por sentado que existe un caudal suficiente para que puedan coexistir ambos derechos, alcanzando incluso para que Essan venda excedentes a una empresa minera. Sobre este punto volveremos más adelante. Además atribuye a la acción de Essan S.A. el despoblamiento de la zona.

²⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4.064, del 22 de marzo de 2004, Considerando segundo, letra (e).

“Los elementos probatorios acompañados al proceso, especialmente el informe técnico de visita inspectiva de fojas 2, del Director Regional de Aguas, señalan que ambos derechos pueden coexistir, toda vez que existe disponibilidad suficiente del recurso en los puntos de captación, teniendo en cuenta que siempre se respetaron y se respetarán los derechos ya constituidos por la ex Sendos hoy Essan S.A.; informe que fue reconocido y ratificado por su autor”.²⁹⁸

“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”.²⁹⁹

En seguida, y lo que constituye la parte más importante del fallo, la Corte Suprema reconoce que el uso ancestral de aguas tiene pleno valor jurídico, constituye propiedad, no puede considerarse ilegal, aún cuando no exista un título concesional. Es decir da pleno valor al régimen de propiedad indígena de las aguas, fundado en el derecho consuetudinario.

“Que sobre la base de los elementos de hecho antes reseñados, los sentenciadores concluyeron que es imposible calificar como ilegal el uso de las

²⁹⁸ Ibid. Considerando segundo, letra (f).

²⁹⁹ Ibid. Considerando segundo, letra (h).

aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, agregaron, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico”.³⁰⁰

Finalmente, vuelve a dejar en claro que el procedimiento del artículo 2º transitorio del Código de Aguas no tiene el carácter de constitutivo sino meramente declarativo.

“El procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos. Por esta razón determinaron que la demandante era dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley, por así disponerlo el artículo 3º transitorio de la ley N°19.253”.

La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se

³⁰⁰ Ibid. Considerando tercero.

pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador.

Del análisis de esta sentencia podemos hacer algunos comentarios:

1.- Efectivamente el fallo reconoce que los "derechos de propiedad ancestral" de las comunidades indígenas son derechos de dominio, exigibles y oponibles. Este desglose jurídico comprende 2 afirmaciones:

- (a) Que el mecanismo contemplado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas es declarativo y no constitutivo de derechos, validando de este modo todo el proceso de regularización de aguas de las comunidades atacameñas en la segunda región, interpretación que por lo demás ya había sido aceptada en los Juzgados de Letras y Corte de Apelaciones, y
- (b) Que los "derechos de propiedad ancestral" constituyen pleno dominio, no siendo incorrecto ni incongruente usar tal expresión. El máximo tribunal señala "es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de practicas consuetudinarias."³⁰¹

³⁰¹ Nótese las coincidencias con lo expresado por la Corte Interamericana en el caso Awas Tingni, que en el párrafo 151 de la sentencia señaló: "el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la

2.- Reconoce una solución de continuidad entre la comunidad como una realidad sociohistórica con la que se constituye luego de promulgada la ley indígena. Ello por cuanto cabía una pequeña posibilidad de que hubiera sido reconocido el argumento de que la "comunidad indígena", como sujeto de derecho, sólo puede existir con posterioridad a la implementación de la ley indígena y que siendo así no pudiera darse efectivamente una "propiedad ancestral". La redacción del artículo 64 daba pie para suponer ello al hablar de la "comunidad indígena establecida por esta ley".³⁰² (El espíritu de la ley por lo demás estaba por esta interpretación con solución de continuidad al usar justamente la expresión propiedad ancestral).

3.- Valida el mandato legal del artículo 3° transitorio de la ley indígena que habla de protección, constitución y restablecimiento de derechos de aguas.

4.- Con la cantidad de agua reconocida permite plantearse la alternativa de revertir el proceso de despoblamiento de Toconce, que justamente había ocurrido por la falta de agua en cantidad suficiente. Más aún, puede permitir

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".

³⁰² El inciso 1° del artículo 64 de la Ley Indígena señala que "que deberán protegerse las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Se considerarán bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas".

que la comunidad entregue el recurso a comunidades aguas abajo con la misma finalidad.

5.- Por otro lado, sin embargo, la resolución de la Corte Suprema deja algunas interrogantes. ¿Cual es el alcance de la expresión "sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas" usada en el artículo 64? Esa frase está en la ley por alguna razón, para salvaguardar un determinado interés, no puede ser una simple expresión decorativa. La ley indígena ha permitido la coexistencia de derechos basados por una parte en los mecanismos concesionales de la legislación nacional y a la vez en los usos ancestrales indígenas, y -en este último caso- existe la restricción impuesta por la citada frase.

Estimamos que esa expresión -y analizando los propios argumentos dados en el fallo del caso Toconce- alude a una circunstancia de hecho: la disponibilidad suficiente del recurso hídrico. Es decir "sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito..." conlleva:

1° Que no será desconocido el derecho de otros propietarios.

2° Que, en situación de suficiencia del recurso hídrico, ambos derechos pueden existir plenamente.

3° Que, en situación de insuficiencia del recurso hídrico, podríamos tener dos interpretaciones:

i.- Sólo podrían regularizarse derechos en la medida que la disponibilidad del agua lo permitiera. En el momento que el agua indígena regularizada afectara derechos inscritos, tendría que limitar su caudal sólo hasta ese volumen, pues involucraría perjuicio a estos derechos inscritos.

ii.- Ambos derechos pueden coexistir: Si el uso es "ancestral" quiere decir que cronológicamente es anterior al que tiene el particular, pero no por ello se desconoce la concesión o permiso dado a este último, aún cuando el caudal no fuera el suficiente. A su vez, por el hecho de ser ancestral tampoco podría negarse a la comunidad su regularización argumentando el agotamiento de la cuenca; en este último caso la "ancestralidad" denota un uso hecho ya de mucho antes a la actual situación del río, y en ese caso lo que queda es someterse a las restricciones que a futuro impusiera la ley en una situación de este tipo.³⁰³ Nos inclinamos por esta última interpretación.

³⁰³ Como aquellas previstas en la reciente modificación del Código de Aguas mediante la ley 20.017, especialmente el nuevo Título X que acuña el concepto de "caudal ecológico mínimo".

6.- Una última observación es plantearse si cabe la posibilidad de una aplicación extensiva del fallo, a otros pueblos indígenas de Chile, en el entendido que el término propiedad ancestral sólo se ocupó en la ley para las comunidades aimaras y atacameñas. ¿Existen aguas de "propiedad ancestral mapuche" por ejemplo? En el hecho, seguramente sí. En el derecho, aún cuando se reconoce la eficacia del artículo 2° transitorio del Código de Aguas como el mecanismo idóneo para procesos regularizatorios -perfectamente aplicables con otros pueblos- nos vemos obligados a reconocer que ni la ley indígena ni este fallo pudieran dar pie para extender el concepto de "propiedad ancestral" más allá del uso que le han dado y que por tanto en tal situación habría que invocar su protección a la luz de la evolución del derecho internacional.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos tenido ocasión de hacer una revisión histórico-jurídica de los derechos territoriales indígenas en el plano internacional y en la realidad de nuestro país.

En esta revisión se constata que la legislación chilena dista mucho de encontrarse acorde a la realidad latinoamericana y lejos aún de cumplir los estándares internacionales en esta materia.

Estos últimos están pasando de ser meras aspiraciones a una realidad concreta, gozando de un reconocimiento efectivo, y más aún con la calidad de derechos humanos, de la mano de la judicatura internacional.

Comparándose con la legislación de los países latinoamericanos, Chile aún no ha dado un reconocimiento constitucional a la existencia de los pueblos indígenas. Tampoco, pese a que se suscribió, no ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El reconocimiento constitucional y la ratificación de dicho tratado internacional otorgarían las herramientas jurídicas para que, dentro del derecho interno, los pueblos indígenas pudieran cambiar la realidad actual de indefensión en la que se encuentran. Los actuales

conflictos y desadecuaciones de la ley indígena con la legislación minera, de aguas o medioambiental, por nombrar algunas, pudieran desde ya ser resueltos, a favor de los pueblos indígenas, con la reforma constitucional y la ratificación antes indicadas.

Una eventual ratificación del Convenio 169 de la OIT va a generar en todo caso un problema jurídico y político. Jurídico, por cuanto despejada desde ya por el Tribunal Constitucional una inconstitucionalidad ipso facto de las disposiciones del Convenio, las que se incorporan como derecho vigente a nuestro ordenamiento, surgirá la obligación para el Estado de Chile de adecuar su legislación interna en aras de un cumplimiento de buena fe de dicho tratado; político por cuanto se ve que no existen los consensos para efectuar dichas modificaciones, lo que no obsta a que los pueblos indígenas, en uso de las propias herramientas que entrega este Convenio y las que proporciona el Sistema Interamericano de Derechos Humanos decidan eventualmente hacer uso de los mecanismos de denuncia frente a la violación de sus derechos, amparándose en un instrumento plenamente vigente.

Mirando el panorama actual en lo que concierne al actuar estatal, y en especial de la CONADI en la zona, puede evaluarse en general como positivo, siendo una instancia generadora de convenios, proyectos y planes de saneamiento de tierras y derechos de aguas para las comunidades indígenas.

Con todo, aquí, como en todo Chile, la CONADI está pagando el costo de ser un organismo que representa primeramente los intereses del Estado y después los de los pueblos indígenas. Mientras se presenten conflictos con terceros ajenos al Estado, CONADI dará su mayor respaldo en defensa de los intereses de las comunidades atacameñas, pero en cuanto las críticas sean dirigidas a otras instituciones públicas, como el Ministerio de Bienes Nacionales, o a empresas en que el Estado tiene participación, no puede actuar con igual vehemencia.

La realidad del proceso de transferencia de tierras hacia las comunidades indígenas atacameñas evidencia que este se ha llevado a cabo con lentitud. Una lentitud que ha pasado el plazo de espera prudente -justificable por la necesidad de "hacer bien las cosas"-. Sin duda parte de esta demora obedece a falta de recursos; también a la centralización de algunas reparticiones públicas. Como botón de muestra, durante el pasado gobierno, se suprimió la Oficina Provincial de Bienes Nacionales en El Loa, radicándose todo en la Seremía de Bienes Nacionales, distante a 200 kilómetros de Calama, y a muchos más de los principales poblados atacameños. A ello se añade la existencia de conflictos por superposiciones territoriales entre comunidades. Sin embargo, creemos que ello no ha de ser un argumento esgrimible a fin de explicar la demora o derechamente el rechazo a solicitudes de transferencia de tierras fiscales para las comunidades atacameñas.

En este sentido CONADI ha de tener una actitud más decidida; su actuar "políticamente correcto" de no resolver conflictos territoriales entre comunidades atacameñas ha generado una situación de desprotección genérica a tierras que, sean entregadas a una u otra comunidad, tienen el carácter de indígenas. CONADI cuenta con las atribuciones legales y la capacidad técnica para dirimir estos conflictos. Creemos que es mejor que arriesgue a granjearse alguna animadversión y que las tierras tengan finalmente una titularidad indígena a que, por esta renuencia, queden las tierras en desprotección y mientras tanto pedimentos mineros y solicitudes de concesión de derechos de agua efectuados por particulares sigan su tramitación sin posibilidad que se analice la variable indígena y que las comunidades afectadas se opongan, precisamente por no ser dueñas de las tierras.

CONADI culpa a las comunidades por la incapacidad de éstas de ceder posiciones y llegar a acuerdos mutuamente beneficiosos. Creemos que en este caso la ley indígena, al establecer distintas categorías de tierras indígenas, justamente para el caso atacameño, -individual, comunal y patrimonial- otorga a la CONADI la posibilidad de recomendar el traspaso de las tierras en conflicto bajo la calidad de "patrimonial".

Por lo demás, si la recomendación de la CONADI fuera equivocada, siempre cabe la posibilidad de reclamación administrativa y/o judicial a fin que la comunidad que se considere afectada haga valer sus derechos.

Estas distintas formas de propiedad indígena estimamos beneficioso que se extiendan hacia todos los pueblos indígenas de Chile, a través de la respectiva modificación de la Ley 19.253. En la actualidad, y no solo como una realidad local chilena, uno de los problemas en los sistemas de titulación de tierras indígenas es la ausencia de cualquier forma intermedia de títulos entre la forma colectiva y la individual.³⁰⁴ En el caso chileno, se presentan como alternativas contrapuestas: o se entregan títulos individuales -como acaeció durante el régimen militar- o se entregan títulos colectivos. Esta posibilidad de que existieran para todos los pueblos tierras individuales, comunales y supracomunales facilitaría que las limitaciones al dominio, conducentes y concebidas finalmente como herramientas que aseguran la supervivencia del pueblo como un colectivo, se mantuvieran respecto de la propiedad comunal o patrimonial y se levantaran respecto de la propiedad individual. No debemos desconocer que las limitaciones al dominio actualmente existentes han desincentivado, al menos en la segunda región, que los particulares inscriban sus títulos en el registro de tierras indígenas.

³⁰⁴ PLANT, Roger y HVALKOF SOREN. Op cit. p.78.

En momentos de imprimir este trabajo se ha publicado en la prensa local el anuncio de la primera compra de tierras hecha por el Estado de Chile a un particular para restituir pueblo lickanantay. Tal compra beneficia a las comunidades de Quitar, Sólcor, Coyo, Séquitor, Larache, Catarpe, Cúcuter, Sólcor y San Pedro de Atacama quienes compartirán la propiedad sobre un oasis de 37,9 hectáreas, adquirido en 970 millones de pesos por la CONADI, y que abarca un camping turístico llamada Pozo 3 y un paño de cultivo conocido como Alana.³⁰⁵ Tres meses atrás, se había anunciado la entrega de 38.000 nuevas hectáreas a distintas comunidades atacameñas, lo que hace un total, hasta junio de 2006, de casi 143.000 hectáreas traspasadas por la vía del DL.1939. Es de esperar que la lentitud de los traspasos de tierras sea un hecho que se revierta, pues estimamos que en lo respecta a transferencias de tierras fiscales a comunidades atacameñas, están en estos momentos dadas las condiciones para impetrar una demanda contra el Estado de Chile en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fundada en la ineffectividad de los procedimientos y que se refleja en no respetar el principio del "plazo razonable", siendo solo cuestión de tiempo que una decisión de ese tipo finalmente se tome, lo que creemos no ha ocurrido principalmente por el temor a perder la ayuda estatal que los distintos programas asistenciales entregan.

³⁰⁵ EL MERCURIO de Calama, viernes 27 de octubre de 2006.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA, María Luisa. El estado y la tierra indígena en las regiones autónomas: el caso de la comunidad mayagna de awas tingni, Nicaragua. En: ASSIES, WILLEM, G. VAN DER HAAR y ANDRE HOEKEMA (Eds.). El reto de la diversidad, pueblos indígenas y reformas del estado. México, Colegio de Michoacán, 1999. [en línea] <<http://geocities.com/alernat/f2b-MLCosta.htm>> [consulta: 01 de abril 2004].
2. ANTECEDENTES geográficos y culturales de los atacameños. [en línea] <<http://www.serindigena.cl/territorios/atacameno.htm>> [consulta: 20 diciembre 2003].
3. ASSIES, Willem. La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano. [en línea] <<http://www.alertanet.org/dc-willem-dhyi.htm>> [consulta: 20 noviembre 2003].
4. AYLWIN Oyarzún, José. El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América latina: un estudio de casos. CEPAL - Serie Desarrollo Productivo. 128, v.1 y v.2, julio-agosto 2002.
5. AYLWIN Oyarzún, José. Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una mirada histórico-jurídica. En: MORALES, Roberto (Comp.) Territorialidad Mapuche en el siglo XX. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera. Temuco. Ediciones Escapate, 2002. pp. 121-175.
6. AYLWIN Oyarzún, José y YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. Informe en Derecho. En: Comunidad atacameña de Toconce con Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. , Recurso de Casación de Fondo, Rol Corte Suprema 986-2003.
7. AYLWIN Oyarzún, José y YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Santiago, LOM, 2004. 182 p.
8. BARROS Jarpa, Ernesto. Derecho Internacional Público. 3ª ed. Santiago, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 1945. 423 p.
9. BELLO, Alvaro. Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones. En: AYLWIN, José (Editor), Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias internacionales y contexto chileno, Temuco, 2004, Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de La Frontera, pp. 96-111.

10. BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. 377 p.
11. BENGOA, José. La Emergencia Indígena en América Latina. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2002, 341 p.
12. BERÁSTEGUI, Rafael. Africa al Sur del Sahara: Recuento e Hipótesis. Diplomacia, (83) : 66 – 69. Santiago de Chile, abril-junio 2000.
13. BIBLIA de Jerusalén. Nueva edición totalmente revisada y aumentada, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1992. 1836 p.
14. BONFIL Batalla, Guillermo. El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización. En su: Obras Escogidas de Guillermo Bonfil, México D.F., Instituto Nacional Indigenista, 1995. pp. 467-480.
15. BRAVO Lira, Bernardino. Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, 373 p.
16. BRONSTEIN, Arturo S. Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América latina: síntesis de una evolución y temas para reflexión. [en línea]. < www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm> [consulta 20 noviembre 2003].
17. CALLA Ortega, Ricardo y MOLINA Barrios, Ramiro. Los pueblos indígenas y la construcción de una sociedad plural. Cuadernos de Futuro, (5): 3 – 23, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), La Paz, Bolivia, 1999.
18. CAMARA de Diputados de Chile. Sesión 37ª , martes 7 de septiembre de 1999.
19. CASTRO, Victoria. Atacama en el tiempo. Territorios, identidades, lenguas. Anales de la Universidad de Chile. Sexta serie. , (13): 27-70, agosto 2001.
20. CASTRO, Victoria y MARTINEZ, José Luis. Poblaciones indígenas de atacama. En: HIDALGO, Jorge et. al. Etnografía. Sociedades indígenas contemporáneas y su ideología. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, pp. 69 – 109.
21. CICA Ingenieros Consultores. Estudio de Impacto Ambiental. Proyecto Suministro, Construcción y Operación Aducción de Agua Pampa Puno. Resumen Ejecutivo. Codelco Chile – División Codelco Norte. Enero 2005. 30 p.

22. COLMENARES Olivar, Ricardo. El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en Venezuela. Revista Cenipec. (21): 185-217, enero-diciembre 2002.
23. CONVENCION para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América. Organización de Estados Americanos (OEA). 1940. [en línea] <http://www.conama.cl/portal/1255/fo-article-26045.pdf> [consulta: 24 noviembre 2003].
24. CONVENIO 169. Convenio internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. [en línea] <http://www.conadi.cl/web/images/conveniooit.pdf> [consulta: 24 noviembre 2003].
25. CORTEZ, Liliana. “Principios y valores de la cosmovisión atacameña”, Seminario-Taller “Cosmovisión, Cultura y Derecho de los Pueblos Andinos” del Programa de Acceso a la Justicia de Calama. San Pedro de Atacama, 26 y 27 de mayo de 2003.
26. CUADRA Lizana, Manuel. Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. Estudios Atacameños, (19): 93-112, 2000.
27. CUARTO Congreso Chileno de Antropología: Los desafíos de la antropología: sociedad moderna, globalización y diferencia: 19 al 23 de noviembre 2001. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. [en línea] <http://rehue.csociales.uchile.cl/antropología/congreso/s2105.html> [consulta: 28 octubre 2003].
28. DAES, Erica-Irene A. Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Las Poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final. Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. E7CN.4.Sub.2/2000/25.
29. DE la deuda histórica nacional al reconocimiento de nuestros derechos territoriales. Identidad Mapuche Lafkenche de la Provincia de Arauco. Tirúa, mayo de 1999. [en línea] <http://www.mapuche.info/mapuint/lafken990600.html> [consulta: 7 diciembre 2003].
30. DIAZ Polanco, Héctor. Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios. México, Siglo XXI, 1991. 268 p.

31. DONOSO Rodríguez, Sebastián. Nuevas bases para una política indígena. [en línea] <http://www.revistarealidad.cl/2003/n71/politica4.htm> [consulta: 18 diciembre 2003].
32. DS 95/2001. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Diario Oficial. Santiago, 7 de diciembre de 2002.
33. EL MERCURIO de Calama. 19 de agosto de 2002.
34. EL MERCURIO de Calama, Domingo 22 de enero de 2006.
35. EL MERCURIO de Santiago. 8 de febrero de 2005.
36. ESTUDIO etnobotánico en una comunidad precordillerana de Antofagasta: Toconce por Carlos Aldunate, Juan Armesto, Victoria Castro, Carolina Villagrán. Boletín del Museo Nacional de Historia Natural, (38): 183-203, 1981.
37. EXPEDIENTE Comunidad Atacameña de Toconce con Essan S.A. Regulación de derecho de aprovechamiento de aguas. Segundo Juzgado de Letras de Calama. Rol N°4.060.
38. FELIPE Larraín, Análisis del informe de la Comisión Aylwin: "El riesgo es condenarlos a la pobreza". El Mercurio, Santiago, Chile, 9 noviembre, 2003. D-14.
39. EVALUACION crítica a 10 años de la ley indígena. José Aylwin y Nancy Yáñez del programa de derechos indígenas de la UFRO. El Siglo, Santiago, Chile. (252) diciembre, 2003.
40. FENWICK, Charles G. Derecho Internacional. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1963. 876 p.
41. GENTES, Ingo. Agua, poder y conflicto étnico. Legislación de recursos hídricos y reconocimiento de los derechos indígenas en los países andinos: importancia, obstáculos, perspectivas, y estrategias. Santiago, CEPAL, 2002, 151 p.
42. GENTES, Ingo. Agua y derecho colectivo en los Andes: en torno al reconocimiento de los derechos consuetudinarios indígenas de agua. [en línea] <http://www.aguabolivia.org.situaciónaguaX/IIIEncAguas/contenido/trabajos_azul/TC-046.htm> [consulta: 28 octubre 2003].

43. GENTES, Ingo. Estudio de la legislación oficial chilena y del derecho indígena a los recursos hídricos. [en línea] <<http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc/walir5.pdf>> [consulta: 11 enero 2006]
44. GOBIERNO de Chile. Política de Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Derechos Indígenas, Desarrollo con identidad y Diversidad Cultural. Mideplan. 16 de abril de 2004. [en línea] http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_168.pdf [consulta: 23 septiembre 2005]
45. GONZALEZ Galván, Jorge Alberto. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los Pueblos Indígenas y las Obligaciones de México con su ratificación. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XXXII (96): 857-871, septiembre-diciembre 1999.
46. GUIA de criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Gobierno de Chile, Comisión Nacional de Medio Ambiente. 2005. 86 p.
47. GUNDERMANN, Hans. Las organizaciones étnicas y el discurso de la identidad en el norte de Chile, 1980-2000. Estudios Atacameños, (19): 75-91, 2000.
48. GUNDERMANN, Hans. Las poblaciones indígenas andinas de Chile y la experiencia de la ciudadanía. En: Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos, H Gundermann, R. Foerster y J. I. Vergara (Eds.), Santiago, Ril Editores, PREDES - Universidad de Chile, pp. 9-104.
49. GUTIERREZ Espada, Cesáreo. Hacia un compendio de Derecho Internacional Público. Barcelona, PPU, 1991.
50. INDIGENAS: Confinados al inmovilismo y la pobreza. Cristián Larroulet y Ena Von Baer, Libertad y Desarrollo. El Mercurio, Santiago, Chile, 1 noviembre, 2003. A-2.
51. INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas. Santiago, La Nación, marzo de 2003.
52. INSTITUTO de Estudios Indígenas. Manual de Derechos Indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Universidad de La Frontera. Sin editar.

53. KRUKOSKI, Wilson. Fronteras y Límites [en línea] <<http://www.info.Incc.br/wrmkkk/artigoe.html>> [consulta: 20 noviembre 2003].
54. KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona, Paidós Ibérica S.A., 1996. 303 p.
55. LA ESTRELLA del Loa. 20 de enero de 2003
56. LE BONNIEC, Fabien. Las identidades territoriales o como hacer historia desde hoy día. En: MORALES, Roberto (Comp.) Territorialidad Mapuche en el siglo XX. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera. Temuco. Ediciones Escaparate, 2002. pp. 31-49.
57. Ley N°19.253. CHILE. Establece normas sobre protección y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación. Diario Oficial. Santiago, 5 de octubre de 1993.
58. Ley N°19.300. CHILE. Bases generales del medio ambiente. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Diario Oficial. Santiago, 9 de marzo de 1994.
59. LUCAS Sierra, Interpretación de la propuesta: “No hay que fosilizar a los indígenas”. El Mercurio, Santiago, Chile, 9 noviembre, 2003. D-14, D-15.
60. MACKAY, Fergus. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas. Lima, APRODEH, 1999, 457 p.
61. MARÉS, Carlos Frederico. Los indios y sus derechos invisibles. En: GOMEZ, Magdalena (Comp.). Derecho Indígena. México, INI, 1997. pp. 142-183.
62. MARTINEZ Sospedra, Manuel. Las comunidades autónomas (Notas sobre el Título VIII de la Constitución). En: Estudios sobre la Constitución española de 1978. España, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1980. pp. 435-447.
63. MONROY Licuime, José. Derechos de aprovechamiento de aguas, y costumbre de las comunidades indígenas de la segunda región: a la luz de la ley 19.145, 19.253 y tratados internacionales. Memoria de Prueba (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Antofagasta, Chile. Universidad Católica del Norte, Facultad de Derecho, 2002, 210 p.

64. NEF, Jorge. Los Procesos de Integración y la Globalización. Diplomacia (82): 11 - 18, enero – marzo 2000, Santiago de Chile.
65. NUÑEZ, Lautaro. Cultura y Conflicto en los Oasis de Atacama. Santiago, Editorial Universitaria, 1992, 276 p.
66. ORGANIZACION Internacional del Trabajo. (Equipo Técnico Multidisciplinario). Normativa constitucional indígena por países. [en línea] <<http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/refcons.htm>> [consulta: 29 diciembre 2003].
67. PEREZ GIL, Luis Vicente. El Consejo de Seguridad de la ONU y el conflicto del Sahara Occidental. Diplomacia, (82): 33 – 40, enero-marzo 2000, Santiago de Chile.
68. PLANT, Roger y HVALKOF, Soren. Titulación de tierras y pueblos indígenas. Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible), 2002, 86 p.
69. PROYECTO de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Organización de Estados Americanos. [en línea]. <http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_03/CP11570S04.doc> [consulta: 12 junio 2004].
70. PROYECTO de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas. Organización de las Naciones Unidas (ONU) E/CN/Sub.2/1994/Add.1(1996).
71. REAL Academia Española. Diccionario de la lengua española. 21ª ed. Madrid, Unigraf, 1994, Tomos I y II.
72. REFERENCIA S.A. Estudio Básico Investigación evaluativa de impacto ambiental en territorios indígenas. Informe final, v.1 y v.2, enero 2004.
73. RESTREPO, Gloria. Aproximación cultural al concepto de territorio. [en línea] <<http://www.banrep.gov.co/blaavirtual/letra-a/aprox/1.htm>> [consulta: 20 noviembre 2003].
74. ROJAS Rocagliolo, Gemma. Los derechos de los indígenas en el derecho internacional. Apunte de Clase para el Curso de Antropología y Derecho Consuetudinario Indígena. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, septiembre 2000.
75. SARTORI, Giovanni. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Taurus, Madrid, 2001. 144 p.

76. SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Awas Tingni contra Estado de Nicaragua. Disponible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_938985889/CE_79.DOC?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_938985889%2FCE_79.DOC

77. SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Yakye Axa contra Estado de Paraguay, disponible en http://64.233.161.104/search?q=cache:zLLd8m-tAi8J:www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1680586330/Yakye%2520Axa,%2520sentencia.doc%3Furl%3D%252FBibliotecaWeb%252FVarios%252FDocumentos%252FBD_1680586330%252FYakye%2BAxa%252C%2Bs+entencia.doc+sentencia+yakye+axa+paraguay&hl=es&gl=cl&ct=clnk&cd=9

78. SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad indígena Sawhoyamaya contra Estado de Paraguay, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

SEPULVEDA, Alberto. Globalización y orden mundial: un análisis político. *Diplomacia* (80): 50 - 56, julio – septiembre 1999, Santiago de Chile.

79. SIERRA, María Teresa. Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas. [en línea] <<http://www.memoria.com.mx/147/Sierra>> [consulta: 24 noviembre 2003].

80. SOLICITUD de reconocimiento ancestral. Comunidad indígena de Taira. Marzo de 2005.

81. SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. 576 p.

82. STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Derechos de los Indígenas: algunos problemas conceptuales. *Nueva Antropología*. 13(43): 83-99, 1992.

83. STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. *En*: AYLWIN, José (Editor). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias internacionales y contexto chileno. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, 2004, pp 15 – 28.

84. TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1991. 160 p.

85. TOLEDO Llancaqueo, Víctor. Derechos y Territorios. Bases para las políticas públicas y ciudadanía del pueblo mapuche. Temuco, 1998. 96 p.

86. TRESIERRA, Julio C. Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo. [en línea] <<http://www.rimisp.cl/boletines/bol7/doc3.pdf>> [consulta: 24 noviembre 2003].
87. TRIBUNAL Constitucional de Chile. Sentencia del 4 de septiembre de 2000. Rol N°309. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/rol_309_08_2000.html> [consulta: 23 julio 2004].
88. VALENZUELA R., Mylene. El caso Awas Tingni. Seminario-Taller "Cosmovisión, Cultura y Derecho de los Pueblos Andinos" del Programa de Acceso a la Justicia de Calama. San Pedro de Atacama, 26 y 27 de mayo de 2003.
89. VELASCO Ortiz, María Laura. Identidad cultural y territorio: una reflexión en torno a las comunidades transnacionales entre México y Estados Unidos. *Región y Sociedad*. 9(15): 105-130, 1998.
90. VON BAER, Ena. La Cuestión Mapuche. Raíces, situación actual y desafíos futuros; [en línea] <http://www.lyd.com/biblioteca/libros/ebook/cuestion_mapuche.pdf>, [consulta 11 noviembre 2003].
91. VON LISZT, Franz. Derecho Internacional Público. Versión de la 12ª ed. Alemana, Gustavo Gili, 1929, 712 p.
92. YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. La protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno. Memoria de Prueba (Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1990, 182h.
93. YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. El pueblo Lickanantay o Kunza. Temuco. Universidad de la Frontera, Programa de Derechos Indígenas. [200-].
94. YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. Sistematización y valoración crítica del estado de avance en el proceso de elaboración y aprobación de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA) y balance del proceso de ratificación del Convenio 169 de la OIT. Informe para la Secretaría Técnica del Fondo Indígena. Octubre de 2004, 45 p.

95. YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. [en línea] <http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm> [consulta: 23 noviembre 2003].

96. YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). [en línea] <<http://alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>> [consulta 20 noviembre 2003].

97. ZUÑIGA, Gerardo. Notas sobre la legislación y el debate internacional en torno a los derechos territoriales indígenas. Estudios Atacameños, (19): 175-188, 2000.