



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**LAS LEGISLACIONES AUSTRALIANA Y CHILENA EN
MATERIA INDÍGENA: UN ENFOQUE PARA ANALIZAR LAS
INSTITUCIONES ESTATALES EN EL MARCO DE LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Memoria para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Emilio Morales Schrader

Profesor Guía Óscar Dávila Campusano

Santiago, Chile

2018

Para mi familia y mis amigos.

Por nuestros sueños.

Para todo lector que defienda el pensamiento crítico universal.

Por una nueva historia.

Para contribuir a forjar mejores instancias de investigación y educación.

Por hacer cada vez más accesible el conocimiento.

Índice

Capítulo I. Objetivo del estudio	5
Capítulo II. El concepto de indígena	7
Capítulo III. El Derecho Internacional	9
III.A. El Convenio 169 de la OIT	16
III.B. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	24
III.C. La importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	28
Capítulo IV. La situación de los indígenas ante el Derecho australiano	32
IV. A. Tradición jurídica del <i>common law</i>	38
IV. B. La Constitución australiana	41
IV. C. La doctrina del principio de terra nullius: legitimación asimilacionista.....	46
IV. D. El progresivo derecho a los recursos de los pueblos originarios en Australia	49
IV. D. 1. El caso Mabo versus Queensland	53
IV. D. 2. Native Title Act de 1993.....	57
IV. D. 3. El caso del pueblo Wik.....	62
IV. D. 4. Native Title Amendment Act.....	64
IV. D. 5. El caso del pueblo Ngarrindjeri y el patrimonio cultural.....	66
IV. D. 6. El caso Ward	68
IV. D. 7. El pueblo Yorta Yorta	70
Capítulo V. Los indicadores socioeconómicos de la población australiana	73
Capítulo VI. La intervención del Estado en el Territorio del Norte	76

Capítulo VII. Informes de los Relatores Especiales de la ONU para Australia en materia indígena.....	80
VII. A. El primer informe del Relator Especial James Anaya	80
VII. B. El segundo informe de la Relatora Especial Victoria Tauli-Corpuz.....	86
Capítulo VIII. Breve descripción de la legislación chilena en materia indígena hasta la ratificación del Convenio 169	96
VIII. A. Legislación sectorial	106
VIII. B. La ley Indígena de 1993.....	111
VIII. C. El caso Ralco.....	120
Capítulo IX. Informes de los Relatores Especiales de la ONU sobre los indígenas en Chile	123
IX. A. El informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen (2004).....	123
IX. A. 1. La Comunidad Indígena Toconce	130
IX. B. El segundo Informe: Relator Especial James Anaya.....	131
Capítulo X. Participación y consulta indígena en Chile.....	138
X. A. Ratificación del Convenio 169 OIT	138
X. B. El Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación.....	143
X. C. El Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente.....	145
X. D. El Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social	149
Capítulo XI. La Ley Antiterrorista y las reivindicaciones de tierras	158
Capítulo XII. Los recursos marítimos: La Ley “Lafkenche” y la controversial reforma a la Ley de Pesca	164

Capítulo XIII. Derechos de agua de los pueblos indígenas de Chile.....	174
XIII. A. La Comunidad Atacameña Caspana	174
XIII. B. La reforma al Código de Aguas	177
Conclusiones	179
Bibliografía.....	193

Abstract

Históricamente, los pueblos indígenas han sido un grupo minoritario desfavorecido social, cultural y económicamente, en parte por un sistema deficiente de protección de sus derechos fundamentales. Las políticas asimilacionistas de los Estados modernos priorizaron legitimar su soberanía y su cultura por sobre las de los originales habitantes, sin tener en consideración sus instituciones. De esta forma, se han producido graves perjuicios en los modos de vida de las comunidades y en el vínculo tradicional de éstas con su entorno. Se han privilegiado los proyectos de desarrollo y las actividades extractivistas de recursos naturales, afectando territorios indígenas. La “modernización legislativa” en leyes sectoriales durante la dictadura militar chilena es tan sólo una muestra más de la consolidación y legitimidad de un modelo neoliberal de desarrollo sustentable que busca fomentar y asegurar la inversión privada.

Con el pasar de los años, el desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales ha sido el parámetro para limitar las instituciones que restringen los derechos colectivos de los pueblos originarios, amparados en los estándares reconocidos en diversos instrumentos internacionales por las naciones. A la luz de dichos estándares, lo que busca este trabajo es analizar la legislación actual chilena y sus instituciones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de sus pueblos indígenas. Para esto, realizaré un estudio comparado de las instituciones nacionales con las de Australia, país angloparlante que vislumbra progresivamente vías participativas de confección de políticas públicas en materia indígena, en el marco de la visita del año pasado de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la situación indígena al país oceánico. Siguiendo los estudios e informes de los anteriores Relatores Especiales se puede realizar un diagnóstico constructivo para la mejora en las instituciones de ambos países, con tal de asegurar la protección de los derechos de sus pueblos originarios.

Capítulo I. Objetivo del estudio

En el contexto actual de globalización, tanto Australia como Chile son países que sostienen un modelo económico de libre mercado sustentado en el uso, apropiación y explotación de sus recursos naturales, bajo estándares de preservación fijados y limitados por su legislación interna. Sin embargo, sus sistemas jurídicos obedecen a criterios y culturas jurídicas distintas, presentando como rasgo común, para efectos de este trabajo, una política de limitaciones al ejercicio de determinados derechos concernientes a sus pueblos originarios, grupos históricamente desfavorecidos cultural, social y económicamente, quienes mantienen una relación ontológica con su entorno, cuya legitimidad en el uso colectivo y tradicional de sus territorios y recursos, alejados de las concepciones occidentales de propiedad individual, se funda en el hecho histórico de generacionalmente ocupar estos espacios.

Dichas comunidades han pasado por procesos de conquista, colonización y asimilación, que han resultado en incontables violaciones a sus derechos fundamentales. Han debido alejarse de sus territorios tradicionales y trasladarse a los centros urbanos en torno a las prioridades de los Estados por impulsar un modelo industrializado en desmedro de una modernización o perfeccionamiento de los modos de vida rurales, en cuales los indígenas basan su modelo socioeconómico. Las consecuencias de estos traslados masivos las explica el profesor y ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen, indicando que *“Aun en los países desarrollados económicamente, la población indígena urbana acusa indicadores de bienestar social y desarrollo humano más bajos que el promedio de la población: carecen de atención social sistemática y están excluidos de las redes de protección que otros grupos sociales han logrado construir a lo largo de los años. En los países más pobres, la situación de los migrantes indígenas en las ciudades es particularmente difícil. Se hacinan en los tugurios y los arrabales más pobres,*

desprotegidos de toda atención social sistemática, excluidos de las redes y de los circuitos de protección que otros grupos sociales han logrado construir a lo largo de los años¹".

Es en torno a la imperiosa necesidad de reivindicar los derechos de los pueblos originarios de las naciones que surge el desarrollo de la disciplina de los derechos indígenas, producto del enraizamiento de las instituciones mundiales más importantes en materia de promoción y protección de los derechos humanos, buscando garantizar que tanto la legislación interna como los fallos jurisprudenciales y las políticas públicas de los Estados se adecúen a estándares exigibles internacionalmente.

El presente trabajo consistirá en un análisis histórico de las actuales leyes internas, políticas públicas e instituciones de Australia que tienen mayor relevancia en materia de derechos de los pueblos indígenas, para luego comparar las leyes, jurisprudencia y políticas estatales de Chile, tomando como baremo de estándares internacionales los informes de los Relatores Especiales de la Organización de Naciones Unidas sobre la situación de los Pueblos Indígenas, con el fin de tener una perspectiva ecléctica respecto a estas dos culturas jurídicas distintas y su manera de abarcar la problemática indígena.

¹ Tendencias y desafíos (2007). Rodolfo Stavenhagen. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007) sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. P. 149.

Capítulo II. El concepto de indígena

No existe una definición internacionalmente convenida de pueblos indígenas. Diferentes términos son usados en las legislaciones internas según la historia de los Estados con sus pueblos, como aborigen, nativo o primeras naciones, pero todas tienen que ver con nociones socioculturales que logran distinguir a estos individuos de otros integrantes de la sociedad en torno a la idea de ocupantes tradicionales a lo largo de generaciones de sus territorios, quienes comparten rasgos etnoculturales en común. Esta falta de definición universal, según Rodolfo Stavenhagen “*no debe impedir la acción constructiva de promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas*”². Los integrantes de estas comunidades se autoidentifican con una forma de vida y cultura relacionada estrechamente con sus territorios, la cual suele ser perturbada por las prácticas de los Estados a lo largo de la historia, quienes justifican su autoridad y normativa en torno a su soberanía territorial. Este criterio de autoidentificación ha sido el principal medio para el reconocimiento de pertenencia de los miembros de los pueblos originarios en sus comunidades.

La esfera de protección de los derechos fundamentales de los pueblos originarios debe tener en cuenta la relación espiritual que le asignan los pueblos indígenas a su entorno, territorios y recursos naturales, difiriendo significativamente del concepto occidental de propiedad que rige en el mundo actual. Especial atención deben tener también los Estados en priorizar el reconocer la diversidad cultural, el derecho de participación de los indígenas en toda decisión que les afecte, la capacidad de elegir sus propias instituciones y tener sus propios medios de organización representativos. La creación de una base jurídica internacional ha sentado las bases

² La situación de los pueblos indígenas (2002). Rodolfo Stavenhagen. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007)* sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. P. 38.

para un proceso de reconstrucción de la identidad y cultura indígenas que, no obstante, “*se encontrará con gobiernos que procurarán que ningún reconocimiento afecte el orden político o el modelo económico que la globalización requiere*”³. El rol homogeneizador de la población nacional a manos del Estado contrasta con la obligación internacionalmente exigible de garantizar estos derechos reconocidos.

³ Véase La Universalización de la condición indígena. Milka Castro. Revista Alteridades 2009, volumen 18, edición 35, pp. 21-32.

Capítulo III. El Derecho Internacional

El desarrollo de la disciplina de protección estatal de los pueblos originarios universalmente como sujetos colectivos de derechos es una iniciativa relativamente nueva. La Organización Internacional del Trabajo, institución triestamental creada en 1919 -compuesta por los Estados ratificantes, los empleadores y los trabajadores respectivos-, tomó la iniciativa respecto a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores indígenas. Dicha iniciativa no se consideró “desde la perspectiva de considerar a los pueblos indígenas como tales, sino que dentro de categorías más especiales, como en particular la de trabajadores agrícolas⁴”. Los Convenios N°50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (1936), el Convenio N° 64 sobre contratos de trabajadores indígenas (1939), y el Convenio N° 65 sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas (1939) serían los primeros esbozos de una reivindicación internacional necesaria con los pueblos originarios de las distintas naciones.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la OIT pasa a formar parte de la Organización de Naciones Unidas, tras lo que se designaría un Comité de Expertos para crear un convenio que proporcionara y reconociera íntegramente la protección a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. Iniciándose con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, una política de reconocimiento e imposición del deber de salvaguardar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana por parte de los Estados se cimentaba.

En cuanto al Comité de Expertos de la OIT, éste cumpliría con la elaboración del Convenio N°107 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas (26 de junio de 1957), pero las disposiciones que este instrumento contenía eran de una

⁴ Chile y el Convenio 169 de la OIT. Ricardo Hevia K. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2008. P. 53.

marcada tendencia individualista, y daban cuenta de una perspectiva asimilacionista de integración de los indígenas al mundo moderno, reconociéndolos como sectores menos avanzados de la sociedad, que debían desarrollarse en torno a la protección de ciertos derechos, sin consideración de su identidad ni formas de vida. A pesar de haber fracasado el concepto asimilacionista de la modernidad⁵ contenido en este Convenio, dicho principio todavía permanece vigente en los Estados que, habiéndolo ratificado, no han ratificado a su sucesor, el Convenio N°169. Debe destacarse que ni Australia ni Chile ratificaron el Convenio N° 107.

El reconocimiento Internacional efectivo de los derechos y libertades fundamentales se realizaría años más tarde, el 16 de diciembre de 1966, con la adopción conjunta en la Asamblea General de las Naciones Unidas del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷, y la adopción el 4 de enero de 1969 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁸, con tal de rechazar tajantemente las situaciones de marginación social a nivel internacional por razones étnicas o raciales.

Ambos Pactos Internacionales inician con la frase “*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación*”, dado el contexto político en el marco de las luchas

⁵ Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. André J. Hoekema. P. 64.

⁶ Este instrumento fue ratificado el 10 de febrero de 1972 por Chile, y el 13 de agosto de 1980 por Australia. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en

⁷ Este instrumento fue ratificado el 10 de febrero de 1972 por Chile, y el 10 de diciembre de 1975 por Australia. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en

⁸ Este instrumento fue ratificado el 20 de octubre de 1971, y en Australia el 30 de septiembre de 1975. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en

por la descolonización de los años de la posguerra el que se redactaron⁹. El término “pueblo” es un término vago, que podría aplicarse a clan, tribu, etnia, nacionalidad o Estado-nación, “*sin embargo, en el derecho internacional actual ha adquirido especial importancia por aparecer ligado al derecho de autodeterminación*”¹⁰. Estos instrumentos, de una u otra manera, desarrollan la idea de que el pleno ejercicio de los derechos individuales –reconocidos por la comunidad internacional- pasa necesariamente por el reconocimiento simultáneo de los derechos colectivos de las comunidades en que éstos forman parte. El Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos reconoce los derechos de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas en su artículo 27, en tanto que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluye el derecho a la vivienda y a la alimentación¹¹, educación¹², salud¹³, y al empleo¹⁴, reconociendo además el principio interpretativo de no menoscabar derechos inherentes de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales¹⁵.

Suele hacerse la distinción entre los derechos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles y políticos en torno a las obligaciones positivas exigibles al Estado en base a los primeros, limitados por el presupuesto del erario público, en contraste a las obligaciones negativas y deberes de abstención estatal que imponen los segundos. Dichas concepciones están “*basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con*

⁹ Reconociendo que se hacía difícil el ejercicio de los derechos individuales si los pueblos se encontraban colectivamente *sojuzgados*. Véase Los derechos indígenas: algunos Problemas Conceptuales. Rodolfo Stavenhagen. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 15. P. 133-134. Disponible en <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/170111stavenhagen.pdf>

¹⁰ Del Estado homogéneo al Estado plural. Luis Villoro. P. 15.

¹¹ PIDESC. Artículo 11.

¹² PIDESC. Artículo 13.

¹³ PIDESC. Artículo 12.

¹⁴ PIDESC. Artículo 10.

¹⁵ PIDESC. Artículo 25.

*la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa*¹⁶. Estas nociones obstaculizan la exigibilidad ante los tribunales nacionales del cumplimiento de las obligaciones estatales, cayendo en la labor interpretativa del reclamante la posibilidad de hacer efectivos sus derechos. De acuerdo a Abramovich y Courtis, en torno al mandato del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de no discriminar en el ejercicio de estos derechos, es que *“no existe derecho económico social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación*¹⁷”.

El profesor Stavenhagen señala que *“El principio básico que subyace a la concepción moderna de los derechos humanos es el de su universalidad, que a su vez significa los principios de igualdad entre todas las personas y de no discriminación por motivo alguno, sobre todo en lo que se refiere a género, raza, lengua, origen nacional y religión. (...)Recuérdese que en fechas tan recientes como los años cincuenta los pueblos colonizados de África, Asia y el Caribe no disfrutaban de los mismos derechos que los ciudadanos de los imperios colonizadores; que en Estados Unidos los derechos civiles de los negros (ahora conocidos como Afro-Americanos) no fueron plenamente conquistados sino hasta los sesentas; que el apartheid (negador de derechos humanos) sigue vigente en África del Sur (aunque en proceso de disolución); que la noción misma de ‘derechos humanos’ no es aceptada en algunas teocracias islámicas de la actualidad. Y si bien el holocausto y el genocidio de los gitanos (sic) por parte de los nazis merece un capítulo histórico aparte, no han faltado en la posguerra mundial las matanzas, la represión o las*

¹⁶ Los derechos sociales como derechos exigibles. Victor Abramovich y Christian Courtis. P. 23. Editorial Trotta.

¹⁷ Los derechos sociales como derechos exigibles. Victor Abramovich y Christian Courtis P. 47. Editorial Trotta.

*expulsiones territoriales de grupos específicos de personas por motivos étnicos, raciales, religiosos o nacionales.*¹⁸

El desarrollo de varios principios del derecho internacional quedaría plasmado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, vigente desde el 27 de enero de 1980¹⁹, donde los Estados-parte reconocen obligaciones tan importantes como la de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor²⁰, el cumplimiento de buena fe de los tratados ratificados²¹, y la imposibilidad de justificar el incumplimiento de un tratado ratificado invocando disposiciones de derecho interno²². De esta manera se amplió la perspectiva interpretativa de la voluntad de los Estados ratificantes de tratados internacionales en torno al cumplimiento de sus objetivos.

Retornando al Convenio 107, éste sería sometido a revisión parcial en 1985. Dicho proceso culminaría con la aprobación por parte de la Conferencia General de la OIT del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes

¹⁸ Los derechos indígenas: algunos Problemas Conceptuales. Rodolfo Stavenhagen. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 15. P. 124. Disponible en <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/170111stavenhagen.pdf>

¹⁹ Este instrumento fue ratificado por Australia el 13 de junio de 1974, y por el Estado chileno el 9 de abril de 1981.

²⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

de la OIT, el 27 de junio de 1989. Este instrumento reconoce en sus considerandos fundacionales 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 la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad, y a la cooperación y comprensión internacionales.

El Convenio 169 contiene el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como colectividades, en contraste al enfoque liberal individualista de los derechos humanos. Dentro del contexto de los derechos que pertenecen a categorías específicas de la población como niños, mujeres, ancianos, trabajadores, migrantes, minusválidos, refugiados²³, es que el Convenio da paso a la idea de ‘derechos étnicos’, vinculados a comunidades de culturas no necesariamente ligadas a un territorio soberano, contrastando con el Estado-nación moderno que impone un orden sobre la compleja diversidad de las sociedades que lo componen²⁴, cuyo concepto *“surge entonces como referente obligado para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante”*²⁵. De esta manera el derecho internacional equilibraría la balanza, imponiéndole obligaciones a los distintos países, marcando directrices

²³ Los derechos humanos básicos universales, en palabras del profesor Stavenhagen, no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos en todas las instancias si no se disfrutan, ejercen y protegen simultáneamente los derechos “periféricos” específicos de las categorías mencionadas.

²⁴ Véase Del Estado homogéneo al Estado plural. Luis Villoro, pp. 18-20.

²⁵ Los derechos indígenas: algunos Problemas Conceptuales. Rodolfo Stavenhagen. Revista IIDH, volumen 15. P. 126. Disponible en <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/170111stavenhagen.pdf>

claras respecto a sus ordenamientos jurídicos internos, quienes hasta ese momento tenían la primera palabra al momento de confección de políticas públicas que pudieran afectar a los pueblos indígenas. Otros instrumentos relevantes para la protección y garantía de derechos fundamentales de los indígenas son la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro (1992).

III.A. El Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT recibe inspiración de los instrumentos internacionales ratificados por la Organización de Naciones Unidas, brindándole a los habitantes originarios de los países un reconocimiento integral de sus modos de vida, su cultura, su libre determinación y sus recursos, señalando en sus considerandos fundacionales que “*en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión*”. Esta erosión es claramente producto de la tarea estatal de homogeneización poblacional, primándose ciertamente el desarrollo económico y estabilidad política en desmedro de necesidades de grupos minoritarios quienes, en este caso, irónicamente eran mayoría hasta antes del hito colonizador.

A diferencia de la integración propuesta por el Convenio 107, este instrumento internacional sienta las bases para que los pueblos indígenas puedan asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, consagrando el derecho a la autodeterminación y autogobierno que espiritualmente hereda de los Pactos Internacionales, constituyendo una interpretación precisa de los estatutos a favor de las comunidades originarias.

Este Convenio define a los pueblos indígenas como los así considerados por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas,

culturales y políticas, o parte de ella²⁶. Reconoce a su vez el principio de autoidentificación de los indígenas en numeral siguiente²⁷.

El instrumento impone a los aparatos estatales 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 integridad²⁸. Consagra el derecho de los pueblos indígenas de controlar su desarrollo económico, social y cultural mediante la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales; y el de participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de políticas públicas²⁹. Cabe mencionar que esta participación debe realizarse mediante las instituciones representativas tradicionales de los pueblos indígenas, no por estructuras impuestas por privados o el Estado, salvo sea esta proposición aceptada.

La OIT reconoce como piedras angulares al Convenio 169 los principios fundamentales de participación y consulta, a modo de integrar a los pueblos indígenas en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Como señala la actual Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz: *“La consulta y el consentimiento libre, previo e informado son importantes salvaguardias de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y elementos esenciales para el establecimiento de una relación de buena fe y respetuosa entre ellos y los Estados. Los Estados y los pueblos indígenas deberían elaborar conjuntamente las medidas que consideren necesarias para hacer efectivos esos derechos”*.³⁰ Es deber de los

²⁶ Convenio N°169 OIT. Artículo 1.1b.

²⁷ Convenio N°169 OIT. Artículo 1.2.

²⁸ Convenio N°169 OIT. Artículo 2.1.

²⁹ Convenio N°169 OIT. Artículo 7.1.

³⁰ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, a la Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 21 de julio de 2017. A/72/186. Párr. 96.

Estados el garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada, siendo ésta una expresión del derecho de participación política, en aras a que los pueblos indígenas puedan participar de manera oportuna y significativa en un diálogo intercultural, un proceso de comunicación constante³¹, propositivo e informativo, destinado a fortalecer el poder de negociación de los pueblos interesados, respecto a las medidas legislativas o administrativas que fueran a afectarlos directamente³². Es decir, participar desde la fase de discusión y adopción de estas medidas, de manera previa, y hasta la consecución o aplicación de dichas medidas. La finalidad principal de la consulta debe ser siempre alcanzar un acuerdo, mediando la buena fe, promoviendo la confianza y el respeto mutuo³³. La consulta constituye la principal arma de los indígenas versus los aparatos estatales, cuyas prioridades apuntar más a una modernización económica progresiva, respetando ciertas garantías fundamentales, pero priorizando los modelos de desarrollo y proyectos de inversión extractivista. Para el profesor y ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre situación de los pueblos indígenas James Anaya, la consulta y el consentimiento no deben considerarse derechos aislados o independientes, ni procedimientos necesarios para la aprobación de medidas previamente adoptadas, sino que se deben entender como salvaguardas esenciales que complementan y ayudan a que se hagan efectivos los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas³⁴. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que los procesos de consulta constituyen salvaguardas contra medidas o

³¹ Véase Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 208-211.

³² Convenio N° 169 OIT. Artículo 6 N°1, letra a.

³³ Véase *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril 2009, del anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

³⁴ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, (6 de julio de 2012), A/HRC/21/47. Párr. 49

actividades propuestas por el Estado que podrían tener como resultado la restricción de su propiedad colectiva o de su identidad cultural³⁵.

El instrumento también destaca al patrimonio cultural de los primeros habitantes, buscando la protección, desarrollo y promoción de sus lenguas, religiones e instituciones³⁶. El reconocimiento del respeto³⁷ y preferencia en algunos casos por el derecho ancestral de los pueblos, en cuanto a usanzas tradicionales, queda reglado por el Convenio reconociendo como limitantes a estas prácticas los demás derechos que emanan de la naturaleza humana³⁸. También se contempla la utilización de métodos tradicionales de resolución de conflictos en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos³⁹, teniendo así una base preferente para el pluralismo legal⁴⁰, en desmedro de las instituciones jurídicas que las legislaciones estatales internas pudieran aplicar, seguido de una sugerencia para el establecimiento de sanciones distintas del encarcelamiento⁴¹.

Comprendiendo la esencialidad⁴² de las tierras y los recursos naturales en los modos de vida de los pueblos indígenas, incluye el Convenio la definición de tierras como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera⁴³. El instrumento garantiza en virtud de su artículo 14 el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas y de los recursos situados en dichos territorios, como

³⁵ Corte IDH, Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129-130; y caso Sarayaku vs. Ecuador, párr. 212-220.

³⁶ Convenio N°169 OIT. Artículo 5 a) y b).

³⁷ Convenio N°169 OIT. Artículo 8.1.

³⁸ Convenio N°169 OIT. Artículo 8.2.

³⁹ Convenio N°169 OIT. Artículo 9.1.

⁴⁰ Convenio N°169 OIT. Artículo 9.2.

⁴¹ Convenio N°169 OIT. Artículo 10.2.

⁴² Convenio N°169 OIT. Artículo 13.1.

⁴³ Convenio N°169 OIT. Artículo 13.2.

también contempla medidas para salvaguardar el derecho a utilizar sus tierras que no ocupen exclusivamente pero que tradicionalmente hayan tenido acceso a éstas para sus actividades tradicionales y de subsistencia, obligando a los Estados a emplear procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados⁴⁴. Se consideran también disposiciones respecto a las modalidades tradicionales de transmisión de los derechos sobre las tierras indígenas⁴⁵, la consulta respecto a éstas cuando se considere la capacidad de enajenar o transmitir de sus titulares⁴⁶, y el mandato de impedimento a que personas extrañas a los pueblos puedan arrogarse la propiedad, posesión o el uso de las tierras indígenas⁴⁷.

Estos derechos de tierra son esenciales dada la historia respecto a las reivindicaciones territoriales de los pueblos originarios, desarrollando el concepto de título indígena, del cual se pueden desprender como fuentes *“la legislación que ha surgido del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas; los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos indígenas; y finalmente, el Derecho propio indígena que representa las fuentes indígenas propiamente tales ya que comprende la tradición histórico-jurídica indígena⁴⁸”*. Es de especial importancia la disposición del artículo 15.2, cuya hipótesis es *“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de 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*

⁴⁴ Convenio N°169 OIT. Artículo 14.3.

⁴⁵ Convenio N°169 OIT. Artículo 17.1.

⁴⁶ Convenio N°169 OIT. Artículo 17.2.

⁴⁷ Convenio N°169 OIT. Artículo 17.3.

⁴⁸ El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. Gonzalo Aguilar Cavallo. *Ius et Praxis* Volumen 11 N°1, Talca. 2005. P. 271.

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”, considerando que en la costa oeste de Australia y a lo largo de todo Chile hay considerable presencia de recursos minerales subterráneos.

En el Convenio se desarrolla la prohibición general del desplazamiento forzado de los pueblos originarios, lo cual constituye una importante salvaguarda frente al aumento de proyectos de desarrollo en los últimos 30 años. De acuerdo a la Corte Interamericana, el derecho a la consulta previa deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado cuando los pueblos indígenas puedan verse afectados por un proyecto de desarrollo de alto impacto que signifique “una denegación de su subsistencia como pueblo⁴⁹”. Ahora bien, el reasentamiento también es una situación prevista por este instrumento internacional, como medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables, por lo que se aseguran también los derechos de los pueblos indígenas a regresar cuando sea posible, habiéndose terminado las circunstancias extraordinarias que llevaron a la necesidad de la medida de desplazamiento o reubicación⁵⁰; el de obtener tierras de igual calidad y tipo de título⁵¹ en caso de no poder volver a las tierras originarias, y el de ser indemnizados por cualquier pérdida producida por la reubicación⁵². En el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la comunidad indígena Saramaka contra el Estado de Surinam, se trató la vulneración a la propiedad colectiva del territorio ancestral, en razón de otorgarse concesiones mineras inconsultas que implicarían el desplazamiento del pueblo originario y se resolvió: “*El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra*

⁴⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Párr. 128.

⁵⁰ Convenio N°169 OIT. Artículo 16.3.

⁵¹ Convenio N°169 OIT. Artículo 16.4.

⁵² Convenio N°169 OIT. Artículo 16.5.

índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia⁵³. En esta misma sentencia se interpretó que *“el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención⁵⁴”*.

Distintas vías de desarrollo, fomento y garantía de acceso a diversos derechos económicos, sociales y culturales, como el empleo⁵⁵, formación técnica y profesional y resguardo de sus actividades tradicionales⁵⁶, seguridad social y salud⁵⁷, y educación⁵⁸ constan en el Convenio –y el correlativo derecho de poder participar en la confección de dichas políticas a favor de los pueblos originarios-, además de la obligación estatal de tomar medidas para facilitar la cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras⁵⁹.

De esta forma, el carácter asimilacionista del Convenio anterior es dejado atrás, en aras a lograr un desarrollo de los pueblos indígenas manteniendo su identidad cultural e instituciones propias. Actualmente, 22 países, 15 de ellos Estados

⁵³ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Punto resolutivo N°8.

⁵⁴ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Párr. 138.

⁵⁵ Convenio N°169 OIT. Artículo 20.

⁵⁶ Convenio N°169 OIT. Artículos 21, 22 y 23.

⁵⁷ Convenio N°169 OIT. Artículos 24 y 25.

⁵⁸ Convenio N°169 OIT. Artículo 26.

⁵⁹ Convenio N°169 OIT. Artículo 32.

americanos, han ratificado el Convenio 169 de la OIT, siendo los últimos países en hacerlo Nepal (2007), España (2007), Chile (2008), la República Centroafricana (2010) y Nicaragua (2010)⁶⁰. Con el reconocimiento de estándares internacionales exigibles, que respeten los derechos fundamentales de los integrantes culturalmente más diversos de los Estados, es que se pone “*en jaque su capacidad (de los Estados) para mantener un orden homogéneo en la sociedad*”⁶¹.

⁶⁰Véase http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314 web de la OIT

⁶¹ Del Estado homogéneo al Estado plural. Luis Villoro. P. 41.

III.B. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2008)

El Consejo de Derechos Humanos está conformado por 47 miembros y es el órgano intergubernamental del Sistema de Naciones Unidas responsable de la promoción y protección de todos los derechos humanos. El Consejo tiene la facultad de considerar las situaciones de violaciones y abusos de los derechos humanos, haciendo recomendaciones al respecto. Sesiona en Ginebra, Suiza, desde el año 2006, en que se creó a modo de sustituir la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La política de promoción y protección de derechos humanos a nivel internacional debía condecirse con esta adecuación administrativa que efectuaba la ONU. De esta manera, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) fue adoptada por la Asamblea General del organismo, y firmada por más de 140 Estados, Chile incluido. Sólo cuatro Estados votaron en contra, todos de la tradición jurídica del *common law*: Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, naciones cuya mayor preocupación⁶² era respecto al derecho a la reparación de los pueblos indígenas.

En el preámbulo de la DNUDPI se destaca la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, especialmente los derechos a la autodeterminación, territorios y recursos, considerando el importante significado que los pueblos indígenas les asignan. Indica la actual Relatora Especial sobre la situación de los derechos indígenas Victoria Tauli-Corpuz que “(...) *la Declaración es una resolución de fijación de normas de profundo significado, ya que refleja un amplio consenso a nivel mundial sobre el contenido mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Muchos de sus artículos son una prolongación*”

⁶² The UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples. Viniyanka Prasad. Chicago Journal of International Law. Vol 9, N° 1. P. 297-298.

de normas vinculantes que figuran en diversos tratados de derechos humanos ampliamente ratificados⁶³, como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De acuerdo a lo constatado por Tauli-Corpuz, “Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han mencionado la Declaración como una fuente autorizada sobre las obligaciones de los Estados en relación con los derechos de los pueblos indígenas en sus propias evaluaciones del cumplimiento con arreglo a los diversos instrumentos. Las observaciones y recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos proporcionan información valiosa sobre la aplicación de la Declaración en situaciones y contextos específicos⁶⁴”. Esta gama abarca los principios del derecho a la libre determinación⁶⁵, al autogobierno⁶⁶, a la integridad cultural⁶⁷, a la tierra, el territorio y recursos naturales⁶⁸, y a la consulta⁶⁹ y al consentimiento previo, libre e informado⁷⁰, entre otros.

Destaca además la implementación de varias políticas y directrices sobre los pueblos indígenas por organismos, programas y fondos, así como por otros órganos intergubernamentales, producto de la misma Declaración: “En 2008, el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) aprobó su Guía normativa sobre la políticas urbanas de alojamiento de los pueblos indígenas.

⁶³ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, a la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186. Párr. 9.

⁶⁴ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, a la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186. Párr.66.

⁶⁵ DNU DPI. Artículo 3.

⁶⁶ DNU DPI. Artículo 4.

⁶⁷ DNU DPI. Artículos 8, 11.1, 12 y 31.

⁶⁸ DNU DPI. Artículos 26 y 27.

⁶⁹ DNU DPI. Artículo 19.

⁷⁰ DNU DPI. Artículo 32.2.

El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo aprobó las Directrices sobre cuestiones indígenas en 2009, el mismo año en que el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola aprobó su política de compromiso hacia los pueblos indígenas. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura siguió esos ejemplos y adoptó en 2010 su política sobre pueblos indígenas y tribales. En 2012, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente finalizó sus Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas⁷¹”.

Uno de los reconocimientos más importantes de la Declaración, considerando la historia de desposesión de los pueblos originarios, se encuentra en sus ideales de restitución a los indígenas, tanto en el artículo 11.2 como en el 28, el cual detalla el derecho a la reparación⁷². La Declaración además constituye un recordatorio de los principios reconocidos internacionalmente a favor de los pueblos indígenas, desarrollando los derechos a la conservación y protección del medio ambiente⁷³, la cooperación fronteriza⁷⁴, el reconocimiento y respeto de los tratados concertados entre los pueblos y los Estados⁷⁵, y al acceso a la justicia⁷⁶.

⁷¹ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, a la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186. Párr.69.

⁷² 1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.*
2. *Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.*

⁷³ DNUDPI. Artículo 29.

⁷⁴ DNUDPI. Artículo 36.

⁷⁵ DNUDPI. Artículo 37.1.

⁷⁶ DNUDPI. Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en

Para el autor de este trabajo, la mayor preocupación es el cumplimiento de los estándares comúnmente aceptados y reconocidos internacionalmente. Diversos Estados, si bien reconocen los instrumentos internacionales más importantes respecto a la protección y respeto a los derechos fundamentales de los pueblos originarios, no consideran a éstos para la creación y desarrollo de normativa interna que mejore sus condiciones, sino más bien adecúan a éstos al sistema imperante, pasando a llevar el mandato internacional, lo cual puede deberse a los nulos métodos de denuncia y sanción en el plano internacional, salvo casos particulares (Corte Interamericana). El modelo de consejos y observaciones en base a un diagnóstico no interventor de las políticas estatales se plasma en las intenciones que los distintos titulares del mandato manifiestan: *“en vez de concentrarse estrechamente en los términos particulares de la Declaración, los países deberían buscar el cumplimiento de sus metas más significativas, las que comienzan con un análisis de las necesidades particulares de los grupos individuales a través de la cooperación y la discusión abierta⁷⁷”*, lo cual deja como único garante efectivo de los derechos indígenas al mismísimo aparato estatal, principal vulnerador de estos derechos.

consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

⁷⁷ The UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples. Viniyanka Prasad. Chicago Journal of International Law. Vol 9, N° 1. P. 318.

III.C. La importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el plano regional, Chile ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención antes citada, y que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA. Cabe señalar que la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, entró en vigor el año 1978, siendo ratificada por Chile el año 1997, siendo otro instrumento que corrobora el derecho internacional consuetudinario mencionado anteriormente.

La Comisión Interamericana está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General de la OEA. Entre sus facultades se encuentra la de recibir, analizar e investigar peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos y de someter casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última es una institución judicial autónoma de la OEA cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados relacionados. Diversos fallos, recomendaciones de la Comisión y la Corte han influido en modificaciones legales y revocación de sentencias judiciales, resguardando así los intereses de los pueblos originarios americanos. La Corte le dejó en claro al Estado de Chile, país reconocidamente reacio a la interpretación evolutiva de los tratados internacionales, hace unos años atrás que *“el Poder Judicial debe tener en cuenta*

*no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*⁷⁸.

Como lo ha indicado la actual Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpuz, *“La labor de interpretación del titular del mandato, la creciente jurisprudencia que emana de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos, incluidos los tribunales regionales de derechos humanos, unidas a un diálogo intercultural entre los Estados y los pueblos indígenas, pueden contribuir significativamente a reforzar la comprensión y la aplicación de los derechos enunciados en la Declaración”*.⁷⁹

Entre otros derechos, la Corte Interamericana ha determinado que el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas, por medio de procesos de consulta especiales y diferenciados, siempre que sus derechos e intereses pudieran verse afectados, constituye un principio general del derecho internacional. Esta obligación ha sido ampliamente reconocida en el desarrollo legislativo y jurisprudencial en numerosos países del mundo, incluidos aquellos que no han ratificado el Convenio 169 o la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁰. La obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos que puedan afectar a sus derechos e intereses *“implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus*

⁷⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Párr. 124.

⁷⁹ Informe a informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186 Párr. 17

⁸⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012). Párr. 164.

normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas⁸¹.

La estrecha vinculación de los indígenas con sus tierras ha sido desarrollada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando que *“Entre los indígenas existe 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁸²”*.

De esta forma, la Corte ha reconocido la propiedad ancestral indígena fundada en el uso, posesión y ocupación tradicionales, dándole una interpretación evolutiva al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Mentada propiedad contiene siempre la idea de propiedad comunal de los indígenas, y comprende los recursos naturales que se encuentren dentro del territorio, pues en caso contrario,

⁸¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012). Párr. 166.

⁸² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Awas Tigni vs. Nicaragua (2001). Párr. 149.

“*el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido*”⁸³. Complementando la interpretación del articulado del Convenio 169 OIT y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Interamericana ha reconocido y otorgado protección a los recursos naturales⁸⁴, reconociendo como limitaciones al artículo 21 de la Convención Americana a) las previamente establecidas por ley; b) necesarias; c) proporcionales y d) cuyo fin sea lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁸⁵; además de no implicar una denegación de la subsistencia de la comunidad como pueblo tribal⁸⁶.

En estos fallos se dio especial cuidado además al desarrollo de los derechos al recurso judicial efectivo –protección efectiva⁸⁷- y al acceso a la justicia. De esta manera, el desarrollo jurisprudencial del sistema americano de derechos humanos ha logrado contribuir al fomento y reconocimiento de distintos derechos esenciales para los indígenas, contrarrestando de alguna forma los criterios apropiacionistas de las legislaciones americanas.

⁸³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Párr. 122.

⁸⁴ Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006). Párr. 121.

⁸⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Párr. 127.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Saramaka vs. Surinam (2007). Párr. 128.

⁸⁷ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 8 y 25.

Capítulo IV. La situación de los indígenas ante el Derecho australiano

El avistamiento de la ahora llamada Tasmania por el navegante holandés Abel Tasman el 24 de noviembre de 1642 sería el primer suceso vinculante del territorio oceánico con el mundo europeo, si bien sería reclamada a nombre de la Corona Neerlandesa bajo el nombre de Tierra de Van Diemen. El explorador británico James Cook arribaría a las costas de Sydney el 29 de abril de 1770, atribuyéndose posesión de toda la costa este del territorio a nombre de la Corona británica (en contraste a Nueva Holanda, la así denominada otra mitad del territorio) ya el 22 de agosto de dicho año. La ocupación del territorio oceánico se vería especialmente provechosa para la Corona Británica tras la pérdida de las colonias norteamericanas, pues se necesitaba un nuevo lugar para enviar convictos, lo que conduciría al asentamiento de Nuevo Gales del Sur, primera colonia penal del país. El primer intento de ocupación se realizó el 26 de enero de 1788, con alrededor de 1000 personas llegando al Muelle de Sydney, quienes se asentaron entre 50 y 100 millas de la ciudad, proceso que durante las siguientes 3 décadas sería de un rápido establecimiento y crecimiento demográfico de las colonias británicas. El 26 de enero es conmemorado como “Día de Australia”, y por sus implicancias con los pueblos indígenas, ha sido un concepto cuestionado progresivamente por distintas autoridades representativas indígenas⁸⁸.

Se estima que aproximadamente 750.000 aborígenes abarcando más de 500 comunidades indígenas estaban distribuidos a lo largo del territorio de Australia, varias con culturas, creencias y alrededor de 400 lenguas distintivas, cuando llegaron los primeros ocupantes⁸⁹. Es en razón a esta distribución que es “*impreciso*

⁸⁸ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-15/melbourne-council-votes-to-ban-references-to-australia-day/8810286>

⁸⁹ De acuerdo al censo del 2001, el 80% de la población indicó que el inglés era su única lengua hablada. Las lenguas indígenas son la lengua principal para tan solo 50.000 personas (0,02% de la población).

*hablar de una nación Aborígen; sino mejor señalar que eran naciones independientes y separadas, probablemente conectadas entre sí*⁹⁰. Durante la colonización, los aborígenes fueron asesinados y esclavizados para estar a disposición de trabajos forzados. La introducción de enfermedades infecciosas desconocidas hasta entonces, contribuiría a la reducción demográfica de la población originaria de Australia.

Ejemplo de esta disminución demográfica es la “Guerra Negra” o genocidio de Tasmania, la que a comienzos del siglo XIX fue uno de los casos más fulminantes de exterminio que ocurrían a través del territorio⁹¹, en el marco de conflictos fronterizos de las recién asentadas colonias contra los habitantes originarios del territorio. Si bien es empleado el vocablo guerra respecto a la situación de Tasmania y otros sectores del país, lo cierto es que la resistencia aborígen era nula al lado de los recursos a disposición y armas empleadas por los conquistadores, por lo que debe entenderse esta colonización como un proceso unilateral ininterrumpido de asentamientos británicos, con miras a eliminar⁹² la presencia de habitantes originarios de las zonas de asentamiento, esparciéndolos y alejándolos de los centros urbanos.

La política de otorgamientos de tierras por medio de *leases*⁹³ que realizó la Corona, con tal de no perder de manera permanente el control sobre áreas vastas de tierra y fomentar así la productividad de éstas y el progresivo asentamiento colonizador en las áreas más remotas del país, abarcó un importante porcentaje del territorio bajo estos títulos. Otro factor para considerar respecto a los migrantes australianos era

⁹⁰ Two Hundred Years On: a Reexamination of the acquisition of Australia. Nii Lante Wallace-Bruce. Georgia Journal International & Comp. Law, Volumen 19:87, 1989. P. 103.

⁹¹ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-31/monuments-to-tasmanias-colonial-past-have-dark-side/8851554>

⁹² Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-27/fact-check-did-lachlan-macquarie-commit-mass-murder-and-genocide/8981092>

⁹³ Símil al arrendamiento. El lease otorga el derecho a una persona a poseer un área específica de tierra y usarla para ciertos propósitos.

la especulación minera en torno a los descubrimientos de yacimientos de oro a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. Quienes no lograban encontrar fortuna a menudo se aprovechaban de las ventajas ofrecidas por las leyes de tierra que facilitaban la apropiación de tierras. Progresivamente resultarían así seis colonias australianas: Nueva Gales del Sur (New South Wales), Tasmania⁹⁴, Australia Occidental (Western Australia)⁹⁵, Australia Meridional (South Australia)⁹⁶, Victoria⁹⁷ y Queensland⁹⁸. La mayoría de la población australianas vive en la costa este del país como resultado de la expansión desde Sydney.



⁹⁴ Fundada en 1803, pero separada de Nueva Gales del Sur en 1825.

⁹⁵ Fundada en 1829.

⁹⁶ Incluyendo al Territorio del Norte. Establecida en 1834.

⁹⁷ Desligada administrativamente de Nueva Gales del Sur en 1851.

⁹⁸ Desligada administrativamente de Nueva Gales del Sur en 1859.

El término aborígen (ab-origene del latín, “desde el origen”) se usa en Australia desde el año 1789 para describir a los pueblos originarios. Éste se extendió y legitimó como un nombre propio y se universalizó para todos los primeros habitantes del continente oceánico. De manera ecléctica se usa la expresión “indígenas australianos” para incluir en dicho grupo tanto a los aborígenes –quienes se encuentran desde al menos 50.000 años⁹⁹ en el territorio continental australiano- como a los isleños del estrecho de Torres. Éstos últimos tienen una cultura e historia distinta a los aborígenes continentales, teniendo una mayor relación y semejanza con los pueblos papuanos de Nueva Guinea, país oceánico vecino de Australia, si bien la mayoría vive al norte de Queensland.



⁹⁹ Véase <https://www.theguardian.com/australia-news/2016/sep/21/indigenous-australians-most-ancient-civilisation-on-earth-dna-study-confirms>

En Norteamérica, hasta bien entrado el siglo XIX, los Gobiernos de Estados Unidos y de Canadá consideraban a las naciones indígenas como soberanas y distintas en torno a tratados acordados con privados. En Australia no se firmó tratado alguno con sus pueblos originarios, en contraste a su nación vecina Nueva Zelanda¹⁰⁰, ni a los mencionados países norteamericanos del common law, nunca aceptándose ni permitiéndose la colonización del territorio oceánico, a pesar que las circunstancias fácticas dijeran lo contrario.

El único esbozo de acuerdo en Australia fue el llamado Tratado de Batman (1835), en que el granjero John Batman aseguró comprar 2000 km² al pueblo Wurundjeri, en el contexto de la celebración de una ceremonia consistente en la entrega de ganado y otros bienes. Dicho tratado sería anulado el 26 de agosto de 1835 por el gobernador de Nueva Gales del Sur, al contravenir el principio de *terra nullius* consolidado en la sociedad australiana, al no tener derecho a negociar las tierras el pueblo wurundjeri en desmedro de la apropiación de éstas por la Corona.

En lo que sí coincidieron Estados Unidos, Canadá y Australia fue en la reubicación de los pueblos indígenas a reservas ubicadas a distancias remotas respecto a los centros urbanos, donde se asentaban los colonizadores. Para algunas decisiones judiciales, el derecho consuetudinario sería reconocido con restricciones: *“Las primeras cortes australianas a menudo aplicaban el derecho propio aborígen para resolver conflictos entre aborígenes pero nunca reconoció el derecho propio aborígen o las reclamaciones culturales de los aborígenes respecto al uso y propiedad de la tierra. Como resultado, no hubo precedente legal alguno dentro del*

¹⁰⁰ Por medio del Tratado de Waitangi firmado el 6 de febrero de 1840, representantes de la corona británica y de los maoríes, el pueblo indígena originario de Nueva Zelanda, se justificó la presencia y coexistencia de las colonias británicas y los habitantes originarios en Aotearoa, el nombre con el que los indígenas se refieren a su territorio. No hay una versión única del tratado, teniendo versiones en inglés y maorí, lo cual dificulta su interpretación y aplicación práctica. Se reconocieron derechos de propiedad sobre los recursos naturales de estos pueblos, los cuales han sido infringidos en diversas oportunidades.

sistema judicial post-colonial en el cual basar reclamaciones específicas de derechos de tierras¹⁰¹.

¹⁰¹ Aboriginal Land Rights in Australia. Sandy Wood. Human Rights Brief Vol. 6 N°3. 1999. P.5.

IV. A. Tradición jurídica del *common law*

Debe destacarse que Australia, como país objeto de estudio, presenta grandes diferencias con el derecho continental ya en su ordenamiento jurídico. En vez de sustentarse en un precedente sistemático como la jurisprudencia del “derecho civil europeo”, el derecho común (o *common law*) se construye caso a caso en las cortes que reconozcan esta tradición jurídica, considerando los razonamientos y principios que fundan los fallos, importando más los casos emblemáticos¹⁰² que suelen ser citados a menudo como precedente respecto a temáticas legales incipientes en los países del *common law*, sin ser éstos obligatorios. El cambio en el derecho común “*procede a través de la interpretación estatutaria y judicial dependiente del precedente*”, lo cual se realiza según “*la atención dada por los jueces para reconciliar sus decisiones con el precedente o el reinterpretarlo, o de otra manera sobreponerse a los precedentes que son desfavorables para estos nuevos significados*”¹⁰³. Como regla general, en Australia la ley prevalece sobre el derecho común, lo que explica el proceso positivista de intensiva codificación que realiza el país oceánico actualmente.

En Australia se prefirió un sistema federal de gobierno, donde la soberanía se divide internamente entre un gobierno central que ejerce soberanía externa, y un parlamento, gobierno y leyes para cada uno de los seis Estados y dos Territorios (el Territorio del Norte¹⁰⁴ y el Territorio Capital Australiano¹⁰⁵) que componen la actual Federación. Para la totalidad del país, se redactan leyes mancomunales en el Parlamento, de acuerdo a directrices establecidas por el Primer Ministro. Algunas Constituciones de los Estados, si bien disponen de un reconocimiento de los

¹⁰² Landmark cases.

¹⁰³ Shifting ground: context and change in two Australian Legal Systems. Richard Mohr. International Journal for the Semiotics of Law. Vol. 15 N° 1. 2002. P. 2.

¹⁰⁴ Northern Territory.

¹⁰⁵ Australian Capital Territory.

pueblos originarios, nunca han significado efectivamente una motivación para el legislador australiano, en pos de dotar definitivamente de protección constitucional a los indígenas en su Carta Fundamental¹⁰⁶.

Según el profesor Stavenhagen, “*En los países basados en el derecho común de origen inglés, en donde la jurisprudencia se elabora caso por caso, en algunas instancias se han producido sentencias y decisiones muy favorables a las comunidades indígenas, pero en otros en cambio se mantienen actitudes discriminatorias*¹⁰⁷”. Dichas actitudes discriminatorias se dan, en el caso de Australia, en razón de las diferentes políticas adoptadas por los Estados para primeramente sentar las bases de la Federación y, por otra, solucionar la “cuestión aborigen”. La legislación australiana en los siglos XIX y mayor parte del XX tuvo un enfoque asimilacionista, que fue cambiando progresivamente al introducir nociones comprensivas de la cultura indígena nacional al trabajo legislativo, dirigido indirectamente por importantes fallos en materia de derechos de tierra y recursos indígenas.

Lo que pretende este título es analizar las instituciones y leyes más importantes respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales de los indígenas australianos, evaluando los aciertos y desaciertos de las políticas públicas del país oceánico. Es de considerar que en cuanto a instrumentos internacionales, Australia no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT y rechazó en un principio la Declaración

¹⁰⁶ Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World. Kent McNeil. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper N° 24. 2008. P. 2. Disponible en <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=clpe>

¹⁰⁷ La brecha de la implementación (2006). pág. 121. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007) sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Rodolfo Stavenhagen. UNESCO.

de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas, hasta cambiar dicha postura el año 2008.

IV. B. La Constitución australiana

La Mancomunidad de Australia¹⁰⁸ se fundó el 1 de enero de 1901 como una monarquía constitucional, con un sistema de gobierno parlamentario y una estructura federada bajo la cual los poderes del Estado son distribuidos entre un Gobierno nacional (la Mancomunidad) y los seis Estados que solían ser las 6 principales colonias asentadas en el país: Australia Occidental, Australia Meridional, Queensland, Nuevo Gales del Sur, Victoria y Tasmania. Los 2 territorios presentes en el país, el Territorio Capital Australiano y el Territorio del Norte son independientes administrativamente de los Estados, y quedan sometidos a la administración de la autoridad mancomunal.

En los 2 debates realizados en el proceso para la dictación de la Constitución Australiana no se incluyó ni a mujeres ni a representantes de los pueblos indígenas australianos, por lo que “*no es de sorprender que la Constitución Australiana proyecto no reflejara sus intereses o aspiraciones*”¹⁰⁹, priorizándose la estabilización de la economía y la progresiva urbanización del país, desde el muelle de Sydney (este) hacia las áreas más remotas del país.

La nación fue leal a la Corona británica y mantuvo su identidad como parte del Imperio Británico, estando consciente el aparato estatal de los distintos pueblos presentes en el país, pero “*A pesar de aumentar la conciencia respecto a la necesidad para un mejor trato, la mayoría de los habitantes en Australia vieron la asimilación como la manera obvia para lidiar con los pueblos indígenas*”¹¹⁰, primando la visión de barbarie respecto a los pueblos originarios. Cabe señalar que

¹⁰⁸ Commonwealth of Australia.

¹⁰⁹ Race and the Australian Constitution: From Federation to Reconciliation. George Williams. Osgoode Hall Law Journal Vol. 38 N°4. 2000. P. 648.

¹¹⁰ Rights for Aborigines. Bain Attwood. P. 200. Citado en The UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples. Viniyanka Prasad. Chicago Journal of International Law. Vol 9, N° 1. P. 305.

el Estatuto de Westminster, en virtud del cual en la práctica se desvinculaba la Corona Británica de sus naciones administradas, fue adoptado recién en 1942 por Australia.

La Constitución contiene escuetas dimensiones de protección de derechos individuales y grupales, enfocándose en las bases administrativas de los Estados y la Mancomunidad. Se evidencia poco interés en conceptos de igualdad y no discriminación entre personas o grupos de personas, salvo la discriminación religiosa y la discriminación basada en el Estado de residencia. Así las cosas, la Constitución de Australia dispuso la raza como una categoría legítima de distinción entre las personas¹¹¹. De esta manera, en la Carta Magna australiana se denegó el reconocimiento constitucional o protección igualitaria a nivel federal de los pueblos originarios y se les excluyó de las realizaciones de censo en la población¹¹².

En virtud de la sección 51 N° 26 de la Constitución Australiana, el Parlamento de la Mancomunidad podía legislar respecto a "*La gente de cualquier raza, distinta a la raza aborigen en algún Estado, para los que se estima necesario hacer leyes especiales*¹¹³". Este artículo fue redactado con la intención de permitir la discriminación legislativa de comunidades originarias, y estimando que los asuntos aborígenes eran un *problema* de competencia estatal más que mancomunal¹¹⁴. En este contexto, por ejemplo, existieron leyes estatales en Australia Occidental bajo las que ningún asiático o africano podía adquirir derechos mineros o realizar

¹¹¹ Equality for indigenous peoples in the Australian Constitution. Hilary Charlesworth y Andrea Durbach. Australian Indigenous Law Review, Vol. 15 N°2. P. 64. Disponible en <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=unswwps-flrps12>

¹¹² Constitution of Australia. Section 127. In reckoning the numbers of the people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted.

¹¹³ Constitution of Australia. Section 51 (xxvi). The people of any race other than the aboriginal race in any state, for whom it is deemed necessary to make special laws.

¹¹⁴ Race and the Australian Constitution: From Federation to Reconciliation. George Williams. Osgoode Hall Law Journal Vol. 38 N°4. 2000. P. 649.

trabajos en pozos auríferos, permitidas en definitiva por la Constitución Federal. También hubo leyes que segregaban a los indígenas a “áreas de reserva”, prohibían sus prácticas culturales, arreglaban matrimonios, regulaban el contacto social, y condicionaron sus actividades laborales.

A lo largo de estos años de consolidación como nación, el fenómeno de dispersión territorial de los distintos pueblos originarios, principalmente por las políticas de desposesión, asimilación y la merma en la población, se intensificaron a medida que los núcleos urbanos gradualmente se expandían y relegaban a los habitantes originarios del territorio a áreas remotas o a reservas. La representatividad demográfica de la población originaria entonces se hizo humo.

El Gobierno australiano distribuyó vastas cantidades parceladas de tierras a los colonizadores bajo títulos de propiedad absoluta (*freehold titles*) o, en su mayoría, arrendamientos (*leases*). En torno a estos *leases*, el gobierno retenía control sobre las tierras otorgadas, si bien otorgaba ciertos derechos a los titulares para desarrollar la tierra o extraer recursos subterráneos durante un determinado período de tiempo, bajo las condiciones estipuladas del contrato de *leasehold* respectivo. Muchas de estas distribuciones de tierra incluían territorios tradicionales aborígenes, que, al no haberse reconocido el derecho de los pueblos originarios sobre las tierras que habitaban, los propietarios o arrendatarios no se veían de ninguna manera obligados o limitados a respetar las costumbres o usanzas tradicionales de tierra de los aborígenes¹¹⁵.

En 1934, Australia promulgó la Ley de Aborígenes¹¹⁶, bajo la cual aborígenes podían ser “removidos” a voluntad a una reserva o institución aborígen, cuya

¹¹⁵ Véase Aboriginal Land Rights in Australia. Sandy Wood. Human Rights Brief Vol. 6 N°3. 1999. P.5.

¹¹⁶ Aborigines Act 1934.

oposición significaba un quebrantamiento a la ley¹¹⁷ castigable vía multa o prisión¹¹⁸. Muchas áreas de reserva eran puestas bajo control del gobierno estatal o la iglesia, con tal de continuar la etapa de homologación poblacional, bajo estándares axiológicos congruentes con los de la sociedad “moderna”. Como política de los distintos Estados australianos, se reasignarían tierras a granjeros en torno a la clausura de varias reservas y al otorgamiento de *pastoral leases*, figura legal que consiste en acuerdos que permiten el uso de tierras de la Corona para usos pastorales, como cuidado de ganado, con tal de facilitar la división de tierras a los colonizadores.

La estructura de las familias indígenas se desestabilizaría con el despojo institucionalizado de niños indígenas de sus hogares, comúnmente de sólo un pariente aborígen, con tal de hacerlos vivir la vida del hombre blanco, sirviendo los niños como agricultores y las niñas como criadas, recibiendo éstos un trato lejos de ser denominado cercano, humanizante o sensitivo. Al menos 100.000 niños indígenas (entre el 10 y 30% de la población aborígen e isleña de Torres total) fueron removidos de sus hogares entre 1850 y 1970 por estas políticas públicas, lo que condujo a un detrimento intergeneracional de los modos de vida y la estructura de familia de los pueblos indígenas. A los niños removidos por estas políticas se les alude como las Generaciones Robadas¹¹⁹, y es considerado por distintas organizaciones e instituciones promotoras de los derechos humanos como un acto de genocidio.

Un cambio significativo, al menos para los derechos políticos de los pueblos indígenas, trajo consigo el referéndum nacional del 27 de mayo de 1967, aprobado por un 90,77% del electorado¹²⁰, realizado durante el mandato del Primer Ministro

¹¹⁷ Aborigines Act 1934. Section 17.

¹¹⁸ Aborigines Act 1934. Section 49.

¹¹⁹ Véase Bringing Them Home Report 1997.

¹²⁰ Véase <http://www.abc.net.au/rightwrongs/>

Harold Holt, el cual enmendó la Constitución para eliminar varias disposiciones que desfavorecían a los aborígenes. El referéndum otorgó a los miembros de los pueblos originarios ciudadanía australiana y el derecho a voto, junto con la incorporación de éstos en los censos, eliminando la sección 127 de la Constitución. El hito político del referéndum también cambiaría la disposición que, respecto a las facultades legislativas del Parlamento Australiano¹²¹, señalaba que éste podía legislar respecto a *“La gente de cualquier raza, exceptuando cualquier otra que la raza aborígen en algún Estado, para los que se estima necesario hacer leyes especiales¹²²”*, removiendo la excepción subrayada, haciendo responsable al Gobierno Federal de crear leyes para los pueblos indígenas. A pesar de esta intención, se mantuvo intacta la Constitución en cuanto a no contener mención alguna en su preámbulo fundante o en sus disposiciones respecto al reconocimiento de los pueblos presentes antes de la ocupación británica del territorio australiano, o de derechos sobre sus recursos naturales.

Como reivindicación política se consideró el año 1975 la promulgación del Acta de la Discriminación Racial¹²³ (en adelante RDA), la cual prohibió la discriminación en base a raza, color, descendencia u origen nacional o étnico, restringiendo así leyes y políticas discriminatorias a nivel de Estados que fueran contrarias a la ley. Este suceso se enmarca en el mismo año en que el país oceánico ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Con esto, se pretendió dar cumplimiento a la falta de menciones en el texto constitucional respecto a la tan necesaria no discriminación de los pueblos originarios australianos.

¹²¹ Australian Commonwealth Parliament.

¹²² Constitution of Australia. Section 51 (xxvi). The people of any race other than the aboriginal race in any state, for whom it is deemed necessary to make special laws.

¹²³ Racial Discrimination Act (Commonwealth).

IV. C. La doctrina del principio de terra nullius: legitimación asimilacionista

Someramente, este principio aplica en el derecho internacional para describir un territorio apropiable por otro Estado, al ser *tierra de nadie*, esto es, no estar ocupado ni reclamado por alguien más. Para los fines de este trabajo, debe advertirse que Australia fue considerada por la Corona Británica como “desocupada”, considerando las instituciones estatales que los aborígenes australianos eran nómades sin concepto de propiedad ni leyes que reglamentaran sus vidas, con tal de justificar así el proceso de desposesión de tierras ancestrales indígenas, y a su vez, la conquista y colonización sobre el territorio “deshabitado”.

Como ya se ha mencionado, los pueblos indígenas mantienen una profunda conexión con su tierra, la cual forma parte esencial de su vida cultural y espiritual, como también su bienestar material. No es solamente el concepto de propiedad lo que los vincula, lo cual para el ordenamiento jurídico australiano era problemático, considerando el principio apropiacionista de los bienes, concepción imperante individualista que contrasta con la noción comunitaria de los espacios tradicionales indígenas. Las distintas comunidades originarias regían sus vidas por sistemas que, lejos de entenderse como aparatos estatales con el monopolio de la fuerza, reglaban su organización política y conformaban sus propias leyes y costumbres, a pesar de no estar escriturizadas. Esta situación, según los estándares internacionales de la Corte Internacional de Justicia, no podría considerarse bajo el concepto de *terra nullius*¹²⁴.

En el año 1889, el Consejo Privado (*Privy Council*), órgano consultivo en ese entonces de la Corona Británica, falló en el caso *Cooper v. Stuart* que, al momento del asentamiento europeo de 1788, no había habitantes o ley establecidos en Australia, sentando precedente para la entonces colonia británica de Australia.

¹²⁴ Véase Opinión del Sahara Occidental. Corte Internacional de Justicia.

Significando, además de la legitimación estatal de la ocupación de los territorios oceánicos por la Corona, la base para cimentar la falta de reconocimiento del título nativo en los siguientes fallos a nivel nacional¹²⁵.

El caso más importante respecto a esta lucha por el reconocimiento de los derechos indígenas fue el caso *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd* (1971), en el que el Pueblo Yolngu del Territorio del Norte realizó una reclamación de título nativo a la Corte Suprema del Territorio del Norte (magistratura Federal) respecto a la Península de Gove, en terrenos donde la Corporación Nabalco había asegurado una concesión minera de 12 años, mediante la *Mining (Gove Peninsula Nabalco Agreement) Ordinance* de 1968. Esta acción fue rechazada por una conocida sentencia del Juez Richard Blackburn, quien, tras haber realizado un análisis en derecho comparado de varios países del *common law* como Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos, concluyó que el título nativo, pretensión alegada por la comunidad, no era parte del derecho común, a menos que hubiera disposiciones estatutarias expresas que así lo indicaran, teniendo la Corona poder soberano para extinguir el título nativo, cuando éste existiera¹²⁶. Aún así, el magistrado reconoció el uso ceremonial y económico de la tierra y el sistema de derecho propio de los pueblos indígenas, el cual proporcionaba un orden estable de sociedad, si bien no contaba con nociones de derechos de propiedad¹²⁷.

El magistrado sostuvo que el territorio a la época del asentamiento británico estaba abierto a ser reclamado por derecho de ocupación, pues la tierra estaba *desierta e incultivada*, conteniendo en sus territorios habitantes incivilizados que estaban en un estado primitivo de sociedad: “*Esta idea Hobbesiana de un estado de naturaleza caracterizado por la ausencia de propiedad y la ausencia de derecho permaneció hasta bien entrado el siglo diecinueve y continuó justificando la apropiación colonial*”

¹²⁵ The story of native title. Michael Weir. The National Legal Eagle. Vol. 8 N°1. 2002.

¹²⁶ *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd* (1971) 17 FLR 141.

¹²⁷ *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd*, 17 FLR 141, 267-269. 1971.

en la decisión del Juez Blackburn".¹²⁸ El caso *Milirrpum v. Nabalco* tendría como principal consecuencia el establecimiento de la Comisión de Derechos de Tierras Aborígenes, conocida también como Comisión Woodward (1973-1974), formada para investigar y recomendar maneras apropiadas para el reconocimiento de derechos aborígenes de tierra en el Territorio del Norte, y el eventual reconocimiento de estos derechos en el Territorio del Norte en el año 1976, con la dictación de la *Aboriginal Land Rights Act* (Northern Territory).

¹²⁸ Shifting ground: context and change in two Australian Legal Systems. Richard Mohr. *International Journal for the Semiotics of Law*. Vol. 15 N° 1. 2002. P. 5.

IV. D. El progresivo derecho a los recursos de los pueblos originarios en Australia

En cuanto a las leyes de tenencia de tierras en Australia, como ya se mencionó anteriormente, dependen del Estado o Territorio respectivo. Los otorgamientos de tierras por parte de los Estados o sucesivos Gobiernos Federales, por vía de leasing solían realizarse a perpetuidad o con una larga duración, renovables, con tal de otorgar a los titulares de derechos seguridad en las actividades a realizar en los terrenos concedidos. El rasgo común se presentaba respecto al bajo monto monetario por pagar a la Corona, lo cual actuaba como motivación para la actividad productiva del poseedor de las tierras y así fomentar el progresivo asentamiento humano en las áreas más remotas del país.

Ahora bien, ni el marco legal australiano ni el precedente judicial reconocieron los derechos de tierra de los pueblos indígenas en el supuesto de la ocupación tradicional hasta bien entrado el siglo XX. Sin embargo, desde 1976 se reglaron entregas y derechos de tierra a nivel estatal, beneficiando significativamente a algunos pueblos indígenas, al ser la aplicación de estas disposiciones legales limitada territorialmente.

Una de estas leyes fue el Acta sobre Derechos de Tierra de los Aborígenes del Territorio del Norte (*Aboriginal Land Rights Act*) de 1976, producto de las conclusiones de la Comisión de Derechos de Tierras Aborígenes a cargo del Juez Woodward¹²⁹, en razón del caso *Milirrpum v. Nabalco*. Esta ley estableció por primera vez un régimen de reconocimiento de un título inalienable de propiedad

¹²⁹ Algunas de las conclusiones resultantes de dicha Comisión fueron los derechos de retorno de tierras de reserva aborígen, reclamaciones de tierra sobre tierras fiscales “vacantes” demostrando el vínculo tradicional con la tierra, la protección de los sitios sagrados de los pueblos, el asentamiento de Consejos de Tierra (Land Councils), control aborígen de las actividades mineras y de turismo en sus tierras, y el derecho a royalties mineros como compensación a los propietarios tradicionales.

absoluta de tierras aborígenes para los pueblos originarios del Territorio del Norte, el cual permite a los propietarios tradicionales realizar actividades de desarrollo económico en éstas. Como señala Stavenhagen, este cuerpo normativo “*no sólo reconoce el derecho de los aborígenes a poseer tierras, sino que también establece su derecho a vetar la explotación de los recursos mineros por un período de cinco años. El Consejo Territorial (Land Council)*¹³⁰ *puede, con las facultades de representar los intereses de los propietarios aborígenes, denegar la concesión de una explotación minera o la construcción de una carretera a menos que los propietarios tradicionales de la tierra comprendan colectivamente el carácter y el objetivo de esas propuestas y den su consentimiento*¹³¹”. Reconoció la ley también el derecho de compensación por la desposesión histórica de las tierras y las desventajas sufridas por las comunidades indígenas. Las tierras otorgadas son administradas por los *Aboriginal Land Trusts*, órganos representativos de los aborígenes del territorio del Norte, establecidos por ley¹³², quienes actúan en coordinación con los Consejos Territoriales. Estos organismos son los que ayudan a las negociaciones con sectores privados para el otorgamiento de derechos de uso y acceso sobre tierras aborígenes, incluyendo actividades extractivas de recursos.

Más del 50% de las tierras del Territorio del Norte (alrededor de 600.000 kilómetros cuadrados) han sido retornadas a sus propietarios tradicionales como propiedad comunal, sumado a que el 85% de las costas es tierra aborígen, hito importantísimo considerando que a lo menos el 32.5% de la población del Territorio del Norte

¹³⁰ Se establecieron 4 Consejos de Tierras en virtud de esta ley: Northern Land Council, Central Land Council, Tiwi Land Council y Anindilyakwa Land Council.

¹³¹ Los proyectos de desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas (2003). P. 52. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007)* sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Rodolfo Stavenhagen. UNESCO.

¹³² Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976. Sección 5. Actualmente hay 151 Aboriginal Land trusts.

pertenece a un pueblo originario, siendo el porcentaje más alto en toda Australia de representatividad indígena. Una ley similar se promulgó en Nueva Gales del Sur, en 1983, que contempla la facultad de los Consejos de Tierra en dicho Estado a negociar permisos de acceso con otros propietarios o poseedores de tierras para caza, pesca y recolección; y también desarrolla la institución de Acuerdos de Tierras Aborígenes (Indigenous Land Agreements)¹³³.

Una importante devolución de tierras se realizó también en 1981 en Australia del Sur mediante el Acta de Derechos de Tierra Anangu Pitjantjara Yankunytjatjara, por el que se devolvió al pueblo originario el equivalente al 10.4% del área terrestre (102.650 kilómetros cuadrados) al noroeste del Estado de Australia del Sur. Esta ley le otorgó reconocimiento y protección legal a las reclamaciones de los Anangu sobre sus tierras tradicionales, pero su mayor defecto es el no sentar bases para reclamaciones de otros grupos del Estado.

Estos ejemplos constatan que, si bien estatutariamente se otorgaban derechos a distintas comunidades aborígenes sobre sus tierras en virtud de actas estatales, no había un método común para reclamar derechos de tierras o recursos, ni se estipulaba que estos derechos habían existido desde antes de la llegada de los ingleses, restándoles legitimidad¹³⁴. En efecto, hasta 1985 la jurisprudencia señalaba que “(...) *la visión comúnmente aceptada se mantiene de que el derecho común desconoce cualquier título nativo comunal u otra reclamación legal de los*

¹³³ Véase Aboriginal Land Rights Act 1983 (NSW). Disponible en <https://www.legislation.nsw.gov.au/inforce/55f683dc-ec68-4987-d582-d1b771295ad4/1983->

¹³⁴ Native title in Australia and South Africa: A search for something that lasts. Justin Hunter. University of Miami International and Comparative Law Review. Vol. 22 N°2. 2015. P. 240.

*clanes o pueblos Aborígenes, incluso en las tierras tribales ancestrales en las que aún viven*¹³⁵.

La creación de la Comisión de Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres en 1989¹³⁶ fue un intento administrativo para facilitar protecciones a los indígenas nacionales, y dotarlos de la máxima participación posible en la formulación de políticas de gobierno y su implementación. A pesar de sus ideales fundantes, lo cierto es que esta política fracasó en gran parte por falta de fondos, mala administración, corrupción entre sus líderes y el alejamiento con la población que decía representar, siendo finalmente disuelta el 2005 en el gobierno del Primer Ministro John Howard y reemplazada por el Consejo Nacional Indígena¹³⁷, organismo consultivo nombrado por el Gobierno.

¹³⁵ Sentencia 11 de la Corte Suprema de Australia. Gerhardy v. Brown. 28 de febrero de 1985. Párr. 12. Disponible en <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1985/11.html>

¹³⁶ Aboriginal Torres Strait Islander Commission Act.

¹³⁷ Indigenous National Council.

IV. D. 1. El caso Mabo versus Queensland

La sentencia de este caso constituye un fallo histórico por el reconocimiento por primera vez del título nativo de tierra en Australia, en el que la Corte Suprema de Australia reconoce los estándares internacionales de justicia y derechos humanos en razón de la evolución del derecho australiano desde el derecho inglés¹³⁸. Australia fue una de las últimas naciones occidentales en reconocer el título que sostenían los indígenas respecto a sus tierras, a diferencia de Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá, principales países herederos de la tradición británica del common law.

Eddie Mabo, junto a otros 4 miembros de los Meriam, tradicionales habitantes del Estrecho de Torres, solicitaron al gobierno de Queensland, en nombre de su comunidad, el reconocimiento de su título nativo sobre las islas de Mer, Dawar y Waier en el Estrecho. Los actores declaraban que el pueblo Meriam era simultáneamente dueño por costumbre, titular de título nativo tradicional y titular de derechos usufructuarios respecto a sus territorios, esto a causa de la adquisición federal de las islas del Estrecho de Torres, la cual se realizó sin compensación a los pueblos indígenas de la zona por parte del Estado de Queensland, en virtud de la Queensland Coast Island Declaratory Act de 1985. El Acta Declaratoria afirmaba que respecto a la anexión de las islas reclamadas, en 1879, el título sobre éstas era vestido al Estado de Queensland libre de otros intereses, derechos y reclamaciones.

La Corte Suprema de Australia¹³⁹, órgano directivo del Poder Judicial de la Mancomunidad australiana¹⁴⁰, estimó que la anexión en 1879 de las islas del

¹³⁸ Native title in Australia and South Africa: A search for something that lasts. Justin Hunter. University of Miami International and Comparative Law Review. Vol. 22 N°2. 2015. P. 241.

¹³⁹ Sentencia 23 de la Corte Suprema de Australia. Mabo v. Queensland (No. 2). 3 de junio de 1992. Disponible en http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/high_ct/1992/23.html

¹⁴⁰ Véase Constitución de Australia. Artículo 71.

Estrecho no extinguió el derecho de título nativo a la tierra que solicitaban los isleños. El máximo Tribunal estimó que el Estado de Queensland había violado la libertad del pueblo Meriam de goce de sus territorios tradicionales de forma discriminatoria racialmente, en razón a la sección 9 de la RDA. De esta manera, enfatizó en el deber del Estado de procesar las reclamaciones de título nativo de los aborígenes en términos iguales a los de granjeros blancos y negocios privados interesados.

La Corte reconoció la perspectiva de los indígenas respecto a su relación con las tierras tradicionales. Así, se echó abajo la doctrina de "*terra nullius*", al afirmar la Corte Suprema que el derecho común australiano reconocía la continuidad del título sostenido por los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales. En virtud de esta relación, el tribunal definió al título nativo como "*los intereses y derechos de los habitantes indígenas en tierra, sea comunal, grupal o individual, poseída bajo las leyes tradicionales reconocidas y las costumbres tradicionales observadas por los habitantes indígenas*¹⁴¹". No obstante, entendió y desarrolló al título nativo como una carga respecto al título radical de la Corona sobre sus tierras, cuyo origen y contenido derivaba de las leyes y costumbres de los pueblos originarios. Mentado título radical de la Corona no es un título real respecto a una propiedad, sino una encarnación de la facultad soberana de la Corona de crear intereses privados de propiedad, tanto respecto a otros (por otorgamiento o concesión administrativa) como a sí misma (mediante la apropiación de tierras para propósitos de la Corona)¹⁴².

Determinó la Corte que el título nativo concede un derecho comunitario no enajenable de uso y ocupación sometido a la Corona, por ende, los derechos que comprenda serán extinguidos por cualquier otro acto gubernamental que sea

¹⁴¹ Sentencia Corte Suprema de Australia. Caso Mabo. Párr. 61.

¹⁴² The common law construct of native title: a re-feudalisation of Australian land Law. Scott Grattan y Luke McNamara. Griffith Law Review. Vol. 8 N° 1. P. 57.

inconsistente con la existencia de los derechos de título nativo, como propiedad absoluta (*freehold* o *fee simple*), o como muchas tierras otorgadas en los días de asentamiento australiano, a modo de *leasehold*. A su vez, la pérdida de la conexión con sus tierras tradicionales también extingue los derechos de título nativo de los indígenas. Ejemplificando, la Corte señaló que *“Una reserva de tierra para uso futuro como una escuela, una corte o una oficina pública no extinguirá por sí misma el título nativo; la construcción del edificio, por su parte, sería inconsistente con el disfrute continuado del título nativo, el cual sería entonces extinguido. Pero donde la Corona no ha otorgado intereses en tierra o tierras reservadas y dedicadas inconsistentemente con el derecho al goce continuado del título nativo por los habitantes indígenas, el título nativo subsiste y es legalmente exigible”*¹⁴³.

En palabras del voto de mayoría, *“Donde la Corona se haya válida y efectivamente apropiado de tierras para sí misma, y dicha apropiación sea entera o parcialmente inconsistente con un derecho continuado de goce de título nativo, el título nativo es extinguido a la extensión de la inconsistencia (...) El título nativo continúa donde las tierras baldías de la Corona no hayan sido apropiadas o usadas o donde la apropiación y uso es consistente con el continuo y concurrente goce del título nativo sobre la tierra (como por ejemplo, tierras continuas a un parque nacional)”*¹⁴⁴. En resumen, la distinción entre otorgamientos a privados de la Corona y las apropiaciones que ésta hace para sí, es que en el caso de los primeros, se considera la inconsistencia legal entre los derechos otorgados y el título nativo, en tanto que para las segundas, es el uso inconsistente de la Corona el que extingue el título nativo sobre las tierras apropiadas¹⁴⁵. A juicio del Tribunal, ante conflicto de derechos, primaría la voluntad soberana, pero se dejó abierta la pregunta respecto a

¹⁴³ Sentencia Corte Suprema de Australia. Caso Mabo. Párr. 81.

¹⁴⁴ Sentencia Corte Suprema de Australia. Caso Mabo. Párr. 83.5.

¹⁴⁵ Co-existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada. Kent McNeil. Canadian Native Law Reporter. 1997. Vol. 3. P. 7.

si los derechos de los titulares de derechos nativos, en vez de ser extinguidos, serían suspendidos por la duración de algunos derechos inconsistentes no exclusivos.

Otra conclusión de la Corte Suprema australiana fue la posibilidad de extinción de derechos de título nativo, realizada antes de la entrada en vigencia de la RDA. Dicha extinción vulnera en particular la imposibilidad de infracción por parte del Poder Ejecutivo de derechos legales sin la prerrogativa específica o autoridad legislativa¹⁴⁶, homologable al principio de legalidad continental. Esta sentencia no enumeró precisamente qué tipos de dotaciones de tierra eran inmunes a reclamaciones de título nativo, ni desarrolló el cómo los intereses en conflicto podían resolverse¹⁴⁷.

El caso Mabo también conllevó la formación de la Corporación de Tierra Indígena¹⁴⁸ en 1995, órgano consultivo y asistencial, el cual se conforma por 7 miembros (4 indígenas como requisito mínimo), que se encarga de la creación de todas las políticas y decisiones de adquisición de tierras indígenas para el beneficio económico, cultural, social y ambiental de los pueblos originarios, dependiente del Ministro de Asuntos Indígenas. En razón de esta sentencia, se conmemora el día 3 de junio como el “día Mabo”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Co-existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada. Kent McNeil. Canadian Native Law Reporter. 1997. Vol. 3. P. 2.

¹⁴⁷ Aboriginal Land Rights in Australia. Sandy Wood. Human Rights Brief Vol. 6 N°3. 1999. P.6.

¹⁴⁸ Indigenous Land Corporation.

¹⁴⁹ Véase <http://www.abc.net.au/rightwrongs/story/mabo-native-title/>

IV. D. 2. Native Title Act de 1993

Tras el caso Mabo, se debía conciliar el fallo con la legislación interna nacional, de manera de otorgar base estatutaria al título nativo reconocido por el derecho común. Bajo la presión social de los propietarios rurales, las mineras y por supuesto, los aborígenes, se llegó a la creación de la Ley del Título nativo¹⁵⁰ (NTA) en 1993, aplicable a cada uno de los Estados de Australia, al Territorio Capital Australiano y al Territorio del Norte, como ley mancomunal.

En su preámbulo, este cuerpo legal reconoce la desposesión vivida por los indígenas australianos, realizada sin mediar compensación alguna, y respecto a la cual sucesivos gobiernos han fallado en alcanzar un acuerdo duradero con los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres, lo que ha tornado a los pueblos originarios en el grupo más desfavorecido en la sociedad australiana. Esta ley fue creada bajo los estándares de la Racial Discrimination Act (RDA).

Los objetivos principales de esta ley son, de acuerdo a la sección 3, el reconocimiento y protección del título nativo, no pudiendo extinguirse el título nativo excepto por los medios estipulados en la NTA; el establecer procedimientos de negociación respecto a tratativas afectando al título nativo, un mecanismo para determinar las reclamaciones de título nativo; y la validación de actos anteriores potencialmente invalidados por la existencia del título nativo¹⁵¹. La ley distingue entre actos pasados (hechos antes de la entrada en vigencia del acta, inválidos en razón del título nativo) y actos futuros (hechos tras la entrada en vigencia, cuales pueden válidamente afectar al título nativo o ser inválidos). Aún así, valida cualquier acto pasado atribuible a la Mancomunidad¹⁵², si bien otorga la garantía a los pueblos

¹⁵⁰ Native Title Act 1993 (Commonwealth).

¹⁵¹ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 3.

¹⁵² Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 14.

originarios que residen o pueden acceder a tierras o aguas de un *pastoral lease*, de no ser expulsados de estos terrenos¹⁵³.

El proceso para una determinación de título nativo y compensaciones respectivas se realiza ante la Corte Federal de Australia¹⁵⁴ de acuerdo a la sección 4 número 7, cuales son los tribunales de primera instancia a lo largo del país. Tanto la determinación de la Corte Federal o una orden, sentencia u otra decisión realizada por un órgano Estatal o Territorial respecto a derechos de título nativo pueden ser revisadas o apeladas ante la Corte Suprema de Australia. La NTA estableció un Tribunal Nacional de Título Nativo (*National Native Title Tribunal*)¹⁵⁵, quien lleva el registro de las solicitudes de determinación de título nativo, y está facultado para la aplicación de esta ley a acuerdos respecto a título nativo¹⁵⁶, además de otorgar asistencia legal y actuar como mediador cuando así lo determine la Corte Federal, si no, otro cuerpo mediador debe actuar en la mediación de la reclamación. En la realización de una reclamación de título nativo, no se deben reclamar minerales, petróleo o gases, pues Australia tiene el dominio absoluto de los minerales del suelo y subsuelo; so pena de no ser registrada la reclamación¹⁵⁷.

La reclamación de título nativo se realiza en nombre de un grupo representativo del pueblo aborígen que reclama derechos e intereses en las tierras y aguas según sus leyes y costumbres tradicionales. Estas tierras pueden ser tierra baldía, parques nacionales, bosques estatales, reservas nacionales, *leases* no exclusivos, fuentes

¹⁵³ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 15 N° 2.

¹⁵⁴ Federal Court of Australia.

¹⁵⁵ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 4 N°7 b).

¹⁵⁶ Los Indigenous Land Use Agreements, o acuerdos de uso de tierras indígenas, son acuerdos vinculantes del grupo de título nativo que permiten la realización de ciertas actividades en tierras o aguas, como actividades mineras, agrícolas, de infraestructura, o el proporcionar acceso a un área, a cambio de una compensación a los grupos titulares de título nativo (incluso si su título no ha sido reconocido todavía). Suelen contener cláusulas de rendición de derechos e intereses de título nativo a cambio de alguna compensación, con tal de esquivar el escollo de imposibilidad de transferencia.

¹⁵⁷ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 190B N°9.

hídricas endógenas y exógenas, y la costa marítima. Es en razón de estos usos, que se reconocen derechos, no se otorgan derechos de propiedad. Cabe destacar que las diferencias entre el título nativo (native title) y los derechos de tierras aborígenes (aboriginal land rights) son, aparte de la fuente de la que emanan los títulos nativos (NTA) que rige sobre la Mancomunidad australiana, en contraste a la fuente de los últimos que se encuentra en legislación estatal o territorial, la tenencia de la tierra: las tierras aborígenes confieren un rango de derechos de propiedad que permiten a los propietarios tradicionales el desarrollo económico de sus tierras, pudiendo venderse, arrendarse y en definitiva cualquier otro acto, en contraste al título nativo que comprende una serie de derechos relacionados con las afiliaciones tradicionales que hayan continuado sin extinguirse durante los últimos 200 años desde el asentamiento europeo, siendo menos flexibles las gamas de uso de las tierras al lado de los *aboriginal land rights*. La sección 223 N° 1 de la NTA define al título nativo como los derechos e intereses reconocidos, sean comunales, grupales o individuales, de los pueblos aborígenes o de los isleños del Estrecho de Torres en relación a tierras o aguas, bajo 3 requisitos: a) los derechos e intereses son poseídos bajo leyes tradicionales reconocidas, y las costumbres tradicionales resguardadas por los pueblos aborígenes o isleños del Estrecho de Torres; b) los pueblos aborígenes e isleños tienen una conexión con las tierras o aguas en virtud de dichas leyes y costumbres; y c) dichos derechos e intereses son reconocidos por el derecho común de Australia. Como regla general, ninguno de estos tipos de derechos sobre tierras impone la obligación de pagar impuestos¹⁵⁸.

Esta acta contempla un proceso de participación en las decisiones concernientes al uso de tierras de las comunidades, aunque sin tener derecho a veto¹⁵⁹. Así, este derecho se manifiesta en el deber de ser consultados, participar y negociar

¹⁵⁸ Véase <https://www.ato.gov.au/General/Aboriginal-and-Torres-Strait-Islander-people/In-detail/Receiving-native-title-benefits---what-it-means-for-your-tax-obligations/>

¹⁵⁹ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 29.

decisiones sobre actividades propuestas en determinados territorios, con tal de negociar beneficios para sus comunidades, los cuales pueden incluir compensación, dotación de servicios, trabajos, capacitación, etc. Si bien constituyó todo un avance para el contexto nacional australiano, lo cierto es que los meros derechos sobre las tierras y las medidas paleativas de compensación son insuficientes al lado de las necesidades y poder de decisión que tienen los pueblos indígenas, más si se considera la incertidumbre de validez respecto al título nativo versus *leases* en general u otras tenencias de tierra. Sólo cuando se reconocen derechos exclusivos de posesión respecto al título nativo, es que podemos hablar de inoponibilidad de los demás títulos de tenencia de tierras.

Esta institución implica el contacto de dos sistemas de derecho: las leyes y costumbres tradicionales que regían las vidas de los aborígenes antes de la colonización australiana; y el sistema legal inglés, que incluye el derecho común y las leyes australianas. La ley de Título Nativo confirmó lo fallado en Mabo, respecto a que los títulos de propiedad equivalentes a propiedad absoluta eran inmunes a reclamaciones de título nativo. En contraste también se estableció que los titulares del derecho de título nativo sólo podrían ser recompensados por el extinguimiento de título nativo después de la publicación de la RDA de 1975; así, los aborígenes despojados y reubicados antes de 1975 no pudieron reclamar título alguno a sus tierras tradicionales¹⁶⁰. La NTA incluyó en el concepto de título nativo los usos tradicionales de tierra como pesca, caza y recolección a lo largo de los territorios tradicionales, relacionados a las actividades tradicionales que han continuado sin ser extinguidas ni interrumpidas en las comunidades, en vez de otorgar derechos de propiedad¹⁶¹. Siguiendo esta lógica de continuación de derechos del título nativo, es que se prohíbe la transferencia de éstos, a diferencia de los derechos aborígenes de

¹⁶⁰ Aboriginal Land Rights in Australia. Sandy Wood. Human Rights Brief Vol. 6 N°3. 1999. P.6.

¹⁶¹ *Ibidem*.

tierras, que tienen ciertos requisitos dependiendo de la legislación que los concede para su transferencia, arrendamiento, permisos de uso, etc. A quienes se les haya reconocido como titulares de título nativo por la Corte Federal, deben formar una corporación (Prescribed Body Corporate) para representarlos como grupo y administrar y dirigir sus derechos e intereses.

Este cuerpo normativo “*también tuvo el efecto de anulación de legislación de Australia Occidental, resultado de la sección 109 de la Constitución Australiana*¹⁶²”, la cual “*había buscado la extinción de todos los títulos nativos que subsistían en Australia Occidental*”, mediante la dictación de la Land (Titles and Traditional Usage) Act de 1993. Esta acta fue declarada completamente ineficaz en 1995, por sentencia de la Corte Suprema de Australia¹⁶³, al contravenir la Ley de Discriminación racial de 1975 y la Ley de Título Nativo.

¹⁶² Constitution of Australia. Section 109: When a law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid.

¹⁶³ Véase *Western Australia v. Commonwealth (Native Title Act Case)* 1995

IV. D. 3. El caso del pueblo Wik

En diciembre de 1996, la Corte Suprema de Australia sentenció en el caso Pueblos Wik v. Queensland¹⁶⁴, el cual consistía en una reclamación de los pueblos Wik y Thayorre sobre tierras en el Cabo de York, que el derecho al título nativo no se extinguía necesariamente en razón del otorgamiento de *pastoral leases*, al no otorgar éstos títulos posesión exclusiva de la tierra al arrendatario, sino que podían coexistir con el título nativo. Cabe recordar que los arrendamientos pastorales fueron creados en una época de expansión colonial para asegurar el desarrollo en las actividades agrícolas y colonización. Aproximadamente, el 44% del territorio total de Australia estaba sujeta a arrendamientos pastorales, por lo que este fallo implicó gran importancia.

El razonamiento del Tribunal fue entender que salvo mención expresa de extinguiamiento en el otorgamiento de tierras por la Corona, coexistiría el título nativo con los usuarios pastorales¹⁶⁵. Donde hubiera entonces inconsistencia legal, es decir, imposibilidad de coexistencia entre los derechos conferidos por el otorgamiento estatal y los conferidos por el título nativo, se cumpliría la hipótesis de extinguiamiento. Esto ayudó a abandonar la idea de que el tipo de tierra sujeta a reclamaciones de título nativo fuera sólo sobre tierras no reclamadas por la Corona, es decir, tierras fiscales, incluidas reservas y parques nacionales, principalmente ubicados en Australia Occidental y Queensland¹⁶⁶. Así, se vio aumentada la cantidad porcentual de territorios a reclamar como título nativo, siendo ésta potencialmente $\frac{3}{4}$ de territorio australiano.

¹⁶⁴ Sentencia 40 de la Corte Suprema de Australia. Wik Peoples v Queensland [1996] HCA 40. Disponible en <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1996/40.html>

¹⁶⁵ Evolution of Indigenous Environmental Rights. Peter Manus. Boston College Environmental Affairs Law Review. Vol. 33 N° 1. 2006. P. 43. Disponible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=ealr>

¹⁶⁶ The story of native title. Michael Weir. The National Legal Eagle. Vol. 8 N°1. 2002. P.9.

Recordemos que los derechos de tierra en la esfera privada de Australia fueron creados sin la rendición de los pueblos originarios al título que siempre alegaron tener sobre sus territorios tradicionalmente ocupados, ni tampoco reconocidos en algún tratado firmado con los colonizadores. *“Si la Corona carecía de autoridad para crear intereses válidos en tierras que eran materia de título nativo, esto podría poner en peligro los intereses de terceras partes. (...) la respuesta de la Corte Suprema de Australia a esta situación fue el crear una excepción a la regla establecida del common law de no poder interferir la Corona sobre derechos establecidos sobre tierras salvo disposición estatutaria inequívoca. Dicha regla, de acuerdo a la Corte, aplica sólo a intereses de propiedad raíz que derivan de concesiones de la Corona. Como el título nativo no está basado en una concesión de la Corona, no goza de la protección contra la acción ejecutiva que sí está otorgada a otros intereses en la propiedad. De esta cuestionable manera, la Corte Suprema fue capaz de lograr sus metas de reconocer el título nativo y al mismo tiempo el mantener la validez de los intereses privados en la tierra¹⁶⁷”*. Esta legitimación estatal parece denotar la intención legislativa de la nación australiana, pues, como consigna McNeil, *“lo que realmente parece determinar el resultado en este tipo de casos es la extensión a la que los derechos indígenas pueden ser reconciliados con la historia del asentamiento británico sin perturbar la estructura de poder político-económica actual¹⁶⁸”*.

¹⁶⁷ The vulnerability of Indigenous Land Rights in Australia and Canada. Kent McNeil. Osgoode Hall Law Journal. Vol. 42 N° 2. 2004. P. 297-298.

¹⁶⁸ The vulnerability of Indigenous Land Rights in Australia and Canada. Kent McNeil. Osgoode Hall Law Journal. Vol. 42 N° 2. 2004. P. 300-301.

IV. D. 4. Native Title Amendment Act

La NTA sería enmendada el año 1998, como respuesta del gobierno de John Howard a los temores de granjeros y mineros de que las decisiones de los casos Mabo y Wik colocaran en jaque su bienestar económico, poniendo incerteza en sus facultades para explotar los recursos naturales que controlaban. La enmienda confirmaría que las concesiones de la Corona hechas por la Mancomunidad extinguirían el título nativo si éstas fueran válidas e implicaran actos previos de posesión exclusiva¹⁶⁹. En caso que los actos implicaran posesión no-exclusiva, el extinguimiento del título nativo se daría hasta la extensión de cualquier inconsistencia. El acta limitó la facultad de los aborígenes reclamantes de título nativo para negociar respecto a usos reglados de tierra pastoral como la minería, perjudicando también el derecho a negociar compensación para permitir estos usos, y otorgó validez a “actos anteriores” como concesiones de tierra de la Corona, extinguendo o infringiendo derechos de título nativo¹⁷⁰. La carga de la prueba en las reclamaciones de título nativo se hizo más difícil y exigente respecto a la mantención del uso tradicional e ininterrumpido de la tierra y se le otorgó considerable poder a los Estados, quienes son considerados menos receptivos que el gobierno federal a las reclamaciones de título nativo, para decidir sobre las reclamaciones de tierras¹⁷¹.

Las disposiciones de esta ley contribuyeron a la reducción sustantiva de derechos aborígenes al título nativo de sus tierras. Respecto a este fenómeno, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó al gobierno australiano que

¹⁶⁹ Native Title Act 1993 (Commonwealth). Section 23A y 23B.

¹⁷⁰ Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World. Kent McNeil. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper N° 24. 2008. P. 32. Disponible en

<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=clpe>

¹⁷¹ Véase Aboriginal Land Rights in Australia. Sandy Wood. Human Rights Brief Vol. 6 N°3. 1999. P.6 y 10.

examinara "(...) *atentamente también cualquier otra legislación estatal o de los territorios que se [tuviera] proyectada para asegurar que [cesara] el cercenamiento de la protección de los derechos de los aborígenes*¹⁷²".

¹⁷² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, observaciones finales: Australia (CERD/C/304/Add.101, de 19 de abril de 2000).

IV. D. 5. El caso del pueblo Ngarrindjeri y el patrimonio cultural

La Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act 1984 (Mancomunidad)¹⁷³ tiene como objetivo la preservación y protección de áreas y objetos de particular significado para los indígenas australianos de acuerdo a sus tradiciones. La aplicación de dicho cuerpo legal sería restringida por la Hindmarsh Island Bridge Act en 1997, la cual permitía la construcción de un puente en territorio tradicional del pueblo Ngarrindjeri, de especial relevancia para las mujeres integrantes de la comunidad, quienes alegaban ser las guardianas de un “negocio de mujeres” secreto para el que la isla había sido tradicionalmente usado, no debiendo ser descubierto por hombres pertenecientes al pueblo originario, u otros.

El año 1998, la Corte Suprema de Australia tuvo que resolver la validez del Bridge Act, teniendo como argumento principal de las originarias Ngarrindjeri que la cláusula constitucional respecto a razas, reformada con el referéndum de 1967, sólo se extendía a leyes en beneficio de los indígenas, no pudiendo ser usadas para imponer un detrimento a las personas de “raza”. La Corte determinó que no era de su competencia el determinar el impacto positivo o negativo de la ley, construyéndose a fin de cuentas el puente Hindmarsh.

El voto disidente del magistrado Kirby sostuvo que la cláusula constitucional “*no se extiende a la promulgación de leyes perjudiciales o discriminatorias contra las personas de cualquier raza*”¹⁷⁴; sino para permitir sólo discriminación positiva o benigna¹⁷⁵. Este caso no hace sino reafirmar la necesidad de un catálogo de derechos constitucionales a favor de los indígenas australianos, al tenerse un criterio de interpretación literal de la ley.

¹⁷³ Véase <https://www.legislation.gov.au/Details/C2005C00228>

¹⁷⁴ Hindmarsh Island Bridge Case; 411.

¹⁷⁵ Hindmarsh Island Bridge Case 413

Mención debe darse al primer caso que trató derechos sobre territorios marítimos en una reclamación de título nativo: Commonwealth of Australia v. Yarmirr¹⁷⁶ en 2001, en el que se reclamaba el título nativo sobre el fondo oceánico, solicitando posesión exclusiva del área. Los derechos reconocidos a la comunidad indígena reclamante por la Corte Suprema Australiana incluyeron el acceso libre al mar y al fondo marino, derechos de pesca, caza y recolección para fines personales no-comerciales, derecho al acceso al mar para transporte en el área, y protección de lugares de importancia cultural o espiritual, sin embargo, no se reconoció la posesión exclusiva del área reclamada, en razón del carácter público de la navegación y pesca, a la luz de los principios reconocidos en el derecho común y las obligaciones de Australia ratificados en los tratados internacionales¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Sentencia 56 de la Corte Suprema de Australia. Commonwealth v. Yarmirr. 11 de octubre de 2001. Párr. 327. Disponible en <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2001/56.html>

¹⁷⁷ The story of native title. Michael Weir. The National Legal Eagle. Vol. 8 N°1. 2002. P.9-10.

IV. D. 6. El caso Ward

La Corte Suprema de Australia tendría la oportunidad de afirmar sus razonamientos pasados con el caso *Western Australia v. Ward*¹⁷⁸, respecto a reclamaciones de título nativo de tierras y aguas en nombre de los pueblos indígenas Miriuwung, Gajerrong y Balangarra, en territorios de Australia Occidental y el Territorio del Norte que habían sido entregados por concesión estatal a colonizadores no indígenas a finales del siglo XIX principalmente para actividades pastorales.

Los pueblos buscaban la declaración de sus derechos de posesión exclusiva, ocupación uso y goce de la tierra, aguas y otros recursos naturales del área comprendida en la acción judicial, como también el reconocimiento de sus derechos a “hablar en nombre de” las tierras y el proteger el conocimiento cultural relacionado a éstos. El fallo reconoció la relación espiritual entre los pueblos aborígenes y su territorio, como partes orgánicas de un todo indisoluble, expresándose dicha relación en el derecho y deber de las tribus respectivas a “hablar por” su “país”, *“pero el enfocarse solamente en el requisitos de otros por buscar permiso por algunas actividades sobresimplificaría la naturaleza de la conexión que la frase busca capturar”*¹⁷⁹.

La Corte rechazó así la idea de que la conexión de una tribu con sus tierras pueda ser medida solamente por su facultad de impedir a las personas no-indígenas el acceso, pues se impondrían conceptos de derecho común en pueblos que perciben la conexión con la tierra comunal muy distintamente a las del legislador común¹⁸⁰. A pesar de esto, al describir al título nativo, se le calificó como un conjunto de derechos, respecto de cada uno debe probarse su existencia por un pueblo

¹⁷⁸ Sentencia 28 de la Corte Suprema de Australia. *Western Australia v. Ward*. 8 de agosto de 2002. Disponible en <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/28.html>

¹⁷⁹ Sentencia *Western Australia v. Ward*. Párr. 14.

¹⁸⁰ Sentencia *Western Australia v. Ward*. Párr. 84 y 90.

aborigen reclamándolos, y cada uno de estos puede ser extinguido individualmente por la Corona. Respecto a los derechos reclamados de tomar o usar minerales o alguna práctica respecto a estos, al no haberse observado evidencia de alguna costumbre tradicional respecto a actividades de explotación, no sería incluida en el título nativo de las comunidades.

IV. D. 7. El pueblo Yorta Yorta

Tras la entrada en vigencia de la Enmienda a la NTA de 1998, la primera reclamación de tierras en llegar a juicio fue la del pueblo Yorta Yorta, sobre territorios al norte de Victoria y en el sur de Nueva Gales del Sur. La acción fue rechazada por la Corte Federal y su Pleno antes de llegar a la Corte Suprema de Australia en 2002. El 8 de agosto de dicho año, el Tribunal Superior de Australia¹⁸¹ denegó los títulos de propiedad de los aborígenes sobre cualquier recurso mineral o petrolífero en los terrenos de la reclamación pretendida.

La exigencia de requisitos estrictos de continuidad del derecho y costumbres propias para el éxito de las reclamaciones de título nativo fue la principal razón de la sentencia, al no haberse controvertido en juicio la disrupción devastadora de los modos tradicionales de vida, lenguas indígenas y prácticas tradicionales de la comunidad reclamante, sino más bien confirmar que el sistema tradicional de costumbre nativa había sido cambiado y adaptado debido al asentamiento europeo¹⁸². Una vez interrumpidas las costumbres o leyes tradicionales, esto significaría una obstaculización a su legado de generación en generación¹⁸³, teniendo un grave impacto en los derechos de los indígenas sobre sus tierras¹⁸⁴.

Cabe destacar que este criterio de interrupción ha sido rechazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en su sentencia de la Comunidad

¹⁸¹ Sentencia Corte Suprema de Australia. Miembros de la Comunidad aborigen Yorta Yorta v. Victoria. 12 de diciembre de 2002. Párr. 107. Disponible en <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/58.html>

¹⁸² Sentencia Corte Suprema de Australia. Caso Yorta Yorta v. Victoria. Párr. 47 y 82.

¹⁸³ Evolution of Indigenous Environmental Rights. Peter Manus. Boston College Environmental Affairs Law Review. Vol. 33 N° 1. 2006. P. 50. Disponible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=ealr>

¹⁸⁴ Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World. Kent McNeil. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper N° 24. 2008. P. 19. Disponible en <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=clpe>

Moiwana vs. Surinam expuso “*la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes –lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N’djuka y por las comunidades indígenas vecinas- debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad*”¹⁸⁵, confirmando el fallo de la comunidad Awas Tigni y valorando las situaciones fácticas que viven las comunidades indígenas.

El caso tuvo como consecuencia un acuerdo de administración cooperativa del gobierno del Estado de Victoria con el pueblo Yorta Yorta, el cual abarcaría tierras públicas, ríos y lagos en el Estado australiano. Un resultado muy distinto se obtuvo en el caso de los pueblos Wotjobaluk, Jaadwa, Jadawadjali, Wergaia y Jupagulk con Victoria (2005)¹⁸⁶, en el que la Corte Federal de Australia reconoció los derechos contenidos en la reclamación de título nativo, habiendo éstos aguantado el pasar del tiempo, permaneciendo sus costumbres y leyes tradicionales.

La experiencia del caso de la comunidad Yorta Yorta viene a confirmar que “*el título nativo no puede ser reestablecido por el reasentamiento de leyes y costumbres tradicionales, pues en dicho caso es imposible demostrar la conexión necesaria entre la práctica actual y la práctica tradicional de los tiempos de adquisición de soberanía europea en 1788*”¹⁸⁷. Tanto en los casos Ward como Yorta Yorta, pueden percibirse los resultados que la fragmentación e inflexibilidad en los requisitos de

¹⁸⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005). Párr. 133.

¹⁸⁶ Sentencia 1795 de la Corte Federal de Australia. Wotjobaluk, Jaadwa, Jadawadjali, Wergaia y Jupagulk v. Victoria. 13 de diciembre de 2005.

¹⁸⁷ The Next Chapter in the Story of Native Title. Michael Weir. The National Legal Eagle. 2003. Vol. 9 N° 1. P.9. Disponible en <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=nle>

prueba para establecer el título nativo tendría para las pretensiones de los pueblos indígenas: la adopción de una perspectiva no indígena que dificultaría más aún el reconocimiento de los derechos de los pueblos¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Evolution of Indigenous Environmental Rights. Peter Manus. Boston College Environmental Affairs Law Review. Vol. 33 N° 1. 2006. P. 82. Disponible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=ealr>

Capítulo V. Los indicadores socioeconómicos de la población australiana

Varios informes confirman la situación de vulnerabilidad que viven los pueblos originarios en Australia. Los indicadores oficiales demuestran que los aborígenes constituyen el sector más pobre y marginado de la población¹⁸⁹. El Ingreso por familia de los aborígenes es el 68% de los australianos no indígenas, y se estima que un 30% de todos los hogares indígenas son pobres. Los aborígenes de Australia tienen menos de la mitad de las oportunidades de completar 12 años de educación que los no indígenas, su tasa de desempleo es 4 veces mayor, la tasa de personas encarceladas 16 veces mayor, y la esperanza de vida al nacer es de 20 años menos que la de los australianos no indígenas. La mortalidad infantil es más del doble que la de niños no indígenas y las mujeres aborígenes experimentan una tasa de encarcelamiento mayor que cualquier otro colectivo.

La desigualdad en derechos tan básicos como el acceso a la justicia, la compensación o reparación respecto a proyectos de inversión a realizar en sus tierras, la salud y la educación, han producido a su vez descontento y desconfianza respecto al aparato estatal por parte de las comunidades indígenas. Es por ello que diversas entidades internacionales han desarrollado mecanismos para otorgarles la protección necesaria a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, con tal de guiar, fijar y reivindicar la manera de actuar de los Estados modernos respecto a sus poblaciones primigenias y originarias; derechos que incluyen la consulta previa, libre e informada, el consentimiento previo libre e informado, el acceso y propiedad exclusiva de sus recursos ancestrales basados en la ocupación tradicional de sus tierras.

¹⁸⁹ Tendencias y desafíos (2007) Rodolfo Stavenhagen. P. 149. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007)* sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. UNESCO.

En el año 2004, el profesor Stavenhagen resaltó que “*los indígenas siguen siendo víctimas de discriminación en la administración de justicia en Australia. Desde 1997 los aborígenes suelen constituir más del 20% de la población carcelaria, si bien sólo son el 2,4% de la población del país*”.¹⁹⁰ Dichos porcentajes suben preocupantemente cuando se trata de la población penitenciaria de mujeres (20 veces más que las mujeres no indígenas en centros penitenciarios) y niños (40% en instituciones correccionales).

El profesor también destacó las iniciativas de participación indígena en programas como el de vigilancia policial de comunidades, patrullas nocturnas, paneles y grupos de justicia de la comunidad, la aplicación de condena en círculo y tribunales aborígenes, como el Tribunal nunga, el Tribunal murri y el Tribunal koori¹⁹¹. Las instancias participativas de solución de conflictos, donde se reconocen las prácticas culturales indígenas por ley, constituyen las más importantes mejoras en cuanto a autodeterminación y derechos de participación en políticas públicas. Así lo evidenciaba Stavenhagen, según quien “*Los proyectos del Grupo de Justicia Comunitaria, iniciados en 1993, tienen como fin ofrecer a los pueblos aborígenes un mecanismo para resolver los problemas de la justicia y del control social en consonancia con el derecho y las prácticas culturales indígenas, así como con el sistema jurídico angloaustraliano, los cuales han logrado contribuir a la disminución*

¹⁹⁰ La justicia y los derechos indígenas (2004). P. 80. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007) sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Rodolfo Stavenhagen. UNESCO

¹⁹¹ La justicia y los derechos indígenas (2004). P. 89. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007) sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Rodolfo Stavenhagen. UNESCO.

*del nivel de la violencia y de la delincuencia, en especial de la delincuencia juvenil, y a cambiar las estructuras sociales y las actitudes frente al sistema de justicia*¹⁹².

Australia reorientó gradualmente las políticas relativas a las zonas protegidas hacia el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas solos o con las autoridades estatales, mediante alianzas dinámicas y sostenibles con las que se procura reparar las políticas de exclusión del pasado hacia el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, apuntando a una gestión sustentable de reservas y territorios tradicionales.

¹⁹² La justicia y los derechos indígenas (2004). P. 92. En *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial (años 2002 a 2007) sobre la situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Rodolfo Stavenhagen. UNESCO.

Capítulo VI. La intervención del Estado en el Territorio del Norte

El 21 de agosto de 2007, el Parlamento australiano promulgó el Acta de Respuesta Nacional en el Territorio del Norte¹⁹³ (NTNRA), como reacción a un reporte financiado por el gobierno¹⁹⁴ llamado “Little Children Are Sacred”, que trataba el abuso sexual infantil presentado en el Territorio, cuyas conclusiones diagnosticaban este fenómeno como un síntoma de ruptura entre la cultura y sociedad aborígen, consecuencia de los efectos acumulados de la pobreza presentada en las comunidades, cuyo tono general de urgencia logró que tuviera una rápida respuesta gubernamental.

La tramitación de este cuerpo normativo dejó poco espacio para la discusión o alguna instancia participativa respecto de los pueblos indígenas involucrados, resultando en la infracción a varios derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales como la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención 169 de la OIT, contribuyendo a la estigmatización intensificada de pueblos que han lidiado a lo largo de su existencia con el fenómeno de discriminación social.

La administración del gobierno del Primer Ministro Howard, responsable por la Intervención en el Territorio del Norte, ignoró casi todas las sugerencias de los reportes de instituciones promotoras de derechos humanos¹⁹⁵ (tanto nacionales como internacionales, incluyendo al anterior Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En distintos aspectos clave, esta normativa limita la

¹⁹³ Northern Territory National Response Act

¹⁹⁴ Publicado en el mes de abril de 2007.

¹⁹⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Apéndice B. Párr. 11.

capacidad de los individuos y comunidades indígenas de controlar sus recursos o participar en decisiones que afecten sus vidas, propiedad y desarrollo cultural, basado en un criterio de raza, vulnerando principalmente el derecho a la no discriminación y la autodeterminación.

Esta legislación intervencionista resultó en “*restricciones paternalistas en las comunidades aborígenes del Territorio del Norte*”¹⁹⁶, como la prohibición de alcohol y pornografía en áreas aborígenes del territorio, y el otorgamiento de facultades al gobierno de retomar la administración de tierras aborígenes otorgadas por varias legislaciones, tales como la Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976, con una duración de 5 años, similar a disposiciones antiguas vulneradoras de derechos fundamentales indígenas¹⁹⁷. La NTNRA suspendió además la Ley de Discriminación Racial de 1975, considerando las disposiciones contenidas en la nueva Acta, para efectos de la RDA, como medidas especiales¹⁹⁸, suspendiendo la prohibición de discriminación de la RDA y de las leyes que regulan la discriminación racial en el Territorio, sustrayendo de las cortes la facultad para evaluar la legitimidad de dicha ley. Esta suspensión deparó preocupación del Comité de Eliminación de Discriminación Racial, quien ya había calificado como problemáticas las secciones 25 y 51.26 de la Constitución Australiana¹⁹⁹.

Otra crítica realizada por organismos de defensa de los derechos fundamentales es a la medida de administración obligatoria de ingresos²⁰⁰, la cual permite al gobierno

¹⁹⁶ The Changing Winds of Civilization: The aboriginal and sovereignty between the desert and the State. Luke Caldwell. Citado en Emily Hart Cobb. Fifty Thousand Years Old and Still Fighting for Rights: The Continuing Struggle of Australia's Indigenous population. P. 383. Volumen 38 del Georgia Journal of International and Comparative Law (2010). Disponible en <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol38/iss2/5> (consultado el 04/09/2017).

¹⁹⁷ Véase Aborigines Act de 1934.

¹⁹⁸ Northern Territory National Response Act 2007. Sections 132 y 133.

¹⁹⁹ Reportes del Comité de Eliminación de Discriminación Racial. 27 de agosto de 2010. CERD/C/AUS/CO/15-17

²⁰⁰ Compulsory income management.

redestinar recursos de prestaciones de seguridad social recibidas por indígenas. Los fondos restringidos sólo pueden ser gastados en tiendas autorizadas de necesidades básicas, usando una tarjeta “BasicsCard”, exclusiva para dicha función.

La intervención también incluye incentivos monetarios según los cuales los padres aborígenes que no envíen a sus hijos al colegio también experimentarán un corte de fondos, contrariando así el artículo 5 e) de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, cual reconoce a la asistencia financiera como uno de los tantos derechos civiles fundamentales a ser disfrutados por todos, sin importar raza. Otro hecho grave a saber es la limitación a la consideración del derecho propio indígena en procedimientos penales dentro del Territorio del Norte.

Lo inentendible es que estas políticas poco tenían que ver con el principal problema fundante supuestamente en el territorio del Norte, cual era proteger a los niños del abuso sexual. No habiendo límites impuestos por la Constitución Australiana, el margen de actuación del gobierno quedó a su mera discreción. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales describió algunas medidas de la Intervención como *“incompatibles con los derechos del Pacto, en particular con el principio de no discriminación, [cuales tienen] un impacto negativo en la realización de los derechos de los pueblos indígenas^{201”}*.

El 19 de abril del 2009, Australia oficializó su adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, más como un gesto para restablecer confianza que una conminación a mejorar su legislación interna. A pesar que esta Declaración no es vinculante, *“muchos de sus artículos son actualmente vinculantes legalmente al ser éstos basados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración no marca nuevos estándares internacionales de derechos humanos. Meramente*

²⁰¹ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 12 de junio de 2009. E/C.12/AUS/CO/4. Párrafo 15.

*interpreta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicándose a las situaciones específicas de los pueblos indígenas como pueblos distintos*²⁰². El reconocimiento de esta Declaración fue el hito que esperaban las comunidades del Territorio del Norte con tal de exigir de alguna manera un cambio en la NTNRA.

En noviembre del 2009, el gobierno australiano presentó la moción de reinstaurar la aplicación de la RDA y las leyes antidiscriminatorias del Territorio del Norte, en conjunto con la derogación de la Intervención en el Territorio del Norte, tras un proceso de consulta con las comunidades involucradas entre junio y agosto del mismo año, el cual abarcó las 73 comunidades afectadas por la aplicación de la NTNRA. Esta ley fue la que recibió más atención del Relator Especial James Anaya en el informe que desarrolló para las Naciones Unidas, y que pasamos a revisar a continuación.

²⁰² Victoria Tauli Corpuz. Citado en Emily Hart Cobb. Fifty Thousand Years Old and Still Fighting for Rights: The Continuing Struggle of Australia's Indigenous population. P. 394. En Volumen 38 del Georgia Journal of International and Comparative Law (2010). Disponible en <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol38/iss2/5>

Capítulo VII. Informes de los Relatores Especiales de la ONU para Australia en materia indígena

VII. A. El primer informe del Relator Especial James Anaya

La visita de 17 al 28 de agosto de 2009 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas James Anaya sirvió como evaluación a la elaboración de políticas públicas concernientes a los pueblos originarios en Australia. Para esa fecha, éstos representaban el 2,5% de la población total australiana²⁰³, los que, a pesar de contar con derechos jurídicos reconocidos formalmente en las leyes estatales y mancomunales, no tenían plena aplicación práctica o solían ser menoscabados por nuevas normativas que reducían derechos reconocidos anteriormente.

El Relator destacó la importancia de las Disculpas Nacionales de Australia a sus pueblos indígenas por el Primer Ministro Kevin Rudd el 13 de febrero de 2008, situándolo en un proceso de reivindicación en aras a la evolución de las políticas del país o, al menos, el primero de muchos pasos: el Gobierno Federal formalmente pidió perdón por la pena y sufrimiento causado por las leyes y políticas asimilacionistas de los sucesivos Parlamentos y Gobiernos a los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres, en especial a las Generaciones Robadas.

El profesor estadounidense también resaltó la ratificación de la Declaración de Naciones Unidas realizada por el país oceánico, con tal de redefinir y mejorar la relación con sus pueblos originarios. Aún así, el titular del mandato de la ONU, tras estudiar el marco legal del país, recomendó a los gobiernos estatales y al gobierno de la Mancomunidad la revisión de toda legislación, políticas y programas que afecten a aborígenes e isleños, a la luz de la Declaración.

²⁰³ Australian Bureau of Statistics. National Aboriginal and Torres Strait Islander Survey. 2008.

A pesar del fracaso institucional que significó, para el profesor Anaya la abolición de la Comisión de Aborígenes e Isleños del estrecho de Torres fue preocupante, si bien estaba al tanto de que en esos años el Gobierno de Australia evaluaba la creación del Congreso Nacional de Primeros Pueblos de Australia -la cual se concretaría en enero de 2011-.

La falta de un reconocimiento constitucional para los indígenas australianos, que proporcione garantías de no discriminación y protección de sus derechos en un catálogo de derechos fue calificado por el Relator Especial como preocupante. Respecto a las Generaciones Robadas, el profesor parafraseó al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recomendando que Australia “*debería adoptar un mecanismo nacional comprensivo para asegurar que la adecuada reparación, incluyendo compensaciones, sea brindada a las víctimas de las políticas de Generaciones Robadas*”²⁰⁴.

En cuanto a las tierras indígenas, constató que la enmienda a la Ley de derechos de Tierras Aborígenes del Territorio del Norte, realizada el 2006, aumentó la individualización de tierras indígenas sostenidas comunalmente, y contribuyó a dificultar más aún el retorno de tierras a través de actos legislativos en el área. Respecto al proceso de reclamación de título nativo, la principal crítica la realizó respecto “*al requisito oneroso de los reclamantes indígenas de mostrar pruebas de la conexión continua a las tierras reclamadas, de acuerdo a sus leyes tradicionales y costumbres, desde los tiempos de adquisición de soberanía británica. Esto es visto como un requisito injusto, particularmente considerando la historia de políticas gubernamentales que han afectado la conexión de los pueblos indígenas con sus*

²⁰⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Párr. 19.

*tierras*²⁰⁵, contrariando el artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Constató el titular del mandato de Naciones Unidas que varias tierras sujetas a reclamaciones de título nativo habían sido negociadas mediante acuerdos realizados por cuerpos representativos o Consejos de Tierras, en beneficio de los propietarios tradicionales indígenas. El Relator Especial destaca los perjuicios a los derechos indígenas al mantener en secreto los términos de estos acuerdos, el limitado tiempo de negociación de los propietarios tradicionales, la inadecuada representación legal y el involucramiento gubernamental que no siempre se alinea con los intereses indígenas.

También califica de incompatible con la Declaración la extinción de derechos indígenas sobre tierras por actos unilaterales sin compensación, a la luz del artículo 28. Ejemplifica con legislación estatal de Queensland: La Wild Rivers Act de 2005 limita el uso y el control de toma de decisiones sobre las tierras de las comunidades, especialmente acerca de actividades de desarrollo económico.

En cuanto a programas y políticas en aras del beneficio de los pueblos indígenas, la mayor iniciativa de aquel entonces era la campaña Closing the Gap, creada el 2008 en virtud de un acuerdo del Consejo de Gobiernos Australianos (Council of Australian Governments), enfocada en reducir la diferencia en los indicadores socioeconómicos de los habitantes originarios en relación a la población no-indígena. Cada año el Primer Ministro de turno ha dado un reporte en el Parlamento sobre el progreso de esta campaña. El Relator aplaudió la iniciativa, pero tras ver los nulos avances de la campaña, resaltó la imperiosa necesidad de confección de

²⁰⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Párr. 26.

programas creados por las propias comunidades con tal de propender un enfoque más comprensivo e inclusivo culturalmente.

Denotó una efectiva gestión de la Organización Nacional Aborigen de Salud Controlada Comunitaria en la elaboración de programas por y para los indígenas australianos²⁰⁶, en contraste a la falta de adecuación cultural en la entrega de servicios de salud y la necesidad continua de reforzar el control indígena en el diseño y entrega de las prestaciones y políticas públicas concernientes a salud

En materia de educación evidenció una falta de profesores adecuadamente entrenados para educación bilingüe y culturalmente apropiada, y una falta de recursos para sostener los programas estatales. A esto se suman las dificultades que conlleva la ubicación remota de varias comunidades en la provisión de educación, siendo los niños a fin de cuentas los mayormente perjudicados por esta política inadecuada de oportunidades educacionales actuales.

Durante la realización del informe, la población indígena en prisión equivalía al 24% del total nacional, y la tasa promedio de encarcelamiento de indígenas es 13 veces más alta que la de población no indígena. La juventud indígena comprende el 54% de jóvenes en centros correccionales y tienen 21 veces más probabilidades de ser detenidos comparados a jóvenes no-indígenas. Altas tasas de muertes en custodia respaldado por el reporte de la Comisión Real sobre Muertes de Aborígenes en Custodia (*Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody*) hecho en 1991; cuyas recomendaciones no han sido aplicadas adecuadamente²⁰⁷, denotan defectos institucionales y procedimentales perjudiciales para el grupo humano más desfavorecido del país.

²⁰⁶ National Aboriginal Community Controlled Health Organisation.

²⁰⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Párr. 51.

Falta de acceso a asistencia legal en áreas remotas y proporcionamiento culturalmente inadecuado de servicios judiciales, incluyendo servicios de traducción o intérpretes para imputados en el sistema penal, y falta de competencia de las autoridades en la formulación de estrategias prácticas y culturalmente apropiadas para proteger a mujeres y niños en situación de riesgo. Esfuerzos financiados por la Mancomunidad para proveer servicios legales a indígenas australianos, a pesar de que las materias de justicia criminal son principalmente responsabilidad de los gobiernos estatales y territoriales de Australia, los cuales son insuficientes.

Recomendó al gobierno ratificar el Convenio 169 de la OIT, en consulta con los indígenas australianos²⁰⁸. También recomendó aumentar el número de representantes de los pueblos indígenas en niveles legislativos, ejecutivos y judiciales. Fomentar el autogobierno indígena a nivel local, asegurando la participación de los pueblos originarios en el diseño, entrega y monitoreo de programas, y el desarrollo de programas culturalmente apropiados que se incorporen y construyan sobre las iniciativas propias de los pueblos indígenas.

Brindar remedios adecuados, incluyendo compensación, a las víctimas de las Generaciones Robadas. Incrementar disponibilidad y efectividad de recursos técnicos y financieros para soporte a representación y participación indígena en los procedimientos para identificar y proteger el título nativo de los pueblos.

Advierte que toda política pública debe ser consultada con los pueblos indígenas, y el gobierno australiano debe fomentar las instancias de creación local de políticas públicas, de administración comunitaria de recursos por instituciones representativas indígenas y en definitiva, toda instancia que pueda apuntar al autogobierno y autodeterminación de los pueblos originarios. En especial, llamó a

²⁰⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Párr. 76.

otorgarle fondos a programas que ya hayan demostrado logros. También el Relator recomienda reformar el sistema civil y penal de justicia para incorporar el derecho propio de los indígenas australianos y otros sistemas jurídicos, incluyendo mecanismos de solución de conflictos²⁰⁹.

²⁰⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. James Anaya. 1 de junio de 2010. A/HRC/15/37/Add.4. Párr. 105.

VII. B. El segundo informe de la Relatora Especial Victoria Tauli-Corpuz

A pesar de haber experimentado un proceso de crecimiento económico de casi 2 décadas, Australia no ha sido capaz de mejorar la situación de desventaja social de la población indígena²¹⁰. Dicha aseveración fue realizada por la Relatora Especial de la ONU sobre la Situación de los Pueblos Indígenas Victoria Tauli-Corpuz, en el marco del fin de su visita a Australia del 20 de marzo al 3 de Abril de 2017, al notar que muchas de las recomendaciones hechas por los distintos organismos internacionales de protección sobre derechos humanos, sobre todo las contenidas en el informe del anterior Relator Especial James Anaya, no habían sido implementadas, realizando un llamado al trabajo activo en conjunto del Estado australiano con las distintas organizaciones en el país para la consolidación de los derechos fundamentales de los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres.

La visita de la titular del mandato de Naciones Unidas se enmarcó en medio del proceso de reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos originarios en el país, y busca analizar las consecuencias en las políticas estatales de la ratificación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. La falta de fondos en iniciativas lideradas por comunidades y el deterioro de la población respecto a los indicadores socioeconómicos fueron resaltados como las mayores preocupaciones en la visita de la Relatora Especial²¹¹.

Actualmente, alrededor del 3% de la población australiana está compuesta por indígenas australianos (670.000 personas), cuya mayoría mantiene la tendencia de vivir en áreas urbanas. Manteniendo la estadística, el Territorio del Norte es la zona

²¹⁰ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-11/closing-the-gap-progress-woeful-un-says/8892980>

²¹¹ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpuz. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 11.

con mayor representación demográfica compuesta por aborígenes e isleños del Estrecho de Torres (30%).

A pesar de continuar la campaña de reducción de cifras negativas respecto de los indicadores socioeconómicos de los indígenas australianos, las metas de “*Closing the Gap*” respecto a salud, educación y empleo no se han obtenido, e incluso, en tasas de encarcelamiento y remoción de niños indígenas, Australia ha evidenciado un grave aumento. El reporte más reciente de febrero de 2017 de la campaña *Closing the Gap* señaló que sólo una de las siete metas, de reducir a la mitad en el año 12 de la creación del programa las cifras proyectadas, estaba en marcha. Así las cosas, los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres continúan muriendo 10 años antes que el promedio nacional, sin mayores mejoras registradas en la realización del informe de la Relatora de Naciones Unidas. La esperanza de vida en el Territorio del Norte es la más baja de la nación, siendo la diferencia entre población no-indígena de 16 años para hombres y de 14 años para las mujeres.

Encarga la profesora examinar reformas legales junto a distintas instituciones de promoción de los derechos humanos tanto gubernamentales como no gubernamentales, en torno a la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

También señala que ante casos de organismos no representativo de los pueblos originarios al ser su integración selectiva y arreglada por la autoridad, como los del Consejo Consultivo Indígena (Indigenous Advisory Council), el cual informa directamente al Primer Ministro, se busque su reestructuración para así asegurar mayor representatividad y autonomía en el actuar de las instituciones que abogan por los intereses de los pueblos indígenas. En la otra vereda, diversas instituciones como el Congreso Nacional de los Primeros Pueblos de Australia (National

Congress of Australia's First Peoples²¹²), principal cuerpo representativo de los pueblos indígenas a nivel nacional, se han visto desfinanciadas por el Gobierno australiano, vulnerándose así el artículo 39 de la Declaración de Naciones Unidas.

A pesar que *“Australia ha adoptado numerosas políticas apuntando a hacerse cargo de la desventaja socioeconómica de los pueblos aborígenes e isleños del Estrecho de Torres, el fracaso en respetar sus derechos de autodeterminación y de plena y efectiva participación es alarmante”*²¹³, en palabras de la Relatora. La Estrategia de Avance Indígena²¹⁴ iniciada en 2014, ha implicado un recorte financiero (equivalente a 534 millones de dólares australianos) a varios programas organizacionales de Aborígenes e isleños del Estrecho de Torres con miras a proporcionar prestaciones y políticas de salud, vivienda o servicios legales²¹⁵. Gran parte del presupuesto de dicha política terminó en manos de organizaciones no indígenas, quienes destinaron los fondos a proyectos culturalmente inapropiados.

En materia de acceso a la salud, el Plan nacional de Salud para aborígenes e isleños del Estrecho de Torres 2013-2023²¹⁶ afirma la adopción de un enfoque basado en los derechos humanos reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas. La fuerza laboral de profesionales médicos Aborígenes se ha expandido significativamente en la pasada década y han desarrollado una destacable experiencia profesional. Los servicios de Salud controlados por Comunidades Aborígenes han logrado un éxito en entregar servicios culturalmente apropiados, en ojos de la Relatora. Contrastando, el mayor problema de salud se encuentra en el

²¹² El establecimiento del Congreso en el año 2010 pasó por procesos de consulta en concordancia con el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

²¹³ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpuz. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 36.

²¹⁴ Indigenous Advancement Strategy.

²¹⁵ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-25/mediation-project-to-close-in-nt/8986138>

²¹⁶ Véase <http://www.health.gov.au/natsihp>

aumento de las cifras de suicidios en las comunidades indígenas, cuales duplican la cantidad respecto a no-indígenas. Para la profesora, un acercamiento holístico al bienestar social y emocional que reconozca la necesidad de conexión cultural de los indígenas es clave para lograr mejoras sostenibles en los indicadores de salud²¹⁷.

El desaliento político es perceptible en cuanto al acceso a la educación: entre 2014 y 2016 no ha habido un cambio verdadero en cuanto a la asistencia escolar, y la participación de las comunidades en la formulación y entrega de programas educacionales ha disminuido. También se presentan retrocesos en cuanto a programas educacionales bilingües realizados en las comunidades más remotas del país.

Los bajos ingresos de muchos indígenas han forzado a varias comunidades a presentar modelos de viviendas sobrepoblados y en mal estado. Estos factores *“tienen un alto impacto en los indicadores de salud de los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres e impulsan las tasas desproporcionalmente altas de niños indígenas entrando a los sistemas de protección de menores y de detención juvenil”*²¹⁸.

En cuanto al programa de Intervención en el Territorio del Norte, la profesora realiza hincapié en lo señalado por James Anaya en su informe del 2009, respecto a la Ley de Discriminación Racial. Si bien la RDA se restituyó en diciembre del 2010 y la legislación de Intervención fue sustituida por la política *Stronger Futures* el 2012, se siguen contemplando medidas punitivas que estigmatizan a las comunidades aborígenes. Entre éstas, persisten las señaladas por el Relator James Anaya, como la Administración de Ingresos Obligatoria (y el criticado uso de tarjetas de bienestar

²¹⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpuz. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 52.

²¹⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpuz. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 59.

sin dinero, instauradas sin consulta y consentimiento apropiados²¹⁹), remuneración más baja que el ingreso promedio diario²²⁰, y multas y reducciones en prestaciones de bienestar a padres de hijos con mal desempeño en las instituciones educacionales. La Relatora destaca que el Comité Conjunto Parlamentario de medidas para la revisión de “Stronger Futures”, en el año 2016 describió la administración obligatoria de ingresos como una *“medida intrusiva que despoja a los individuos de su autonomía y dignidad, e involucra una significativa interferencia en la vida privada y familiar de una persona”*²²¹.

Últimamente se ha desarrollado una política de administración de ingresos voluntaria en ocho comunidades donde han habido solicitudes específicas para estas políticas. A diferencia de la política de administración obligatoria de ingresos en el Territorio del Norte, las comunidades locales han participado activamente en el diseño de estas políticas, si bien su impacto aún debe ser evaluado de manera más extensiva en el tiempo.

En materia de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la Relatora Especial invita al país oceánico a la realización de un proceso de consulta con las instituciones representativas de las comunidades indígenas, en orden a establecer un catálogo de derechos fundamentales comprensivo, que asegure una protección contra la discriminación racial bajo los estándares de la Declaración de Naciones Unidas. Solicita al Gobierno Federal evaluar la posibilidad de un tratado nacional con los pueblos originarios del país.

²¹⁹ Véase <https://www.theguardian.com/australia-news/2017/dec/08/across-urges-senate-to-dump-cashless-welfare-card-program>

²²⁰ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-30/remote-cdp-taking-a-toll-on-young-indigenous-people/9002888>

²²¹ Joint Parliamentary Council. Citado en Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpus. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 63.

La Relatora de las Filipinas resaltó cuerpos legislativos Estatales y Territoriales como el Acta de Derechos Humanos de 2004 (Human Rights Act) del Territorio Capital de Australia que reconoce en su preámbulo a los pueblos originarios como los primeros “dueños” de la tierra, para quienes los derechos de protección tienen una gran y continua importancia, la cual se desarrolla en la sección 27 del cuerpo legal, asegurando el derecho a disfrutar y desarrollar las prácticas culturales, religiosas y lingüísticas de los pueblos indígenas y otras minorías, además de reconocer derechos como el mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, y el reconocimiento de las relaciones materiales y económicas con la tierra y las aguas y demás recursos con los que tengan una conexión bajo sus leyes y costumbres tradicionales reconocidas y valoradas, con expresa mención a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas²²².

La titular del mandato de la ONU también resaltó al Catálogo de Derechos Humanos y Responsabilidades de 2006, del Estado de Victoria. En su preámbulo, éste constata que *“los derechos humanos tienen una especial importancia para los pueblos aborígenes de Victoria, como descendientes de los primeros pueblos de Australia, con sus diversas relaciones espirituales, sociales, culturales y económicas con sus tierras y aguas tradicionales”*. Contiene una definición de la calidad de persona aborígena de acuerdo a un criterio de autoidentificación, descendencia y ocupación del territorio²²³, y también reconoce sus derechos culturales²²⁴.

²²² Human Rights Act 2004 (Australian Capital Territory). Section 27. Disponible en http://www5.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/hra2004148/s27.html.

²²³ Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Victoria). Section 3. Disponible en

[http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/54D73763EF9DCA36CA2571B6002428B0/\\$FILE/06-043a.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/54D73763EF9DCA36CA2571B6002428B0/$FILE/06-043a.pdf)

²²⁴ Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Victoria). Section 19 N°2.

A pesar de distintas políticas para su reducción²²⁵, la tasa de encarcelamiento de pueblos indígenas incluyendo mujeres y niños, constituyó una de las mayores preocupaciones para la Relatora. Si bien el 3% de la población nacional es compuesta por indígenas, el 27% de la población penitenciaria está sobrerrepresentada por éstos. Australia ha recibido muchas críticas de parte del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño, pues a lo largo de los años ha mantenido las reservas que realizó al artículo 10 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a la obligación de separar a los imputados de los condenados, y en cuanto a separar a los menores de los adultos en las instituciones penitenciarias, teniendo perjudiciales resultados en la población indígena.

En instituciones de detención, más de la mitad de los niños son aborígenes e isleños. El caso más severo es el del Centro de Detención Juvenil de Cleveland en Townsville, Queensland, que está compuesto en un 95% de jóvenes indígenas, muchos de los cuales ya cumplieron sentencia en la institución, habiendo quienes zigzaguean entre instituciones de cuidado y detención. Tauli-Corpuz solicitó a Australia retirar su reserva a la Convención de los Derechos del Niño y asegurar que ningún niño sea encarcelado junto a adultos. Parafraseando al Comité de Derechos del Niño, recomendó el aumento de la edad de responsabilidad criminal (la cual en Australia es de 10 años).

En la mayoría de los casos las ofensas iniciales son no-violentas, y se resaltan las condiciones punitivas –en vez de rehabilitantes- de los procedimientos. La Relatora Especial resalta instancias de leyes que facultan a la policía a detener a una persona por varias horas si ha cometido o se sospecha que ha cometido una

²²⁵ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-23/nt-parole-laws-relaxed-in-bid-to-reduce-incarceration-cycle/8832686>

infracción menor²²⁶. La ratificación de Australia, prometida por el gobierno, al Protocolo Opcional de la Convención contra la Tortura, ayudará según la Relatora al establecimiento de un sistema nacional de monitoreo regular e independiente de todos los centros de detención.

La Relatora evidencia la efectividad y utilidad de programas dirigidos por localidades, destacando los ejemplos de Redfern, un suburbio de Sydney, cuyo programa '*Clean Slate Without Prejudice Program*', dirigido por una organización aborigen en colaboración con la policía, ha contribuido a una reducción significativa en la tasa de delitos en los últimos años; y de la Corte koori para niños de Melbourne, la cual involucra la participación de ancianos y personas respetadas de la comunidad koori en el proceso en la corte y apunta a reducir los fenómenos de encarcelamiento y reincidencia. Este tipo de iniciativas debe ser replicado en otras comunidades, llevándose a cabo las consultas respectivas. Desde 1991, año de la conclusión de la Comisión Real de Muertes de Aborígenes en Custodia²²⁷, ha habido 340 muertes de aborígenes e isleños del Estrecho de Torres en detención, algunas incluso caracterizadas por un cuidado médico inadecuado, con un actuar policial descrito como no-profesional e inhumano²²⁸. Las 339 recomendaciones de la Comisión Real no han sido completamente implementadas por el gobierno, incluyendo la adopción de servicios de notificación de custodia a lo largo del país – sólo disponibles en Nueva Gales del Sur y el Territorio Capital Australiano-, con tal de que al familiar más cercano se le otorgue una mínima seguridad contra prácticas de detención irregulares²²⁹. Esta situación de desprotección ha recibido especial

²²⁶ Minor offence. Para homologar las nociones continentales, téngase que los grados de infracción son minor offence (falta), major offence (delito) y luego crimen.

²²⁷ Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody.

²²⁸ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-20/family-of-ms-dhu-handed-apology-million-dollar-ex-gratia-payment/8963980>

²²⁹ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpus. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 71.

atención, la cual deriva en llamados urgentes a solucionar la “cuestión indígena” de las muertes en custodia²³⁰.

La profesora recuerda que en 1997, año del reporte '*Bringing Them Home*', los niños indígenas conformaban el 20% de niños en cuidado por instituciones fuera de casa, cifra que en 2016 aumentó a 36%. Destaca las políticas de reparación realizándose en Nueva Gales del Sur y Australia del Sur, además de las reparaciones ya pagadas en Tasmania, pero hace hincapié en el establecimiento de un mecanismo nacional adecuado que asegure políticas efectivas en cuanto a las reparaciones a las víctimas parte de las “Generaciones Robadas”.

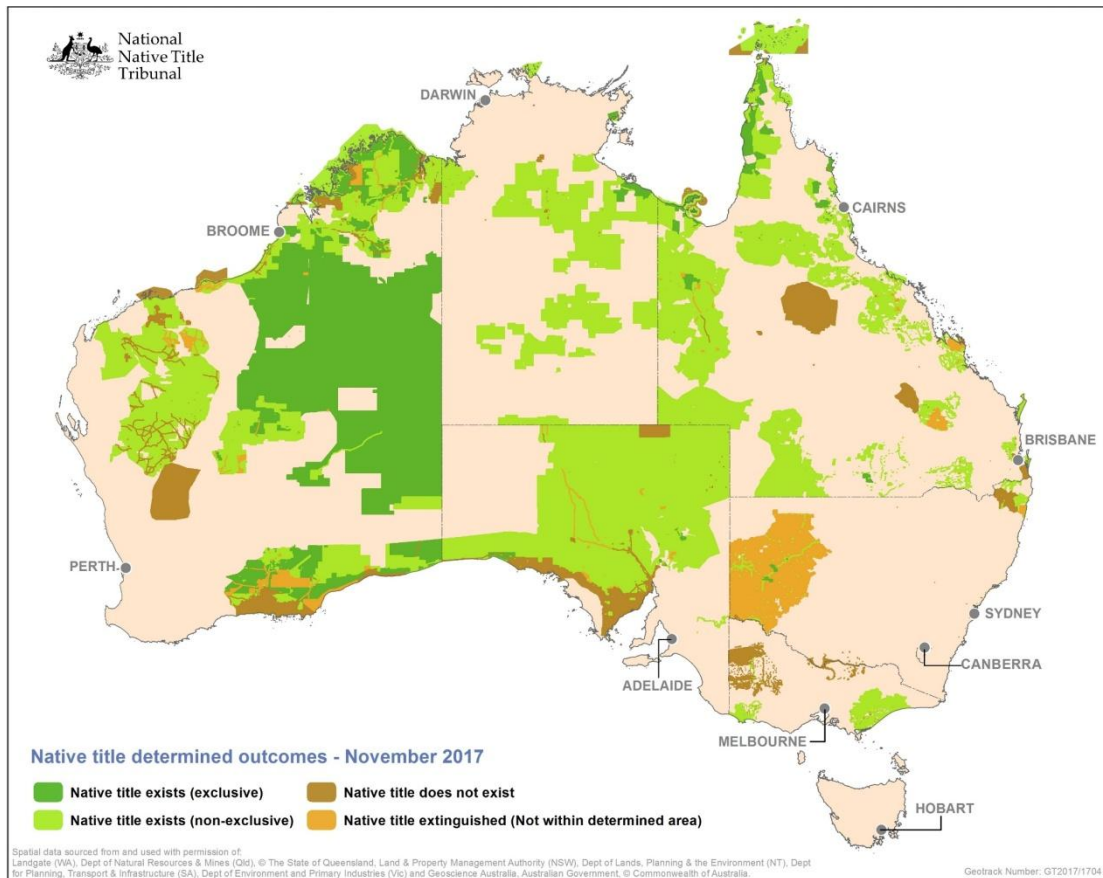
Otro punto de análisis es respecto a la situación de la mujer indígena en la sociedad australiana, desfavorecida en un sistema estructural e institucionalmente marcado por la discriminación de género, raza y clase²³¹, y en la importancia de programas dirigidos por las comunidades aborígenes donde las mujeres puedan recuperar la confianza en las instituciones que buscan reducir el fenómeno de violencia que viven especialmente las mujeres indígenas. La falta de recursos mencionada anteriormente en el otorgamiento de servicios de asesoría y defensa legal sólo contribuye a empeorar la desprotección social de la mujer.

Señala que el requisito de conexión ininterrumpida en los procesos de reclamación de título nativo es un desafío extraordinario y una carga en la prueba importante considerando el histórico despojo forzado y las continuas políticas desposesorias en Australia. A esto se suman los múltiples regímenes legales aplicables a las reclamaciones de título nativo a nivel estatal y federal, reiterando nuevamente

²³⁰ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-10-11/indigenous-deaths-custody-notification-scheme/9035876>

²³¹ Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Victoria Tauli-Corpuz. 8 de agosto de 2017. A/HRC/36/46/Add.2. Párr. 94.

observaciones del profesor Anaya respecto a la revisión en base a la Declaración de Naciones Unidas de la legislación australiana.



Anexo: Datos del National Native Title Tribunal de Australia, que describe las áreas donde se ha determinado la existencia de título nativo, a la fecha de noviembre del 2017.

Capítulo VIII. Breve descripción de la legislación chilena en materia indígena hasta la ratificación del Convenio 169

Las diferentes etnias amerindias presentes en el territorio chileno desarrollaron ininterrumpidamente su cultura desde aproximadamente el año 14.800 a.C.²³². Ya en el siglo XVI, una merma significativa en las vidas de los pueblos originarios por consecuencia de la actividad de los conquistadores hispanos, que buscaban legitimar su autoridad estatal a nombre de la Corona Real, intensificada por el aumento de enfermedades, facilitó la dispersión y disminución de la población indígena local, sus territorios y recursos a lo largo de todo Chile. Se estima que antes de la llegada de los españoles, vivían en Chile alrededor de 1 millón de habitantes, población que se redujo a más del 80 por ciento²³³.

A diferencia de la zona Norte y Centro, el primer escollo importante que se presentó a los conquistadores sería el pueblo mapuche. Tras fracasar la empresa de conquista de sus territorios tradicionales, conocida como la Guerra de Arauco (1550-1656), España reconoció la soberanía territorial de la población histórica al sur del Bío-Bío por medio de distintos acuerdos llamados Parlamentos para normar el comercio y los cruces de fronteras, asegurando así la convivencia de ambas naciones. Resultado de mentados acuerdos, las relaciones fronterizas entre mapuche e hispano-criollos dieron paso a un fuerte intercambio cultural y comercial.

Sería en este período Indiano o Monárquico en el que regiría a los indígenas un estatuto protector en Derecho Privado, establecido por la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680 que, reconociendo la incapacidad relativa de éstos,

²³² Documento Básico Común de Chile. Disponible en web del Ministerio de Relaciones Exteriores

http://www.minrel.gov.cl/minrel/site/artic/20080902/asocfile/20080902204316/documento_b_sico_com_n_chile__actualizaci_n_sept_2013_final_con_correcciones_monu.pdf

²³³ Véase “La población durante el período colonial”. Consultado en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-703.html>

establecería un cargo conocido como Protector de Indígenas, a modo de contrarrestar el desconocimiento y eventual inseguridad que significaría para los indígenas la desinformación legal atribuida por la Corona española a los indígenas en sus territorios conquistados. Curiosamente, la voluntad político-legislativa de dicho compilado normativo, sería heredada de alguna forma en las futuras leyes chilenas, tales como la Ley Indígena N° 14.511 o la actualmente vigente Ley Indígena N° 19.253.

Debido al predominio de mestizos y blancos en el siglo XVIII, la representatividad demográfica indígena inicial disminuyó y dejó de ser un grupo social cuantitativamente significativo. Será en este contexto que se consolidará el modelo de la gran propiedad territorial rural, destacándose por mantener la estabilidad económica de los terratenientes, en desmedro de la precariedad de los demás integrantes del modelo, uno de los tantos costos sociales de dicha economía. La necesidad de los hacendados y dueños de lavaderos de oro de contar con mano de obra indígena resultaría en el campesinado mestizo dependiente del sistema de inquilinaje del siglo XIX.

El proceso de la Independencia conllevó importantes consecuencias administrativas para el país. La Primera Junta Nacional de Gobierno de 18 de septiembre de 1810 sería el primer acto simbólico de emancipación como nación, la cual se consolidaría definitivamente como República de Chile con la firma del Acta de Independencia el 12 de febrero de 1818. A pesar del otorgamiento de títulos de dominio (títulos de comisario) de tierras indígenas, las medidas de prohibición de la esclavitud, la eliminación de los títulos nobiliarios y de la tributación especial establecida a los indígenas, junto con su reconocimiento como ciudadanos chilenos, libres e iguales a

los demás habitantes del país²³⁴, la política asimilativa del Estado chileno apuntaba a la unificación territorial y étnica nacional. Consolidado el aparato estatal, los gobiernos conservadores desde 1831 adoptaron una política de colonización hacia la frontera, motivados por la consolidación de la soberanía nacional y la apertura de mercados externos (como los de California y Australia).

La línea editorial de dicha política llevaría a las autoridades de 1861 a la puesta en marcha de una campaña de “pacificación” -conquista militar- de la Araucanía, la que se cimentaría construyendo una serie de fuertes a lo largo de los territorios tradicionales mapuche. Los terrenos ocupados por el contingente militar chileno irían al patrimonio fiscal, como también las tierras adjudicadas por concepto de “tierras baldías”. Esto conllevó una serie de medidas legislativas, que“(…) *tuvieron como objetivo principal proteger y reivindicar los derechos del Fisco que se veían lesionados por la celebración de contratos simulados o abiertamente ilegales, a través de los cuales el particular se apoderaba de enormes extensiones de tierras, muchas de las cuales pertenecían al Estado a título de baldíos*²³⁵”.

El ejército chileno finalizaría su intervención en la Araucanía de manera simbólica, con la ocupación y reconstrucción de Villarrica en 1883. No obstante, si bien la campaña militar había acabado, la política de colonización y unificación nacional estaba lejos de hacerlo. En el norte del país, la Guerra del Pacífico (1879-1883) culminaría con la incorporación a la soberanía nacional de territorios donde habitaban tradicionalmente los pueblos aymara, atacameño, quechua y kolla. La imposición del español como lengua oficial, el proceso de integración escolar, las

²³⁴ En torno al Bando de O'Higgins del 14 de marzo de 1819, los indígenas tendrían capacidad plena para celebrar toda clase de actos y contratos. Esto en virtud de la derogación de las Leyes de Indias de 1680, contrarias a la Constitución de Chile de 1818.

²³⁵ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 30.

migraciones a centros urbanos y el aumento de las actividades minera y turística afectaron gravemente las culturas y formas de vivir de estos pueblos.

El Estado chileno también consagraría su política de colonización a lo largo del siglo XIX con la incorporación de grandes cantidades de inmigrantes europeos a los terrenos al sur de la Araucanía, la que resultó en la marginación y posterior exterminio de los habitantes originarios de las tierras australes del país, justificados en la idea de “salvajismo” que tenían los europeos respecto a los modos de vivir de los pueblos originarios, distintos diametralmente a las nociones del mundo occidental. En torno a estas prácticas es que desaparecieron (o se redujo de forma significativa su presencia en el territorio chileno) etnias culturalmente ricas como los *chonos*, *kawéskar*, *yámanas*, *aónikenk* y *selk'nam*. Precisamente en razón de esto, es que en la actualidad los porcentajes más bajos de población representativa a nivel nacional corresponden a las comunidades originarias australes.

A la luz del Código Civil en 1857, entró en vigencia el régimen de propiedad inscrita, para el cual la inscripción es prueba, modo y garantía de la posesión de la propiedad inmueble. En torno a este principio, se buscó otorgar a los indígenas un título inscrito y registrado a favor de éstos, que resultaría en el otorgamiento de los Títulos de Merced, a cargo de una Comisión Radicadora -establecida una vez terminada la ocupación de la Araucanía- para regularizar de alguna forma la situación de sus tierras e integrarlas al régimen de derecho común²³⁶, siendo la entrega del primero el 6 de febrero de 1884, y del último el 14 de noviembre de 1922. El fenómeno de la doble titulación de un mismo terreno se hizo cada vez más común, confluyendo tanto el título de merced a nombre de los indígenas, como los títulos esgrimidos por particulares y el Fisco. Cabe destacar que si bien el objetivo de la regulación legal en este período se centró en la ocupación, distribución,

²³⁶ Estos títulos de merced eran títulos comunes de propiedad por el total de las reservas para delimitar las tierras fiscales.

transferencia y delimitación de la propiedad inmueble indígena mapuche, en las primeras décadas del siglo XX se perdieron los territorios de más de doscientas comunidades que tenían sus títulos de merced, legalizándose las tierras usurpadas en las oficinas de los Conservadores de Bienes Raíces y notarías respectivos. Así las cosas, se consolidó una estructura agraria fuertemente desigual basada en la concentración vasta e incluso especulativa de las tierras por parte de los particulares, terminando por transformar profundamente la estructura sociocultural tradicional de los mapuche con la individualización progresiva de sus territorios.

Consolidado el primer paso para crear la propiedad individual indígena, el siguiente era *“terminar con la propiedad comunitaria, dividiendo las reservas y adjudicando definitivamente las hijuelas a los ex-comuneros”*²³⁷. Para ello, se puso fin a la Comisión Radicadora y se inició el proceso de la constitución de la propiedad austral, con tal de legitimar el *status quo* fáctico del país en cuanto a ocupaciones y títulos fraudulentos, y a la propiedad fiscal de los terrenos sobrantes que resultaría de la desgastante división regularizadora, en perjuicio de los derechos legítimos de los indígenas. Con todo, *“La verdadera intención del legislador fue favorecer a los poseedores materiales con título reconocido por el procedimiento de la Constitución de la propiedad austral, en perjuicio de los que se hallaban privados de su posesión, situación en que se encontraban los indígenas que reclamaban la restitución de sus terrenos usurpados”*²³⁸. Sumado a la escasa difusión de las leyes que reglamentaban las tierras indígenas en estos años, el Estado acabó logrando la colonización efectiva del territorio nacional con los procedimientos mencionados.

La reubicación de varios mapuche en áreas llamadas “reducciones”; terrenos que, bajo el concepto de área mínima de sobrevivencia, comúnmente tenían peor calidad

²³⁷ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 43.

²³⁸ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 46.

de suelo para la agricultura y menor extensión a los anteriores asentamientos de los indígenas, llevó finalmente a la desintegración gradual de los grupos locales de parentesco mapuche y al surgimiento de las familias individuales en torno al minifundio, quienes poco a poco se integraron a la sociedad chilena como pequeños agricultores pobres.

En el año 1888 Chile anexaría administrativamente a la Isla de Pascua, territorio colonizado por inmigrantes polinesios, cuyos habitantes originarios desarrollaron una cultura única que la distingue de las demás etnias “nacionales”. No así demográficamente, al presentar también importantes bajas en la población producto del maltrato de expediciones europeas y esclavistas, y sufrir un modelo de aculturación en torno a las misiones religiosas que llegaban a la isla de Rapa Nui desde Europa.

Estos fenómenos de aumento geográfico nacional, sumados a la disminución demográfica y asimilación cultural indígena, consolidarían, mediante distintas leyes especiales, la privatización de territorios que históricamente fueron ocupados por estos pueblos. La flexibilización del sistema de transferencia de la propiedad indígena en torno a la capacidad de los indígenas para celebrar actos y contratos fue la manera en que el legislador de principios del siglo XX entendía la incorporación de los pueblos originarios al derecho común y la sociedad²³⁹.

Cabe mencionar que a mediados del siglo XX, importantes instrumentos consagraron normas de protección de los derechos humanos a nivel interamericano: en el año 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

²³⁹ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 57-60

Hombre²⁴⁰, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica²⁴¹”. Este año también las Naciones Unidas crean la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), con sede en Santiago. Aún así, la desprotección y precariedad de la situación general agro-indígena persistía en el país.

La creación de la Dirección de Asuntos Indígenas en 1953²⁴² pretendió darle marcha a un efectivo control en la aplicación de la ley vigente hasta ese momento, en conjunto con promover el desarrollo económico en los predios agrícolas de las comunidades indígenas, pero que en la práctica se tornaría insuficiente. Fenómeno parecido ocurrió con la Ley Indígena N° 14.511 de 27 de diciembre de 1959, la cual si bien contenía un ideario de protección al indígena y su propiedad, se tornaría defectuosa por la injerencia del Ejecutivo en el ejercicio de la potestad judicial de los Tribunales de Indios y por la ausencia de medidas eficaces de protección al comunero indígena frente a terceros (limitándose a trabar la transferencia de la propiedad indígena).

La urgencia de regularizar la situación de la propiedad rural derivaría en el proceso de Reforma Agraria, iniciado en 1962 por la ley N°15020, la cual sería reformulada por la ley N° 16.640 de Reforma Agraria²⁴³, con la cual la intensificación de expropiaciones de predios agrícolas buscaría la regularización y devolución de tierras a los propietarios rurales y pueblos indígenas. El gobierno de la Unidad Popular buscaría la profundización de esta reforma, debiendo lidiar con las cifras en

²⁴⁰ La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere a la consulta con los pueblos indígenas antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten (art. 23.2) en términos similares a la Declaración de la ONU.

²⁴¹ Chile es Estado parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990, por la que reconoció también la competencia de la Corte.

²⁴² Mediante el Decreto Ley N°56 de 25 de abril de 1953.

²⁴³ Inspirada en el modelo de desarrollo elaborado por la CEPAL.

contra: de las aproximadamente 526.000 hectáreas de superficie de tierras reconocidas por el Estado en título de merced, en 1971 sólo restaban 400.000²⁴⁴.

Se promulgó la ley indígena N° 17.729 el 15 de septiembre de 1972, cuyas definiciones de indígena y de tierras indígenas²⁴⁵ adolecían de varios defectos respecto a su extensión y presentaba la ausencia del factor de autoidentificación. Aún así, se puede sostener que el Gobierno de la Unidad Popular fue el primer gobierno en idear una política propiamente “indigenista”, reconociendo el carácter pluriétnico de Chile, logrando recuperar y aumentar las tierras en el corto período que se desarrollaron estas políticas restitutorias²⁴⁶.

Es en el régimen de Augusto Pinochet que se propende a la división de las propiedades comunitarias, buscando negar la existencia de los indígenas nacionales y lograr absorber a éstos en la sociedad nacional. Con el objetivo de generar un mercado de tierras y resolver el conflicto indígena, consolidó la individualización de las tierras rurales, incluidas las indígenas, traspasándose su dominio a nuevos dueños que “modernizaron” la producción agrícola, pero convirtieron en proletarios a los campesinos, resultado de las políticas estatales que se iniciaron con el Decreto Ley N°2568 del 28 de marzo de 1979²⁴⁷. Amparándose en la Constitución Política vigente desde 1980, se realizaron varios cambios en las leyes sectoriales de

²⁴⁴ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 93.

²⁴⁵ “Al otorgar la calidad de tierras indígenas sólo a aquellas concedidas en merced o mediante un título gratuito, es decir a las tierras que se mantenían indivisas, se pretendió respetar las divisiones de comunidades indígenas y consiguientes adjudicaciones o adquisiciones legales permitidas y realizadas hasta más o menos 1945. Esto significaba incorporar al resto de las tierras de indígenas, alrededor de 100.000 hectáreas a la legislación común, tierras a las que no se le aplicarían las normas de restitución, expropiación y demás, protectoras de la propiedad indígena”. La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. Pp. 100-101.

²⁴⁶ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 116.

²⁴⁷ Estas políticas serían complementadas con la dictación del Decreto Ley N°2750 del 10 de julio de 1979, N°2974 del 19 de diciembre de 1979 y N°3256 del 25 de febrero de 1980.

recursos naturales para fomentar la inversión en actividades extractivas, exacerbando el concepto de propiedad del derecho continental, negando el carácter comunitario de propiedad que los pueblos indígenas le asignan a sus territorios ancestrales y recursos naturales, sustrayendo del ámbito de protección legal a la propiedad indígena y acomodando las tierras y recursos al régimen de inscripción registral común de propiedad. Una aplicación rápida y eficaz de la ley logró la división de la propiedad comunitaria legalmente constituida, destacándose de los tribunales nacionales que *“la judicatura se ciñó estrictamente a cumplir los objetivos que se propuso alcanzar el legislador, por lo cual no se abocó a amparar a los indígenas, o rectificar situaciones de desequilibrio legal para reparar las desigualdades preexistentes que se generaban con motivo de la aplicación de alguna norma legal”*²⁴⁸.

El crecimiento demográfico y la contracción de las tierras comunales, dio inicio a una intensa corriente de migración campo-ciudad, lo que ha llevado a que hoy casi la mitad de los *mapuche* chilenos vivan en las ciudades. Según el Censo del año 2002, el 4,6% de la población (692.192 personas) se declaró perteneciente a algún grupo étnico, distribuido de la siguiente manera: etnia mapuche (87,3%), aimara (7,01%), atacameña (3,04%), quechua (0,89%), rapanui (0,67%), colla (0,46%), alacalufe (0,38%) y yámana (0,24%). La población indígena se concentra principalmente en las regiones de la Araucanía (29,6%), Metropolitana de Santiago (27,7%), de los Lagos (14,7%), del Biobío (7,8%) y de Tarapacá (7,1 %).

Respecto a los pueblos indígenas, también forman parte de los compromisos de Chile en el ámbito universal del derecho internacional de Derechos Humanos²⁴⁹ la

²⁴⁸ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 220.

²⁴⁹ Véase página web de Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile <http://www.minrel.gov.cl/sistema-universal-de-naciones-unidas/minrel/2008-09-02/204316.html>

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Hasta el momento, queda evidenciado que la tarea estatal chilena en la elaboración de políticas públicas y proyectos legislativos queda marcada por la idea de legitimar la persistencia de un modelo o realidad imperante, la cual apunta al aumento de proyectos de desarrollo y la modernización del ente estatal, insertándolo en el contexto globalizado del siglo XXI. Dicha tarea debe desenvolverse de acuerdo a los estándares internacionales convenidos por los Estados, en razón de la universalidad y fundamentalidad de los derechos humanos. Realizaré entonces un somero análisis histórico de ciertos cuerpos normativos que afectan directamente a nuestros pueblos indígenas, con tal de demostrar las infracciones a las obligaciones estatales que el Estado chileno reconoció en los instrumentos internacionales que ha ratificado.

VIII. A. Legislación sectorial

En el contexto económico mundial, los efectos negativos que los grandes proyectos de desarrollo tienen sobre el medio ambiente y los pueblos originarios conllevan la alteración de sus modos de vida, pero esto es visto como un costo necesario del avance modernizador estatal, limitado y a la vez legitimado por la legislación interna. Uno de los problemas más frecuentes que sufren las comunidades indígenas, aparte de la nula consulta respecto a proyectos legislativos o de desarrollo que pudieran afectarlos, es la falta de control y acceso sobre sus recursos naturales, consecuencia de la apropiación de privados en torno a la “*Libertad adquisitiva sobre todos los bienes salvo los que la naturaleza ha hecho comunes a todos*”²⁵⁰, cuya única restricción es la reserva legal respecto al modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad²⁵¹, y a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social²⁵². Se reconoce asimismo, que los derechos de cuyo título emana esta apropiación quedan amparados por la Constitución en razón del derecho de propiedad. Mentado fenómeno se da en nuestra legislación de aguas²⁵³ y de minería²⁵⁴.

Chile fue una de las primeras naciones en reconocer el carácter de dominio público de las aguas y de regularla en extensión tanto en el Código Civil como en su propio Código de Aguas. Aún así, la legislación en materia de aguas ha propendido a la llamada “modernización legislativa” sectorial, reconociendo principios de mercado (equilibrio en oferta y demanda, limitar intervención estatal, libre enajenación, eficiencia de su uso mediante un sistema de incentivos y sanciones) y fomentando

²⁵⁰ Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 23.

²⁵¹ Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 24 inciso 1°.

²⁵² Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 24 inciso 2°.

²⁵³ Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 24, inciso final. Éste otorga seguridad jurídica a los titulares de derecho de aprovechamiento de aguas.

²⁵⁴ La ley orgánica constitucional de concesiones mineras asegura la garantía de propiedad sobre la concesión, para asegurar e incentivar la inversión privada.

la inscripción registral de los derechos de aprovechamiento²⁵⁵. Estos principios son matizados por los principios de respeto a la naturaleza y la preservación de recursos naturales, pero no consideraron la importancia de la diversidad cultural indígena para los distintos usos comunitarios de la propiedad de aguas ancestrales, a pesar de fomentar la colectividad del uso del recurso en torno a algunas organizaciones de carácter localista. Afortunadamente, el “derecho anterior” de la población originaria vinculada al uso tradicional, generacional y común que reconoce a los indígenas como titulares de derecho colectivo sobre sus aguas se irá adaptando con el tiempo y los estándares internacionales.

En cuanto a la minería, actividad especialmente importante para la economía nacional, su desarrollo ha significado la perturbación en el uso tradicional de diversos territorios ancestrales de las comunidades aymara, quechua, lickanantay, coya y diaguita, por parte de empresas mineras tanto chilenas como extranjeras al norte del país²⁵⁶. La visión de “modernización” legislativa minera en torno a los principios del libre mercado²⁵⁷, queda respaldada por las disposiciones constitucionales y de la respectiva ley orgánica de concesiones mineras, estableciendo el dominio subsidiario estatal absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas²⁵⁸, como también fomenta la inversión de capitales extranjeros, asegurando las garantías del derecho de propiedad sobre las concesiones mineras de exploración y explotación, restringiendo así el uso de los

²⁵⁵ Concesión administrativa que otorga el derecho real de uso y goce de aguas. El control y la protección jurídicos de los derechos de aprovechamiento actuales busca no entrar en conflictos mayores por su dominio privado, bastando como requisito, prueba y garantía de la posesión de estos derechos, la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas.

²⁵⁶ Esto no obstante a afectar a otros pueblos indígenas a lo largo del territorio chileno, en razón de su extensión colindante con el Océano Pacífico.

²⁵⁷ Véase Fundamentos de la Ley Constitucional Minera. José Piñera. 1981.

²⁵⁸ Constitución Política de la República. Artículo 24 inciso 6°.

recursos naturales que podrían ubicarse en territorios indígenas²⁵⁹, evidenciándose la intención del legislador abrazando la tendencia apropiadora de recursos naturales y contradiciendo lo fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Yakye Axa vs. Paraguay*, donde se señaló que *“la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término ‘bienes’ utilizado en dicho artículo 21, contempla ‘aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”*²⁶⁰. Se contempla además el uso de todas las aguas subterráneas que con ocasión de las labores extractivas hallare el dueño de la concesión, sin obligación de informar su hallazgo a la autoridad competente o solicitar permisos para su uso irrestricto.

Todos los derechos sobre estos recursos naturales pueden ser defendidos (arguyendo violación de ciertos derechos fundamentales) por acción de protección consagrada en la Constitución, la cual conoce la Corte de Apelaciones respectiva. Como reconoce la Corte Suprema, *“el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo*

²⁵⁹ Sobre las concesiones mineras se tiene un derecho de propiedad desvinculado de los terrenos donde se encuentran, que pueden ser propiedad de otra persona, o en el caso, alguna comunidad indígena.

²⁶⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (2005). Párr. 137.

*que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio*²⁶¹”.

Otro ejemplo de legislación sectorial no consultada fue la forestal. El Decreto Ley 701 de 1974 de Fomento Forestal se prorrogó por 15 años en 1998, incorporando un tramo retroactivo desde 1996, y el 2010 se prorrogaría por 2 años más. Si bien se contemplaban posibilidades de beneficio a pequeños propietarios forestales, lo cierto es que la mayor cantidad de aportes fueron a parar a grandes forestales según cifras oficiales²⁶². La introducción de pino insigne con fines de exportación de celulosa a los mercados dominantes del mundo tuvo severas consecuencias en el bosque nativo, como sequías o afectaciones a la calidad del suelo, a lo que se sumó el desposeimiento de las comunidades originarias, a causa de la entrega de diversos terrenos de la población tradicional a privados, a lo largo de las regiones del Bío-Bío, La Araucanía, Los Lagos y Los Ríos. El actual proyecto de ley presentado al Congreso contempla la exclusión de las grandes empresas de estas bonificaciones, pero esta buena noticia contrasta con la intención de algunos políticos de prorrogar nuevamente la ley.

Estas políticas sectoriales sólo acentuaban la situación de inseguridad para los pueblos indígenas. En este contexto, en 1985, la Sociedad forestal Galletué, propietaria legal de los terrenos que ancestralmente ocuparon más de 120 familias pehuenches en el valle de Quinquén, en la Región de la Araucanía, interpuso una demanda por la ocupación de sus tierras, reacción gatillada por el inicio de la explotación de la araucaria, árbol sagrado para la cultura mapuche, que constituye especialmente el principal alimento y fuente de ingresos de los pehuenche; obteniendo la forestal una sentencia judicial a su favor. La comunidad pehuenche recibió un amplio respaldo de organizaciones sociales, ambientales y de derechos

²⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 1219-2009. Considerando 1°.

²⁶² Fuente: CONAF. Consultado en web <http://www.latercera.com/noticia/dl-701-en-40-anos-70-de-aportes-fueron-a-grandes-forestales/>

humanos tanto nacional como internacionalmente. Ante el inminente desalojo, y para amparar y proteger las tierras históricamente ocupadas por las familias pehuenches que habitaron el valle, el gobierno de Patricio Aylwin inició un proceso de negociación que culminó en 1992, con la adquisición a favor de la forestal de 26.510 hectáreas, correspondientes a parte de los fundos Quinquén y Galletué. Dicha restitución no ha estado exenta de dificultades ni defectos²⁶³. Tras 15 años, el 13 de diciembre de 2007 la comunidad pehuenche de Quinquén recibiría el título propietario sobre sus tierras ancestrales.

²⁶³ Véase columna de José Aylwin y Raúl Molina en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2007/12/13/comunidad-de-quinquen/>

VIII. B. La ley Indígena de 1993

Suspendida la aplicación práctica de la Ley Indígena N° 17.729 una vez instaurado el régimen militar de Augusto Pinochet, el Decreto Ley 2.568 sería el cuerpo normativo a reglar y definir varios conceptos esenciales para los pueblos indígenas, teniendo como meta dividir las comunidades indígenas en el menor tiempo posible, mediante un procedimiento de confrontación de intereses, simple y expedito (a diferencia de legislaciones anteriores), destinado a dividir las reservas y a liquidar las comunidades que a la fecha permanecían indivisas, resultando así en *“que las tierras adjudicadas se liberaran al mercado y fueran adquiridas por el dueño de otra hijuela resultante de la división, se incentivó la acumulación de las tierras indígenas, provocando la diferenciación interna de las comunidades. Esta diferenciación se vio agravada por la emigración masiva de los mapuche sin tierra y de la gente joven sin perspectivas laborales, hacia los centros de desarrollo urbano²⁶⁴”*. A los indígenas no se les dio opción alguna para evitar la división de las tierras e incluso, se les ofrecían incentivos económicos establecidos en las leyes que seguían las directrices del DL N°2568, como exenciones tributarias, créditos, subsidios, etc. De esta manera, la homogeneización sociocultural de la población se logró, pasando por encima de toda diferencia cultural y modo de vida de los pueblos originarios en el país. Hasta octubre de 1990 se habían dividido 2.062 comunidades, asignándose la cantidad de 71.423 hijuelas en 398.231 hectáreas²⁶⁵.

En un contexto de progresivo reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas, donde varios países americanos reconocieron constitucionalmente a los pueblos indígenas, como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay,

²⁶⁴ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 146.

²⁶⁵ La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Mylene Valenzuela. 2002. P. 164.

perú y Venezuela, el Acuerdo de Nueva Imperial de 1989, celebrado antes del fin del gobierno de Pinochet, sería antecedente directo del primer hito de legislación respecto a los derechos de los pueblos indígenas tras el quiebre democrático en Chile, resultando el año 1993 en la Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, cual crea también la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Este cuerpo legal fomentó la conformación de comunidades y asociaciones indígenas²⁶⁶, para así promover la gestión y desarrollo locales, reconociendo a su vez el derecho a la participación, los derechos de tierra, y los derechos culturales de los pueblos originarios, no sin complicaciones.

Según señala Francisco Huenchumilla, el objetivo de esta ley *“fue impulsar el desarrollo de los pueblos indígenas con respeto a su identidad”*²⁶⁷. Para sentar las bases de una protección efectiva de los derechos y confección de políticas que promuevan la participación de los pueblos indígenas, el primer paso de la Ley N° 19.253 (en adelante Ley Indígena) fue el de reconocer a los indígenas como *los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura*²⁶⁸. Se reconocen como principales etnias indígenas en el país a la mapuche, aimara, rapa nui, atacameña, quechua, colla, diaguita, kawashkar (o alacalufe) y yámana (o yagán). Dicha disposición cumple íntegramente el principio de la autoidentificación expresado en el Convenio 169 de la OIT y, a su vez, contrasta diametralmente con otros conceptos de “indígena” acuñados por legislaciones anteriores, desarrollándose precisamente en los artículos siguientes la calidad de indígena. Bajo la misma interpretación del derecho internacional consuetudinario se

²⁶⁶ Véase Párrafo 4° de la Ley 19.253.

²⁶⁷ La Ley Indígena N° 19.253. Análisis y balance – Perspectiva jurídica. Francisco Huenchumilla J. Revista Derecho Mayor N° 1 octubre-2002. Universidad mayor. P. 226.

²⁶⁸ Ley 19.253. Artículo 1, inciso 1°.

debe entender el concepto de tierras conforme a los estándares internacionales; no obstante, esta legislación reconoce prácticamente inexistentes derechos políticos, como se evidenciará. Accesoriamente se tipifica como falta la “*discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura*”, lo cual si bien va acorde a una política estatal no discriminatoria, podría cambiarse su tipificación a la de un delito y aumentar las sanciones que conlleva, para así conseguir resultados más efectivos y disuasivos.

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante CONADI), creada por la Ley Indígena, es un cuerpo colegiado decisorio, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, bajo la vigilancia del Ministerio de Desarrollo Social, recibe fundamentales misiones, como son la promoción, sugerencia a las autoridades a nivel municipal, regional y nacional, coordinación y ejecución de políticas públicas de desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural, y de fomentar su participación a nivel nacional, siendo espiritualmente el sucesor del Instituto de Desarrollo Indígena de la Ley N°17.729. En cuanto a la protección de la cultura indígena, la Corporación tiene a su cargo los deberes de preservación y conservación del patrimonio arqueológico histórico y cultural de las distintas etnias.

Coordinada con el Ministerio de Educación, la CONADI promueve las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe. Por otro lado, junto al Servicio Nacional de la Mujer, incentiva la participación y desarrollo integral de la mujer indígena. Otra función es la de asumir la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas (pudiendo conciliar y arbitrar), lo que se vislumbra como una manera de garantizar y mejorar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

Su dirección está a cargo de un Consejo nacional, presidido por el Director Nacional de la Corporación²⁶⁹; los subsecretarios de la Secretaría General de Gobierno, Desarrollo Social y Cooperación, Agricultura, Educación, y de Bienes Nacionales; 3 consejeros²⁷⁰; y 8 representantes indígenas²⁷¹: 4 mapuche, 1 aimara, 1 atacameño, 1 rapa nui y 1 con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Destaca la posibilidad de concurrir intereses contrapuestos entre los planes gubernamentales y los intereses de los pueblos, lo cual suele ser objeto de crítica a esta ley, pues respecto a la representatividad de los miembros del Consejo Nacional y sus intereses, la última palabra la acaba teniendo el Presidente de la República en cuanto al nombramiento de éstos.

La CONADI mantiene un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas (con finalidades educacionales, culturales, profesionales y económicas), y un Registro Público de Tierras Indígenas, sin perjuicio de la legislación común registral de propiedad raíz. En cuanto al resguardo del patrimonio histórico cultural de los indígenas, se crea como sucesor del Archivo General de Asuntos Indígenas (ley 17.729), un departamento de similar nombre, con sede en la ciudad de Temuco, y dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos.

A esto se suma el Fondo de Desarrollo Indígena, cuyo objetivo es financiar los programas dirigidos al desarrollo de las comunidades indígenas, como planes especiales de crédito, sistemas de capitalización y otorgamiento de subsidios. Este Fondo también tiene la facultad de solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena, áreas sobre las cuales las comunidades existentes serán consideradas

²⁶⁹ Nombrado por el Presidente de la República.

²⁷⁰ Designados por el Presidente de la República

²⁷¹ Designados por el Presidente de la República, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas. Tienen derecho a voz y a voto.

por el Estado en cuanto a la administración de éstas, en pos de un desarrollo armónico entre los indígenas y sus comunidades²⁷².

Respecto al desarrollo económico de los pueblos, resultan clave tanto la regulación como la protección de las tierras indígenas, esto es, aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el Estado, así como aquellas que sean inscritas en el Registro de Tierras Indígenas o declaradas como tales por los tribunales de justicia. Estas tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones. La previamente mencionada protección se plasma civilmente mediante el impedimento por regla general de las tierras indígenas a ser enajenadas, embargadas, gravadas o adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o indígenas de una misma etnia²⁷³. Las tierras a título de comunidades indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración; en tanto que las tituladas a nombre de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a 5 años.

El artículo 12 de la Ley Indígena de 1993 reconoce los títulos legales que establecieron tierras indígenas desde 1823²⁷⁴, recuperando algunas dicha condición, si bien consta que algunas tierras indígenas *“mediante leyes, dejaron de ser tales, y se inscribieron en los conservadores de bienes raíces entrando de esa manera a la normativa general que sobre la materia establece el Código Civil, y por ende sus titulares tenían la plena facultad de disposición. Sin embargo, después del 5 de octubre de 1993, al entrar en vigencia la ley 19.253, se encontraron con sus títulos*

²⁷² Ley 19.253. Artículo 26.

²⁷³ Destaca también la figura de permuta de tierras indígenas entre integrantes de una misma etnia (artículo 13), permuta por tierras no indígenas, desafectándose las indígenas permutadas (artículo 13 inciso 3°) y la de la constitución del derecho real de uso sin afectar la indivisibilidad de las tierras (artículo 17 incisos 4 ° y siguientes).

²⁷⁴ Títulos de comisario: títulos otorgados con posterioridad a la Independencia, para la titulación de las tierras reconocidas, en perpetua y segura propiedad, reconociendo legalmente el dominio y posibilidad de reclamar un derecho ancestral.

*cuestionados al pretender efectuar operaciones bancarias o comerciales, esta situación se mantiene hasta el día de hoy*²⁷⁵. En 3 de los 4 números empleados en el artículo, se usa un criterio de reconocimiento de títulos originados en la ley, cabiendo solamente en el N° 2 un criterio de tierras “*amparadas por un título indígena que se fundamenta en la posesión, ocupación y uso tradicional que históricamente han hecho de ellas los pueblos indígenas y que sería regido por la costumbre o derecho indígena*”²⁷⁶. De todas maneras, el numeral 2 del artículo 12 de esta ley tiene como requisito la inscripción de mentados derechos en el registro de Tierras Indígenas, a solicitud de las comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

El acceso y ampliación de tierras y aguas a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas²⁷⁷, el cual es administrado por la CONADI, contribuye también al desarrollo económico de los pueblos, al menos en cuanto a la voluntad legislativa que subsidia mentadas actividades. Se contemplan 3 objetivos del Fondo²⁷⁸, a saber: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras con tal de ampliar la superficie de las tierras cuando sean insuficientes; b) financiar mecanismos para solucionar problemas de tierras judiciales o extrajudiciales; y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso. Lo adquirido con recursos del Fondo no podrá ser enajenado durante 25 años, salvo resolución del Director de CONADI que lo

²⁷⁵ La Ley Indígena N° 19.253. Análisis y balance – Perspectiva jurídica. Francisco Huenchumilla J. Revista Derecho Mayor N° 1 octubre-2002. Universidad mayor. P. 234.

²⁷⁶ El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. Gonzalo Aguilar Cavallo. Ius et Praxis Volumen 11 N°1, Talca. 2005. P. 285.

²⁷⁷ De acuerdo a cifras oficiales, el Fondo de Tierras y Aguas permitió que, entre 1994 y agosto del 2013, se adquirieran un total de 690.872 hectáreas de tierras, las cuales han sido adquiridas, saneadas o traspasadas a personas y comunidades indígenas, beneficiando a 23.410 familias.

²⁷⁸ Ley 19.253. Artículo 20. Desarrollado en el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, Decreto 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación.

autorice, previo reintegro del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido²⁷⁹. Lo preocupante es la fragmentación del territorio indígena en el concepto de tierra indígena, al no comprender los recursos que en éstas se encuentran, difiriendo diametralmente con el concepto de territorios y propiedad contenidos en el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo sentido se encuentra dentro del espacio territorial que expresa la existencia y cultura de los pueblos originarios, si bien el aparato estatal chileno podría aducir que el primer instrumento internacional aún no estaba ratificado cuando se creó la Ley 19.253. Recordando, debe reconocerse el derecho de propiedad y posesión que les corresponde a los indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, debiendo garantizar la posibilidad de uso de las tierras aunque no estén ocupadas por ellos (artículo 14.1 del Convenio 169 OIT).

Como se demostrará en los diagnósticos de los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la escasez presupuestaria constituye el principal escollo en las políticas públicas a favor de los pueblos indígenas, obstaculizándose metas como la implementación de programas interculturales de educación, o la ansiada restitución de las tierras indígenas despojadas a lo largo de los años.

Esta ley reconoce la propiedad indígena individual, a título de personas naturales indígenas, y por otra parte la propiedad indígena comunal, teniendo como titular a la comunidad indígena, definida por esta ley en el articulado de su párrafo 4^o²⁸⁰, según la cual los comuneros o socios tendrían derechos individuales respecto a la

²⁷⁹ Ley 19.253. Artículo 22.

²⁸⁰ Bajo el mismo procedimiento, pueden obtener personalidad jurídica las asociaciones indígenas, cuales son a fin de cuentas sociedades conforme al derecho civil común. La ley en su título VIII párrafo 5° contiene normas aplicables a las asociaciones indígenas urbanas (formadas por indígenas domiciliados en un área urbana del territorio nacional) o migrantes (formadas por indígenas cuyo domicilio sea una zona rural no comprendida en los territorios reconocidos de los mapuches huilliches, aimaras, atacameños, quechuas, collas, rapa nui, yaganes y kawashkar).

propiedad indígena. La titulación comunitaria de tierras, si bien es exigida por muchas comunidades, limita las posibilidades de los beneficiarios de tierras a acceder a programas de apoyo al desarrollo por entidades estatales, e incluso de obtener subsidio para su vivienda, siendo este hecho una motivación más del legislador a la titulación individual de tierras indígenas. Dicho esto, las tierras indígenas pueden ser permutadas por tierras no indígenas o expropiadas por causa de utilidad pública, los recursos naturales pueden ser cedidos por el Estado a personas no indígenas que, aún encontrándose dentro de tierras indígenas, pueden aprovecharlos o explotarlos y, como se desarrollará más adelante, no se garantiza de forma adecuada la participación ciudadana e indígena efectiva en el sistema de evaluación ambiental respecto de proyectos de inversión o desarrollo. Con todo, esta ley *“sólo admite, eventualmente, un recurso restringido a la costumbre y fuente indígena como una forma de probar esta posesión histórica e inmemorial en la que se ampararía el título indígena²⁸¹”*, limitando así la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena en torno al uso y posesión tradicionales, descrita en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo 26.1 de la DNUDPI).

Respecto a la participación de los indígenas, en el artículo 34 se establece que: *“Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.*

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, estos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación

²⁸¹ El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. Gonzalo Aguilar Cavallo. *Ius et Praxis* Volumen 11 N°1, Talca. 2005. P. 277.

que se reconozca a otros grupos intermedios". Este articulado sería después reglamentado en uno de los cuerpos normativos más restrictivos de los derechos participativos indígenas, el Decreto Supremo 124 del MIDEPLAN.

La admisión de un pluralismo jurídico ajustado a los derechos humanos fue reconocida por el legislador chileno. El reconocimiento del derecho propio indígena y sus instituciones consta en el artículo 54 de la Ley Indígena, sin embargo, éste es redefinido como *"costumbre entre indígenas de una misma etnia"*, teniendo como limitantes a su uso la Constitución Política de la República y los derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile. Esta costumbre se considerará en lo penal *"cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad"*.

Una importante garantía procesal contenida en la Ley 19.253 es el uso de la lengua materna en las causas indígenas, contando además con asesoría realizada por traductor idóneo, proporcionado por CONADI. Misma garantía sería considerada más tarde en la Reforma Procesal Penal.

Se establece la conciliación como instancia relevante respecto a juicios de tierras, con tal de prevenirlos o terminarlos, reglamentándose también el procedimiento judicial de la conciliación y de los juicios de tierras (artículos 56 y siguientes). En esta eventual conciliación juega un importante rol el director Nacional de la CONADI, quien nombra al eventual abogado conciliador, el cual es también Ministro de Fe para efectos de levantar acta del acuerdo, *"la que producirá efecto de cosa juzgada en última instancia y tendrá mérito ejecutivo"*.

VIII. C. El caso Ralco

Desde 1990, por aprobación del Ministerio de Economía, el proyecto de seis centrales hidroeléctricas por la empresa ENDESA, realizado en la cuenca del río Bío-Bío, significaría el deterioro de las vidas de una gran cantidad de población pehuenche, la cual debió ser trasladada por la fuerza y sin su consentimiento de la zona que habitaban, pues sería inundada una vez fueran puestas en marcha las centrales. El conflicto judicial por la primera central, Pangué, fue resuelto por la Corte Suprema, quien falló por permitir la construcción de la central en 1993.

La CONADI buscaría un acuerdo entre las partes, pero dos de sus directores, ambos profesionales indígenas, fueron despedidos por expresar sus reservas sobre la forma en que la empresa estaba tratando las cuestiones indígenas y ambientales. Las autoridades rechazaron ciertos estudios en los que se detallaban los efectos nocivos acumulados del proyecto de las seis presas en la población indígena y en el medio ambiente. De hecho, tanto la CONADI como la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), anterior entidad supervigilante en materia ambiental, aconsejaron al Gobierno en un momento dado que abandonara el proyecto, pero no se les tuvo en cuenta.

En 1997 el proyecto pudo contar con la aprobación de la CONAMA, luego del análisis del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) respectivo, siendo la primera obra de este tipo en someterse a este examen en el país. Al mismo tiempo, la entidad ambiental señaló que, por aplicación de la Ley Indígena (N° 19253), la relocalización de la población sólo podría llevarse a cabo con el consentimiento de los afectados, implicando la realización de una permuta por otro predio equivalente que satisficiera al indígena afectado, con la autorización de la CONADI. La gran parte aceptó la permuta de tierras ofrecida por Endesa, sin embargo, hubo familias que se opusieron fuertemente a salir de sus tierras en recuerdo de sus antepasados y de los derechos ancestrales que poseían sobre las tierras.

El 10 de diciembre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una petición presentada por abogados representantes de la Universidad Arcis, el Center for International Environmental Law (CIEL) y de cinco pehuenches directamente afectados, donde se alegaba la violación por parte del Estado de Chile de varios derechos protegidos descritos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se solicitaron medidas cautelares para evitar que las tierras comunales fueran inundadas, estando las obras ya en un 70% de avance.

El Gobierno de Chile empezó a preocuparse por mitigar los efectos negativos del proyecto en los pueblos indígenas, aunque reconociendo que la legislación sobre los indígenas está subordinada a otras leyes que en este caso tenían prioridad. En efecto, ya el año 2003 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, realizaba un diagnóstico tajante al comportamiento del Estado chileno: *“Varios observadores han señalado que en el caso de Ralco, las prioridades de las empresas, con el apoyo del Estado, parecen anular las preocupaciones sociales y ambientales expresadas en las protestas masivas y las acciones judiciales emprendidas por las organizaciones mapuches y sus partidarios. A medida que avanza el proyecto de las seis presas del Bío-Bío, el pueblo pehuenche, en particular las dos comunidades locales directamente afectadas por las aguas del embalse, Ralco-Lepoy y Quepuca-Ralco, se enfrenta a un porvenir oscuro, y su forma de vida tradicional parece alterada sin remedio. Además, el caso de Ralco ilustra claramente las tensiones sociales que surgen entre un modelo de desarrollo “modernizador” y los costos sociales, ambientales y culturales que debe soportar el pueblo que carga con el peso de esa transformación económica. El Gobierno de Chile informa de que los pueblos indígenas no participan en la planificación de los grandes proyectos de desarrollo, aunque, una vez que se han decidido esos proyectos, las comunidades indígenas pueden intervenir para ayudar a mitigar sus posibles efectos negativos. El Relator Especial recomienda que*

Chile ratifique el Convenio N° 169 de la OIT lo antes posible y que cumpla estrictamente las nuevas normas internacionales y su propia legislación en materia indígena y ambiental a fin de proteger adecuadamente los intereses de los pueblos indígenas; las comunidades indígenas deben participar directamente siempre que se considere la posibilidad de adoptar importantes proyectos de desarrollo económico que puedan afectar su vida y sus medios subsistencia²⁸²”.

El 16 de septiembre de 2003 se suscribió un acuerdo, en el Palacio de La Moneda y ante el Secretario General de la Presidencia Francisco Huenchumilla, entre las cuatro familias pehuenches que aún se oponían a la entrega de sus tierras, y la empresa eléctrica. Con el acuerdo, cada una de las cuatro familias recibieron 200 millones de pesos y 77 hectáreas de terreno. Además, el Gobierno se comprometió a comprar 1200 hectáreas del fundo El Porvenir ubicado en la zona, para entregarlas a las familias que permutaron sus tierras. Endesa por su parte, se comprometió a destinar \$ 300 millones para una nueva fundación encargada de dar beneficios a los afectados por la construcción de la central, los cuales se mostrarían insuficientes versus el costo social implicado. Ya en el año 2004 se inauguraría el proyecto hidroeléctrico Ralco, en el marco de una serie de compromisos firmados por el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

²⁸² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 21 de enero de 2003. E/CN.4/2003/90. Párrafo 36.

Capítulo IX. Informes de los Relatores Especiales de la ONU sobre los indígenas en Chile

IX. A. El informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen (2004)

Sería en el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas²⁸³ Rodolfo Stavenhagen, sobre su misión a Chile los días 18 a 29 de julio de 2003, que por primera vez el titular del mandato de las Naciones Unidas de protección y promoción de los derechos fundamentales de los pueblos originarios, examinaría la legislación interna tomando en consideración los estándares internacionales, asistido por las conclusiones de la Comisión de la Verdad Histórica y Nuevo Trato, institución creada el 2003 para indagar y reivindicar la realidad histórica de los pueblos indígenas en Chile, en pos de aportar a la confección de políticas públicas que busquen la reconciliación del Estado con éstos.

Reconociendo el historial de despojo de recursos, asimilación y marginación social vivido por los indígenas habitantes del territorio chileno, el profesor Stavenhagen destacó los altos índices de pobreza y bajos niveles de bienestar que presentaban comparados a los de la población no-indígena. El titular del mandato de Naciones Unidas constató que los índices de indigencia y analfabetismo eran más del doble de la media nacional no indígena, diferencias que se presentaban con mayor notoriedad en mujeres y niños indígenas. Usando como fuente al Banco Mundial, aseveró que la incidencia de la pobreza era significativamente más alta en poblaciones indígenas (35,6%) que en las no indígenas (22,7%); que los ingresos que recibían las familias indígenas respecto a las no-indígenas equivalían a casi la mitad de los percibidos por las últimas; las diferencias en la escolarización entre

²⁸³ Actualmente este mandato ha cambiado su denominación por el de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

niños indígenas y no-indígenas (2,2 años bajo el promedio, el cual correspondía a 9,5 años); las diferencias en las viviendas indígenas, contando el 41% con alcantarillado, 58% con acceso al agua corriente y 35% con conexión a la red de electricidad; y la tasa de mortalidad infantil superior respecto a las de niños no-indígenas.

Destacó la demanda acumulada y no satisfecha de servicios sociales. En educación, observó altas tasas de deserción escolar y difícil acceso a la educación, junto a la ineficaz aplicación del programa de educación intercultural bilingüe. A su vez, acusó discriminación a los indígenas en el acceso a servicios médicos. La preservación de la identidad cultural tampoco se realiza adecuadamente, notándose un nulo desarrollo y protección de la medicina tradicional indígena.

Respecto a la Ley Indígena N° 19.253, el profesor mexicano notó que en 10 años desde su creación, los mecanismos de participación previstos en ésta no habían dado el resultado esperado, sin poder ampliar los espacios de autonomía reclamados por numerosas agrupaciones indígenas. La no ratificación del Convenio 169 de la OIT también contribuyó a esta situación de nula participación de los indígenas.

En cuanto a la política de tierras indígenas, el Relator Especial estimó que ésta debía ser redefinida, pues se mostraba insuficiente, en parte por el aumento especulativo de los precios de las tierras que se buscaban adquirir mediante el Fondo de Tierras y Aguas (órgano que contaba con un bajísimo presupuesto), y por otra, a causa de las demoras en las tramitaciones de los procedimientos de adjudicación y regularización de tierras. Esto se vuelve crítico toda vez que el Relator indicó como problemas principales: la escasez de tierras en propiedad de los mapuche y su condición de sobreexplotación; el aislamiento de las tierras de las comunidades en propiedad de particulares, generalmente de plantaciones forestales; el deterioro ambiental sufrido por las tierras mapuche, su fauna y su

sotobosque; el deterioro de su salud y cultivos; y la contaminación de los distintos cursos de agua y eventuales pérdidas ictiológicas. Desde 1993 hasta la realización del informe, fueron adquiridas, traspasadas o regularizadas aproximadamente 255.000 hectáreas de tierras en litigio.

En la Isla de Pascua, destacó que el Decreto Ley 2885 del año 1979 permite otorgar a los chilenos “originarios”²⁸⁴ de la isla, títulos de dominio gratuito, no sólo a los habitantes indígenas, cuya consecuencia fue que el 18% de la superficie de la isla permaneciera en poder de los rapa nui originarios, mientras que el resto perteneciente a propiedad fiscal quedaba en la hipótesis de ser otorgada a título gratuito, teniéndose como excepciones a las que por el mismo decreto quedaban reservadas (o se les daba este carácter²⁸⁵).

Evocando el caso Ralco y la desfavorable situación en la que quedaron los pehuenches afectados, reiteró la especial preocupación que debe tenerse frente a la política de grandes proyectos de inversión. Su diagnóstico de la legislación sectorial fue tajante respecto a una serie de perturbaciones y violaciones a los derechos fundamentales de los pueblos originarios:

-La explotación forestal fomentada por el Decreto Ley 701 conllevó al deterioro de cultivos en las comunidades; a la disminución de importantes fuentes de agua y a la reducción de espacios de los territorios indígenas de la zona Centro-Sur del país.

-El modelo de inscripción registral como forma de fomentar la inversión privada y brindarle seguridad jurídica a ésta, en desmedro de reconocer los derechos tradicionales de los pueblos, se evidenciaba como severo infractor de derechos

²⁸⁴ Los nacidos en Isla de Pascua y cuyo padre o madre cumpla esta condición. También podrán concederse a los chilenos no originarios de la Isla, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en ella, que acrediten domicilio y residencia de cinco años y que ejerzan en ésta una profesión, oficio o actividad permanente.

²⁸⁵ Véase artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ley 2885 del año 1979.

fundamentales. El mandatario de Naciones Unidas resaltó la importancia de los recursos naturales del subsuelo en la región árida del Norte, donde el acceso al agua es esencial para la vida de las comunidades campesinas aymaras, atacameñas y quechuas, en razón de la escasez del recurso, pero su acceso se niega pues “*el recurso ha sido apropiado por empresas mineras*”, a quienes, facultadas por la legislación sectorial, se les avala el uso de las aguas que descubran los concesionarios en sus labores de exploración y explotación.

-La captación y apropiación de recursos marítimos y costeros en la costa de la Araucanía, resultando en la reducción al acceso de la comunidad lafkenche²⁸⁶ a sus recursos tradicionales de pesca en razón de la inscripción de áreas a nombre de privados en virtud de la Ley de Pesca de 1992, finalmente perjudicando sus modos tradicionales de vida. Así el Relator llama a garantizar el acceso a los recursos acuíferos y marítimos que necesitan tradicionalmente las comunidades para su propia subsistencia por encima de intereses comerciales y económicos privados.

La mayor preocupación fueron las vulneraciones al debido proceso en materia penal, en el marco de la protesta social en torno a las reclamaciones de tierras indígenas, a consecuencia de una política estatal de devolución de tierras insuficiente²⁸⁷. Estas observaciones llegaron en el marco de la implementación progresiva a lo largo del país de la Reforma Procesal Penal (la cual se realizó entre los años 2000 y 2005), la cual significó un importante pero urgente avance legislativo, al separar las funciones de investigación (Ministerio Público), defensa (Defensoría Pública) y dictación de sentencias (Jueces de Garantía y Tribunal Oral en lo Penal); y otorgar una serie de garantías procesales en contraste al anterior

²⁸⁶La mancomunidad mapuche es subdividida en entidades territoriales. Además de los lafkenche, se identifican como integrantes de ésta los huilliche, pehuenche y nagche.

²⁸⁷ Véase Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Misión a Chile. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2003. E/CN.4/2004/80/Add.3. Párr. 30.

modelo inquisitivo de persecución penal, como la eliminación del secreto en el sumario, la preferencia por penas alternativas adecuadas a las condiciones sociales y culturales del inculpaado, distintas a la privación de libertad; la utilización de la lengua materna y la presencia de un traductor, la consideración de los factores culturales y sociales como atenuantes, y la valoración de pruebas testimoniales de autoridades comunitarias, entre otras.

El aumento de conflictividad en la zona mapuche por faltas contra la propiedad particular y bienes públicos o con maltrato a miembros de la fuerza pública en el contexto de movilizaciones de protesta y ocupaciones de tierras e instalaciones tuvo como respuesta estatal, desde el año 2001, la aplicación de la Ley Antiterrorista N°18.314 que “Determina Conductas Terroristas y fija su Penalidad”, vigente desde el gobierno militar (16 de mayo de 1984), a personas mapuche o relacionadas con el conflicto mapuche, alterando esta normativa algunos aspectos del procedimiento penal²⁸⁸ y estableciendo penas más graves para los tipos penales. Preocupó también al titular del mandato de Naciones Unidas la alta presencia de contingente policial permanentemente en las comunidades, junto al incremento de causas penales contra dirigentes de comunidades y organizaciones mapuche, fenómeno que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado y que contribuye a la discriminación y criminalización de la justa protesta de reivindicación de tierras. Estas observaciones se reiteran en el siguiente informe y, hasta el día de hoy, se mantienen.

Como recomendaciones enfáticas al gobierno, instó a las autoridades a ampliar el presupuesto y acelerar las actividades del Fondo de Tierras y Aguas manejado por la CONADI. Sugirió también una reforma constitucional en materia indígena con especial consideración al término “pueblos” empleado en los Pactos Internacionales

²⁸⁸Entre otras, la restricción de medidas cautelares, la extensión de los períodos de prisión preventiva, el secreto, eliminación de medidas cautelares distintas de la detención provisional, y desestabilización en la carga y valoración de la prueba.

de derechos humanos ratificados por Chile²⁸⁹, y la ratificación del Convenio 169 de la OIT²⁹⁰. Respecto a la recuperación de tierras indígenas, el mandante señaló que *“Además de la titulación de predios privados, deberán ser rescatados y reconstituidos los tradicionales territorios comunales indígenas que contengan recursos para uso comunal”*²⁹¹.

Recomendó, en el margen del conflicto mapuche, *“que el gobierno de Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas”*²⁹². Por último, cabe resaltar que el Relator Especial recomendó el establecimiento de una institución nacional de defensa y protección de los derechos humanos u “ombudsman” en el país²⁹³, a fin de garantizar el acceso y calidad de la justicia respecto a todas las personas y, en especial, a los pueblos originarios.

De esta manera, el informe fue tajante en demostrar la carencia de instancias representativas de participación en la confección de políticas públicas para los

²⁸⁹ Con tal de establecer las condiciones de su ejercicio en el marco de las singularidades de cada país.

²⁹⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Misión a Chile. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2003. E/CN.4/2004/80/Add.3. Párr. 57-58.

²⁹¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Misión a Chile. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2003. E/CN.4/2004/80/Add.3. Párr. 65

²⁹² Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Misión a Chile. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2003. E/CN.4/2004/80/Add.3. Párr. 75

²⁹³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Misión a Chile. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2003. E/CN.4/2004/80/Add.3. Párr. 80

indígenas, la prolongación del preocupante status quo del siglo XX de desprotección del indígena frente a la actividad estatal y, en definitiva, las reiteradas violaciones a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de Chile, fuera por autoridades o privados, en especial respecto a sus recursos naturales y tierras ancestrales en virtud de la legislación sectorial, las cuales debían ser mitigadas en parte siguiendo las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas.

IX. A. 1. La Comunidad Indígena Toconce

El desaire que políticamente podría significar el diagnóstico de Rodolfo Stavenhagen fue un llamado de atención al Estado de Chile: los proyectos de desarrollo no podían ser la única prioridad de un país ya insertado en el modelo neoliberal de libre mercado. Es con este trasfondo que una sentencia de la Corte Suprema, el 4 de octubre de 2004, reconocería derechos de aguas ancestrales a favor de la Comunidad indígena atacameña de Toconce, región de Antofagasta, regularizando los derechos de aprovechamiento en desmedro de las intenciones de la Empresa Sanitaria y de Servicios de Antofagasta ESSAN S.A, quien interpuso recurso de casación en el fondo y forma contra sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que también había fallado a favor de la comunidad indígena. El fallo acertadamente concluyó que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno por aplicación de los artículos 3 transitorio inciso 2 y 64 de la Ley Indígena.

De acuerdo a la Corte Suprema, el legislador *“ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de las 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 de uso del recurso hídrico.”* El programa de regularización de derechos de aguas de las comunidades atacameñas ejecutado por CONADI en la II Región ha permitido regularizar con la misma base argumentativa aproximadamente 70 derechos de agua a favor de las comunidades atacameñas, por un caudal de 2.278,8 litros por segundo, todos de naturaleza consuntiva, permanentes y continuos, los que representan el 85% de las aguas superficiales usadas por las comunidades indígenas de la Provincia de El Loa.

IX. B. El segundo Informe: Relator Especial James Anaya

Si bien el Estado cumplió con la recomendación del anterior Relator Especial Rodolfo Stavenhagen al ratificar el Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que en el segundo informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, en torno a su visita de trabajo al país del 5 al 9 de abril de 2009, enfatizaría el incumplimiento de varios estándares internacionales en las prácticas institucionales del país, a meses de que entrara en vigencia el Convenio 169 de la OIT.

Notó avances en la situación socioeconómica entre población indígena y no-indígena manejando los datos de la encuesta CASEN (2006), la cual evidenció reducción de las brechas de pobreza, salud y educación, si bien aún hay marcadas y significativas diferencias entre la población nacional no-indígena y la población indígena respecto a varios indicadores socioeconómicos. Aún así, el objetivo de la visita a Chile era otro.

La implementación y adaptación de la legislación interna a los estándares internacionales era el foco principal del Relator Especial, en vista de la reciente ratificación del Convenio 169 OIT. En cuanto al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas, para así hacer efectivos mecanismos de interlocución entre el Estado y los pueblos indígenas, recomendó la realización de una consulta para determinar el procedimiento de la consulta propiamente tal. Indicó que, ante la eventual confección de un reglamento provisional para regular las obligaciones del 6 y 7 del Convenio 169 OIT y el artículo 34 de la Ley Indígena, las comunidades afectadas debían también ser consultadas en condiciones de igualdad y tomando en cuenta las formas tradicionales de organización de los indígenas.

En cuanto a los derechos de tierras, el profesor Anaya indicó que se debían reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas, adecuándolo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos, en razón de no existir mecanismo alguno para el reconocimiento de derechos a las tierras o a los recursos naturales con base en los patrones de la ocupación y uso tradicional o ancestral de éstos, especialmente a la luz de la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Chile²⁹⁴. Las consecuencias del mercado especulativo señalado por el profesor Stavenhagen se mantuvieron. A la fecha de la realización del informe, se contabilizaron 657.520 hectáreas adquiridas por el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, desde 1994 al 2009.

El profesor Anaya resaltó la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual desarrolló la posesión tradicional de las tierras en virtud del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que ésta se ve amparada como derecho de propiedad. Para dar mayor respaldo a lo ratificado por Chile, marcando pautas para una adecuada interpretación del derecho internacional, complementa el titular del mandato de Naciones Unidas con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde consta el derecho a los territorios ancestrales indígenas (artículo 26) y la reparación por medios que pueden incluir la restitución o indemnización justa por las tierras que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 28).

Problemática fue también la devolución de tierras al norte del país, donde el Relator Especial constató un incumplimiento en la salvaguarda y restitución de tierras

²⁹⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante el Consejo de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6. Párr. 54.

patrimoniales atacameñas en virtud del artículo 63²⁹⁵ de la Ley Indígena, cuyo plazo venció en 1996, y que a dicha fecha, de 3 millones de hectáreas solo habían sido restituidas 400.000. Notó al igual que el mandatario anterior, la tendencia a favorecer la inscripción registral de títulos individuales y no títulos de propiedad colectiva, desentendiéndose la normativa interna de las instituciones empleadas y reconocidas por los pueblos indígenas. El profesor Anaya concluyó que la política de restitución de tierras por el Fondo de Tierras y Aguas se mostró ineficiente al no existir un mecanismo específico para el reconocimiento de derechos a las tierras o a los recursos naturales con base en los patrones de uso y ocupación tradicional o ancestral de las comunidades indígenas.

Sumado a esto, la apropiación por empresas privadas de los recursos naturales regulados en las distintas leyes sectoriales como minería, aguas y geotérmica, ha resultado en efectos negativos sobre el uso y acceso de las tierras tradicionales de pueblos indígenas a lo largo del país²⁹⁶. El Relator Especial hizo hincapié en la consideración de indemnización equitativa por cualquier daño resultante de los proyectos de desarrollo a los indígenas (artículo 15.2 del Convenio 169 OIT).

Frente a la retroactividad planteada por el gobierno de que el Convenio 169 no estaba vigente cuando se iniciaron varios proyectos de desarrollo, haciéndolo inaplicable estrictamente a las decisiones adoptadas, el Relator Especial enfatizó en que *“los proyectos ya en marcha de extracción de recursos naturales, industriales y de infraestructuras obviamente tienen efectos actuales y futuros en las vidas de las comunidades en las zonas de estos proyectos. Por lo tanto, las normas*

²⁹⁵ El artículo al que se refiere es el 64 de la Ley Indígena.

²⁹⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante el Consejo de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6. Párr. 36.

internacionales actualmente vigentes son aplicables por lo menos en relación con aquellos impactos actuales y futuros de estos proyectos, tanto privados como estatales²⁹⁷”, debiéndose aplicar las medidas de mitigación reparación y justa compensación correspondientes a las comunidades.

El titular del mandato de Naciones Unidas señaló además que respecto a las actividades o proyectos de inversión que tengan impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada, siguiendo lo concluido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que el requisito del consentimiento es exigible en aquellos casos de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor sobre los pueblos indígenas. Esto se complementa con las hipótesis contempladas en la DNU DPI como traslado forzoso de comunidades indígenas o el depósito de materiales peligrosos en el territorio de una comunidad, donde se exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

Sólo 0,31% del presupuesto nacional de dicho período era destinado a políticas indígenas, lo cual se mostró insuficiente para el cumplimiento de las tareas estatales. En torno a estas limitaciones presupuestarias, es que el Relator Especial señaló que es necesario para el cumplimiento de las políticas y programas dirigidos a los pueblos indígenas, aparte de un incremento presupuestario, el tener en cuenta el mandato del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto al deber de adoptar las medidas “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*” el Estado, y de la Declaración de las Naciones Unidas

²⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante el Consejo de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6. Párr. 38.

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para dar plena efectividad a éstos, prestando atención a los programas de tierras y aguas, educación bilingüe intercultural, hogares de estudiantes indígenas, salud intercultural y asegurar el financiamiento de los procesos de consulta²⁹⁸.

Por último da énfasis en la protesta social por reivindicación de tierras y los efectos colaterales de una política penal que ha sido materia de alegaciones sobre el incumplimiento de la normativa internacional y las garantías procesales internas, cuales deparan la estigmatización de los indígenas y una dinámica general de controversia entre los mapuches y las autoridades estatales que no contribuye a la búsqueda de soluciones constructivas orientadas a determinar los orígenes de la protesta misma. Da cuenta el profesor norteamericano de una sensación de frustración general en los indígenas, causada por la lentitud de respuesta de las autoridades estatales respecto a sus reivindicaciones territoriales y políticas, lo que ha derivado en una desconfianza frente a las instituciones y en un movimiento de protesta social que suele ser criminalizado por medios de comunicación.

La represión policial en la Araucanía, la vulneración a garantías procesales en procedimientos penales y el uso de legislación antiterrorista para perseguir a los mapuches por sus acciones de protesta social enmarcadas en los conflictos de tierras siguen siendo rasgo común del informe anterior con el actual. Desaprobando la violencia de ambos bandos del conflicto, el Relator señaló que “*la comisión de*

²⁹⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante el Consejo de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6. Párr. 63.

*eventuales actos de violencia no justifica en caso alguno la violación de derechos humanos de la población indígena por parte de los agentes policiales del Estado*²⁹⁹.

Esta situación no sólo afecta a los principales actores de la protesta social. Mujeres, niños y ancianos suelen ser afectados por el despliegue policial en las comunidades. De esta forma, el titular del mandato de Naciones Unidas resalta la recomendación del Comité de Derechos del Niño al Estado de Chile, por el que *“vele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos*³⁰⁰”. Diversos organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendaron a Chile definir precisamente los delitos de terrorismo con tal de que los individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos.

Similar tendencia seguiría el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Ben Emmerson en su informe de 10 de marzo de 2014, en el marco de su visita a Chile en 2013, en el cual destaca *“la importancia de una definición estricta del concepto de terrorismo de manera que no sea excesivamente expansivo en su alcance y toma nota con preocupación una serie de inconsistencias entre la Ley contra el Terrorismo y la garantía de respeto al principio de legalidad y el derecho al debido proceso. También expresa su grave preocupación por el uso excesivo de la fuerza por la policía (Carabineros) y la Policía de Investigaciones en el contexto de las búsquedas o allanamientos en comunidades mapuche y por la*

²⁹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante el Consejo de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6. Párr. 40.

³⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/3. Párr. 74, inciso d.

*falta de rendición de cuentas para tales violaciones*³⁰¹. El señor Emmerson señaló que *“En ausencia de una acción rápida y eficaz a nivel nacional, podría escalar rápidamente en desorden y violencia generalizada. Hay una necesidad urgente de dar a esta cuestión la prioridad que exige”*³⁰². De esta forma, recomendó el titular del mandato de Naciones Unidas al Gobierno de Chile *“priorizar y acelerar el proceso de restitución o devolución de tierras, incluida la asignación de los recursos presupuestarios necesarios para alcanzar los objetivos de restitución actuales dentro de un plazo de tiempo breve y definido”*³⁰³.

Así entonces, el informe del Relator Especial James Anaya concluye de la misma manera que el anterior. Recomendando eventuales reformas a la legislación sectorial –las que deben ser consultadas con los pueblos indígenas afectados-, una adecuación a las normas internacionales aplicables y reconocidas por el Estado de Chile y su normativa interna, un mecanismo efectivo de reconocimiento de derechos de tierras o recursos naturales de los pueblos indígenas, el cumplimiento de las normas procesales internas e internacionales en el marco del conflicto mapuche por reivindicación de tierras, un aumento en el presupuesto del Fondo de Tierras y de Aguas y, finalmente, el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios.

³⁰¹ Véase <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/chile-ddhh/recomendaciones/1706-informe-emmerson.html>

³⁰² Informe ante el Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Ben Emmerson, 10 de marzo de 2014. A/HRC/25/59/Add. 2. Párr. 87.

³⁰³ Informe ante el Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, 10 de marzo de 2014. A/HRC/25/59/Add. 2. Párr. 92.

Capítulo X. Participación y consulta indígena en Chile

X. A. Ratificación del Convenio 169 OIT

La visión de la entidad estatal chilena respecto a los tratados que ratifica quedan resumidos en la siguiente aseveración realizada en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores: *“En cuanto a la jerarquía de los tratados, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han resuelto, en su generalidad, la prevalencia del orden constitucional interno por sobre la normativa internacional descartándose su derogación tácita mientras no se adecue a la misma el orden constitucional y legal³⁰⁴”*. De esta manera, la preferencia fue la de considerar los tratados internacionales como normas infraconstitucionales. Uno de los casos en que podemos sostener esta preferencia del ordenamiento jurídico interno por sobre normas y principios internacionalmente reconocidos es la visión del Tribunal Constitucional respecto al Convenio 169 OIT. Podemos percatarnos que el criterio localista preferente también aplica al caso australiano, en cuanto valora más la interpretación legal positivista que el desarrollo de principios y doctrina internacional “común” en su precedente judicial.

El proceso de tramitación para la ratificación de Chile del Convenio 169 de la OIT demoró cerca de 19 años, desde los compromisos de Nueva Imperial en 1989 (el proyecto fue enviado el 21 de diciembre de 1990 al Congreso). *“Los argumentos relativos a que la nación chilena es una e indivisible, que un tratado como éste podía poner en cuestión este carácter unitario e incluso la posibilidad de secesión, marcaron buena parte del debate parlamentario que obstaculizó en reiteradas*

³⁰⁴ Documento Básico Común de Chile 2013. Párrafo 157. Disponible en web del Ministerio de Relaciones Exteriores. http://www.minrel.gov.cl/minrel/site/artic/20080902/asocfile/20080902204316/documento_b_sico_com__n_chile___actualizaci__n_sept_2013_final_con_correcciones_monu.pdf.

*ocasiones el cumplimiento de la promesa electoral*³⁰⁵. No sería sino hasta el 2008 que el Congreso Nacional daría su aprobación al Convenio 169.

Las normas de un tratado pueden presentar 2 niveles de exigibilidad ante los Tribunales de Justicia de los Estados parte, pudiendo ser autoejecutables o no autoejecutables. Las normas autoejecutables están redactadas de forma tal que pueden ser aplicadas sin más trámite en el ordenamiento interno, no requiriendo desarrollo normativo, mientras que en contraste las normas no autoejecutables necesitan para su entrada en vigor de algún trámite legislativo por parte del país que suscribe.

El Tribunal Constitucional se pronunció, no sin problemas, sobre la autoejecutabilidad del Convenio 169 de la OIT, bajo el Rol 309-2000, en sentencia del 4 de agosto. En el fallo, el TC consideró los artículos 6 y 7 del Convenio como autoejecutables por los términos en que estaban redactados, no requiriendo entonces que el Estado dictara normas para que tuvieran efectos jurídicos. A pesar de esto, la magistratura entendió en el considerando 49 de la sentencia del año 2000 que el artículo 34 del Convenio³⁰⁶ contenía un principio que permitiría la lectura del instrumento como no autoejecutable o programático. El Tribunal Constitucional obvió el objetivo principal de proteger a los pueblos indígenas, ignorando y restringiendo el eventual rango constitucional del Convenio al incorporarse normas que fijan estándares internacionales mínimos para la protección de los pueblos originarios, dejando de lado la obligatoriedad de un tratado de derechos humanos, contrariando lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República y el articulado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

³⁰⁵ El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia. Jorge Contesse y Domingo Lovera. En Anuario Universidad Diego Portales. 2011. P. 129.

³⁰⁶ Convenio N° 169 de la OIT. Artículo 34. 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.

Tratados, en cuanto al efecto útil en la interpretación de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena). Ésta convención establece ciertas obligaciones respecto al cumplimiento de los tratados internacionales que ratifican los países partes, como la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor y la imposibilidad de justificar el incumplimiento de un tratado ratificado invocando disposiciones de derecho interno, lo cual debería mantener a raya la interpretación antojadiza de los agentes estatales respecto a estos instrumentos internacionales.

El segundo pronunciamiento del tribunal Constitucional fue realizado el año 2008, después de la reforma constitucional del 2005 que modificó el artículo 54 N°1 inciso 5°, disponiendo actualmente que *“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*, confirmando el rango constitucional del Convenio y lo constatado anteriormente respecto a la Convención de Viena y el impedimento a invocar normas constitucionales para dejar de aplicar un tratado internacional. Respecto a los artículos 6.1 a) y 6.2 y 7.1, que consagran el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cuando los estados busquen implementar medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar directamente, y el derecho de participación en materias de interés de los pueblos indígenas, señaló el tribunal Constitucional que las normas sometidas a control, *“regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto, en los casos especiales que el propio Convenio contempla, vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración que, conforme a las normas constitucionales transcritas en los considerandos séptimo a noveno que anteceden, están reservadas a esa clase especial de leyes”*³⁰⁷. En el considerando

³⁰⁷ Sentencia Tribunal Constitucional. Rol 1050-2008. Considerando 12°.

décimo cuarto de su sentencia, el Tribunal Constitucional considera que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importando una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece³⁰⁸. De esta manera, *“el Tribunal adopta una actitud parroquial y no mira hacia fuera para nutrir su pronunciamiento, lo que lo lleva a cometer errores técnicos en la manera de caracterizar el Convenio”*³⁰⁹. Así, queda de manifiesto que en aras a una protección efectiva y consagrada orgánicamente por los agentes estatales, una interpretación evolutiva conforme a los principios y estándares internacionales es imperativa y esencial.

El Convenio 169 OIT entra en vigor 12 meses después de que se registre su ratificación, de acuerdo a su artículo 38. En el caso de Chile, el Convenio fue promulgado el 15 de septiembre del 2009 por el Decreto Supremo N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por mandato expreso de nuestra Constitución actual, se reconoce como límite a la soberanía *“(…) el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*³¹⁰. Si bien anteriormente se podrían disentir los tribunales nacionales de la aplicación del Convenio al no ratificarlo, ahora su incorporación a la legislación interna estaba justificada y completa. De esta manera, se incorporan los derechos sociales, culturales y políticos que no estaban contenidos en la Ley Indígena N°

³⁰⁸ Sentencia Tribunal Constitucional. Rol 1050-2008. Considerando 14°.

³⁰⁹ Pueblos indígenas y participación política en la óptica del tribunal Constitucional. Jorge Contesse y Domingo Lovera. Anuario Derecho Público UDP. 2016. P. 32.

³¹⁰ Constitución Política de la República. Artículo 5 inciso 2°.

19.253 (o que si bien se podrían contener homólogos, éstos eran bien delimitados en el mismo cuerpo legal).

X. B. El Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación

Frente a la aplicación del Convenio 169 de la OIT, nuestros antecedentes jurisprudenciales hasta el año 2010 tendían a *“equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares sobre consulta del convenio (...)”*³¹¹, pasando a llevar el principio de derecho internacional de la validez de los tratados de la Convención de Viena. Cabe recordar que las normas de participación en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental están contenidas en el Párrafo 3° de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, donde puede participar cualquier persona, natural o jurídica formulando observaciones ante el organismo competente³¹², las cuales de no ser debidamente consideradas posibilitan la presentación de un recurso de reclamación que no suspende los efectos de la resolución reclamada³¹³.

El Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación³¹⁴, publicado el 25 de septiembre de 2009, pretendió reglamentar por primera vez las materias de participación y consulta indígena, conteniendo una serie de defectos. Según señalan autores del Observatorio Ciudadano, *“Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT a través de la reglamentación del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena, mientras se verificaba un procedimiento de consulta sobre la consulta, tal como lo exige el estándar internacional”*³¹⁵.

³¹¹ El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia. Jorge Contesse y Domingo Lovera. En Anuario Universidad Diego Portales. 2011. P. 150.

³¹² Ley 19.300. Artículo 29, inciso 1°.

³¹³ Ley 19.300. Artículo 29, inciso 4°.

³¹⁴ DS N° 124 que reglamenta el artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253.

³¹⁵ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos

El reglamento fue muy criticado, pues restringió el ámbito de aplicación de la consulta y la participación descritas en el Convenio. El Decreto 124 eximía a diversos órganos estatales de las obligaciones de consulta y participación (municipios, empresas públicas y proyectos de inversión); y restringió la consulta en materia legislativa a las ideas matrices de los proyectos. La mayor preocupación surgía en torno al carácter que para el Decreto tenía la consulta, la cual consistía en el procedimiento por el que los pueblos indígenas podían expresar su opinión, difiriendo diametralmente de los estándares internacionales exigidos por el Relator James Anaya. Las críticas a este cuerpo normativo se acentúan considerando que duraría poco más de 4 años, hasta la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social.

Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado". 2014. P. 20. Observatorio Ciudadano.

X. C. El Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente

El 2 de agosto de 2013 fue aprobado el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, el cual establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, avance en cuanto a las modificaciones en la institucionalidad ambiental chilena, proceso que inició con la Ley 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente. Los proyectos de desarrollo ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental o, cuando el proyecto o actividad presenta alguna de las causales contempladas en el reglamento, a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

La elaboración del Decreto Supremo 40 fue también “*objeto de diversas críticas sustantivas y procedimentales por parte de organizaciones indígenas y de la sociedad civil chilena, las que denunciaron la violación de los principios y estándares internacionales aplicables al derecho a la consulta que asiste a los pueblos indígenas*”³¹⁶, en razón de realizarse instancias meramente informativas sobre los contenidos del reglamento, tendencia histórica en la realización de normativa que afecta a los pueblos originarios por parte de las autoridades. Otro aspecto a considerar fue la exclusión de realizar consulta respecto a proyectos y actividades que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mediante Declaración de Impacto Ambiental (DIA). El desarrollo del artículo 85³¹⁷

³¹⁶ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 37. Observatorio Ciudadano.

³¹⁷ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente. Artículo 85. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de

del DS 40 contraría el criterio de no distinción del Convenio 169 OIT, evidenciado en la expresión “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Se limita así al proceso de consulta a solamente los Estudios de Impacto Ambiental, en cuanto a la susceptibilidad de afectación del artículo 27 del Reglamento, que nombra las situaciones en que procede la realización de consulta indígena: artículo 7 del Reglamento del SEIA, de reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos³¹⁸; artículo 8 del Reglamento del SEIA, de localización en o próxima a territorios indígenas; y artículo 10 del Reglamento del SEIA, bajo la hipótesis de una eventual alteración del patrimonio cultural; excluyendo de esta manera la afectación de recursos naturales renovables de los pueblos originarios contenida en el artículo 6 del DS 40 y en el articulado 15.1 y 15.2 del Convenio 169 OIT.

La participación de la comunidad es tratada en el Título V del DS 40, desarrollada bajo los principios informativos de la legislación ambiental. Lamentablemente, el legislador no contempla un procedimiento específico para llevar a cabo las consultas pertinentes a los pueblos indígenas, sino que se limita a reproducir en forma

consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.

³¹⁸ Este artículo se remite a la ley sectorial para establecer bajo qué circunstancias el desplazamiento forzado de población es aceptable en la hipótesis de no poder obtener el consentimiento de las comunidades para su desplazamiento, contrariando al artículo 16 del Convenio 169.

distorsionada el artículo 6 del Convenio 169, señalando que el no llegar a acuerdo o lograr consentimiento no implica la afectación del derecho a la consulta, desconociendo la obligación de respeto y protección de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas³¹⁹. También se contempla la realización de reuniones entre el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas en el artículo 86 del Reglamento, cuando el proyecto o actividad sometida a evaluación vía Estudio de Impacto Ambiental indique la no generación o presencia de los efectos señalados anteriormente, o bien corresponda a Declaración de Impacto Ambiental, a realizarse en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena (ADI) o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, incluyendo de cierta manera el concepto de territorios –totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna otra manera- del Convenio 169.

Se plasman en el cuerpo normativo también los derechos a formular observaciones, obtener respuesta fundada y la participación ciudadana. Una traba considerable en el acceso a la justicia para los pueblos indígenas y la comunidad en general, es el deber de acreditar su personalidad jurídica y representación vigentes: este requisito de escrituración *“pasa por alto las particularidades de las formas de vida de los pueblos indígenas, los cuales podrían requerir de otros soportes para registrar sus observaciones. Cabe recordar en este punto que el Convenio en su artículo 2.2.b requiere a los gobiernos la adopción de medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”*³²⁰, imponiendo el

³¹⁹ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 42. Observatorio Ciudadano.

³²⁰ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos

Estado las estructuras por las que las organizaciones representativas de los pueblos originarios pueden participar. En efecto, encarga el diseño y desarrollo de los procesos de consulta al Servicio de Evaluación Ambiental, sin considerar a los pueblos originarios involucrados

Como diagnóstico de estándares internacionales respecto del DS 40, tenemos el informe de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en 2017, donde se observó en relación al traslado o reubicación de los pueblos, “*que el reglamento no atiende a todas las otras situaciones previstas en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 16 del Convenio 169*”³²¹, debiendo el Estado de Chile velar por el asegurar la eficacia de los mecanismos de consulta y participación establecidos en los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio.

Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 45. Observatorio Ciudadano.

³²¹ Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe Comisión Expertos OIT. 2017. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2017-106-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2017-106-1A).pdf). Pp. 637-638.

X. D. El Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social

El Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, promulgado el 15 de noviembre de 2013, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio 169 de la OIT, derogó el criticado Decreto Supremo 124 al iniciar su vigencia el 4 de marzo de 2014. Reconoce este Reglamento en sus considerandos fundacionales como uno de sus objetivos principales el desarrollar los conceptos que el Convenio 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la *realidad jurídica nacional* para así darles una correcta aplicación y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Este objetivo era necesario teniendo en cuenta la interpretación inconsistente que tanto el Tribunal Constitucional como el legislador chileno han entendido de la consulta indígena.

Para variar, este cuerpo legal también es criticado por su elaboración, pues en los talleres realizados por el gobierno chileno desde 2011 hubo escasa participación y presencia de representantes indígenas. Estos defectos también serían denunciados por el Relator Especial James Anaya, quien presentó un informe en que cuestionó la normativa propuesta³²².

Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva apuntan a varias normas de este Decreto Supremo que resultan ser contrarias al estándar internacional del derecho a la consulta. El primero de ellos, con el espíritu del artículo 85 del DS 40,

³²² Véase Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Noviembre 2012. Disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>

es el artículo 3³²³, el cual no contempla las hipótesis de consentimiento previo que los artículos 4 y 16 del Convenio 169 OIT señalan y exigen, esto es, adopción de medidas favorables a los pueblos indígenas y traslado de población respectivamente. Indican los autores que *“el derecho internacional contempla otras situaciones en las que el consentimiento previo opera no solo como finalidad de la consulta, sino también como requisito sine qua non para la adopción de la medida propuesta. Entre ellas, las medidas que impliquen una interferencia en actividades económicas con significación cultural para los afectados, las que impliquen interferencia con recursos naturales de los pueblos interesados, y el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios”*³²⁴.

Otro error es el de la exclusión expresa a los órganos constitucionalmente autónomos de la obligación de consulta, haciéndola para éstos facultativa, en virtud del artículo 4 del Reglamento³²⁵. Para los autores del Observatorio Ciudadano, la opción de excluir a los organismos autónomos de esta reglamentación parece

³²³ Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.

³²⁴ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 26. Observatorio Ciudadano.

³²⁵ Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente.

Las referencias que este reglamento haga a los órganos de la Administración, órgano responsable, Administración, Administración del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso 1º del presente artículo.

justificada en la discusión sobre el alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República³²⁶, de la cual emana el Decreto.

El artículo 5 del DS 66 indica *“que la consulta se verifica a través de las instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente. (...) el reglamento establece dos criterios distintos para determinar qué organizaciones deben ser consultadas: el alcance de la posible afectación y la libre determinación de cada pueblo. En la práctica, ambos criterios pueden ser coincidentes o divergentes y solo el segundo es acorde con el estándar internacional³²⁷”*. Una nueva restricción se evidencia con el artículo 7º, que regula las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas: dentro de las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas están los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. *“Es la posibilidad de que dicha afectación ocurra lo que gatilla la necesidad de consultar, y no su certeza (...). Si fuera posible determinarlos ex ante, la consulta misma carecería de sentido³²⁸”*. En el derecho internacional, la magnitud del impacto es criterio para determinar cuándo debe obtenerse el consentimiento previo, libre e

³²⁶ Constitución Política de la República. Artículo 32 N°6.

³²⁷ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 28. Observatorio Ciudadano.

³²⁸ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 29. Observatorio Ciudadano.

informado en la consulta, y no para establecer cuándo procede la consulta, cuya realización es regla general. La interpretación del Estado de Chile respecto a la especificidad de afectación restringe la consulta previa en proyectos de alcance general, como la legislación forestal y la pesquera³²⁹.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas³³⁰ aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente. Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidos en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los

³²⁹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2388-2012. Considerando 4°. 23 de enero 2013.

³³⁰ DS N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Artículo 7.

nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento (DS 40), incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300. Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitarla asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento.

Como titular de la obligación de realizar la consulta indígena, el legislador chileno fue un poco más detallado al describir la consulta, debiendo ésta ser realizada en buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco de un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable³³¹.

Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente. Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados. Así se concreta el deber

³³¹ DS N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Artículo 9, inciso 1°.

de obtener el consentimiento, y darle a la consulta un verdadero carácter de instrumento de participación.

El reglamento define al procedimiento de consulta indígena apropiado, el cual deberá ajustarse a las particularidades de los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias³³². Esta disposición se encuentra acorde a los estándares internacionales.

La CONADI, como órgano asistente técnico, está encargado de la identificación de las instituciones representativas, cuya principal fuente de información es la de sus Registros (39 letra g) de Ley Indígena, incluye comunidades y asociaciones indígenas constituidas conforme a la ley, lo cual restringe las organizaciones de derecho propio, conforme a los estándares internacionales, pues son los mismos indígenas quienes determinan sus organizaciones).

El artículo 11 inciso 3° del Reglamento de la Consulta establece que el órgano responsable siempre realizará la consulta antes de la dictación de la medida administrativa y, en el caso de las medidas legislativas, deberá realizarse antes del envío al Congreso del mensaje del Presidente de la República, conforme a las etapas y plazos del procedimiento establecidos en los artículos 16 y 17 del mismo reglamento.

Lo cierto es que una limitación en la aplicabilidad de la consulta tiene implicancias en la exigibilidad del derecho mismo; como señalan Abramovich y Curtis, *“Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del*

³³² DS N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Artículo 10.

derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto³³³.

El procedimiento de consulta descrito en el Reglamento se compone de las etapas de planificación, información, deliberación interna, dialogo y sistematización. Esto es *“sin duda un avance respecto de la reglamentación anterior contenida en el DS N° 124 de 2009, el cual carecía de etapas de deliberación interna y diálogo, limitando la consulta a un mero proceso de información pública. Ahora bien, para ser completo, el procedimiento debiera incluir a las organizaciones consultadas en la redacción del informe final, contemplar la comunicación de la decisión adoptada por la autoridad, la cual debe estar debidamente fundada y siempre debe respetar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Asimismo, es necesario que se establezca expresamente que los acuerdos adoptados con base en los cuales se obtuvo el consentimiento de los pueblos interesados resultan obligatorios para la autoridad estatal, al menos en cuanto decida ejecutar la medida³³⁴”*. Se mantiene un Registro donde consta toda actuación del proceso de consulta en un expediente³³⁵.

Antes del término del mandato presidencial de Sebastián Piñera (2014), el Estado de Chile promulgó el Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el proyecto “Construcción de espacios de diálogo y de fortalecimiento de capacidades a representantes de pueblos indígenas en Chile”, lo

³³³ Los derechos sociales como derechos exigibles. Victor Abramovich y Christian Courtis P. 38.

³³⁴ El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva. En “El derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado”. 2014. P. 36. Observatorio Ciudadano.

³³⁵ Artículo 19 DS 66 del Ministerio de Desarrollo Social

cual fue más un gesto de significancia política que una consecución lógica y práctica de los reglamentos recientemente promulgados. La jurisprudencia chilena no fue consistente respecto a la interpretación de las normas de consulta indígena, pero estas concepciones han ido cambiando progresivamente, entendiéndose efectivamente la consulta como un deber estatal.

Cabe decir que en fallos recientes, la Corte Suprema ha dejado en claro que la ilegalidad por falta de consulta en resoluciones de calificación ambiental que autoricen proyectos ingresados al SEIA es de competencia de los Tribunales Ambientales, no de las Cortes de Apelaciones, quienes solían fallar los recursos de protección constitucional –los que operaron como un contencioso administrativo por defecto- interpuestos por las comunidades invocando causales de derecho a la igualdad³³⁶, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación³³⁷, derecho a la propiedad³³⁸, entre otras, hasta antes de la creación de los tribunales especializados, concretada en virtud de la ley 20.600, significó la futura constitución de 3 tribunales especializados en Chile. El cuerpo legislativo dispuso el asentamiento del Segundo Tribunal de Santiago el mes de marzo de 2013, en diciembre del mismo año al Tercer Tribunal de Valdivia, y el 27 de junio de 2017 se constituyó el Primer Tribunal de Antofagasta. Estas magistraturas son *“órganos contencioso-administrativos especializados, con una integración mixta de ministros abogados y licenciados en ciencias. Además, se les reconoce un estándar amplio de control de los actos administrativos de carácter ambiental, pudiendo considerar en sus decisiones tanto aspectos jurídicos como técnicos ambientales, teniendo plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate,*

³³⁶ Constitución Política de la República. Artículo 19 N°2.

³³⁷ Constitución Política de la República. Artículo 19 N°8.

³³⁸ Constitución Política de la República. Artículo 19 N°21.

*verificar los hechos sobre los cuales descansa una decisión administrativa y sustituirla en la parte que corresponda*³³⁹ .

Sintetizando, la legislación chilena en materia de participación y consulta es más bien restrictiva, no contemplando hipótesis reconocidas en los tratados internacionales que el propio país ha ratificado, como la exigencia del consentimiento previo, libre e informado en ciertas situaciones, la realización de las consultas considerando e incorporando en el desarrollo de estos procesos a los pueblos indígenas, o las mismísimas definiciones de consulta y de afectación directa. El criterio legislador de Chile, en cuanto reconoce el carácter vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, debería hacer caso a lo señalado en *Awas Tigni vs. Nicaragua*, sentencia en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estipuló 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*³⁴⁰”. Sin un legislador que considere esta interpretación evolutiva, se deja en una situación de desprotección los intereses y derechos de los pueblos originarios.

³³⁹ Historia de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, Biblioteca del Congreso Nacional; Hantke-Domas, M. 2015. Características de los nuevos Tribunales Ambientales: Jurisdicción y Especialidad. En Ferrada, J., Bermudez, J., & Pinilla, F. (coord.). La Nueva Justicia Ambiental. Thomson Reuters. Chile. Citado en *Los tribunales ambientales en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas*. Felipe Guerra S. Observatorio Ciudadano. Disponible en <http://observatorio.cl/los-tribunales-ambientales-en-la-tutela-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-chile-trayectorias-en-la-implementacion-de-los-derechos-indigenas-en-la-evaluacion-ambiental-de-proyectos-de-invers/>

³⁴⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Awas Tigni vs. Nicaragua (2001). Párr. 146.

Capítulo XI. La Ley Antiterrorista y las reivindicaciones de tierras

Como quedó constatado en los informes de los Relatores Especiales de la ONU, una de las principales preocupaciones en el contexto de las reivindicaciones de las tierras indígenas en Chile es la aplicación de legislación antiterrorista a los manifestantes. La modificación realizada en el gobierno de Sebastián Piñera en 2011 a la ley N° 18.314 Antiterrorista exige la prueba del ánimo de infundir temor y no lidió con las limitadas técnicas investigativas que se disponen en estos procedimientos. Los imputados por estas conductas han permanecido mucho tiempo en prisión preventiva, medida cautelar excepcional por regla general que, gravemente, se aplica con la sola decisión de que el Ministerio Público formalice por estos delitos, requiriéndose para su revocación de unanimidad de los Ministros en la Corte de Apelaciones respectiva.

Como constata la Relatora Especial Victoria Tauli-Corpuz, *“La naturaleza de las denuncias transmitidas al titular del mandato apunta a un aumento de la violencia contra los pueblos indígenas cuando defienden sus derechos humanos fundamentales, incluidos sus derechos a las tierras y los recursos. En ese contexto, siguen preocupando seriamente el uso de legislación antiterrorista, la calificación de la defensa de los derechos humanos como actividad delictiva y la impunidad en delitos contra los pueblos indígenas³⁴¹”*.

En el contexto de aplicación selectiva e incluso indiscriminada de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche en Chile respecto a las reivindicaciones de territorios en la Araucanía, el caso más emblemático es el “Caso Lonkos³⁴²”, donde siete dirigentes mapuche y una

³⁴¹ Informe al Consejo de Derechos Humanos de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/ Párr. 53.

³⁴² Dirigentes principales de las comunidades mapuche.

activista³⁴³, por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las VIII y IX Regiones de Chile, fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas, en aplicación de la “Ley Antiterrorista”. En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴⁴. Realizada la presentación del caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el organismo regional, por violación a los principios de legalidad, igualdad ante la ley, derecho de defensa y presunción de inocencia -entre otros- sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte falló en contra del Estado de Chile por la violación de varios artículos de la Convención Americana, como los principios de legalidad y presunción de inocencia, igualdad y no discriminación, igual protección de la ley, derecho de defensa de interrogar a testigos, derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, derecho a la libertad personal, libertad de pensamiento y de expresión, entre otros. El Tribunal ordenó en definitiva a Chile adoptar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole necesaria para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los actores. Ello comprendería: i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; ii) dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad

³⁴³ Las víctimas: Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe. El lonko Pascual Pichún fallecería producto de un infarto agudo al miocardio antes de la resolución del caso, el 20 de marzo de 2013.

³⁴⁴ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párr. 74. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional. Se impuso al Estado además, a partir de la notificación de la sentencia, suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación de su inscripción en cualquier tipo de registro nacional e internacional que los vincule con actos de carácter terrorista, en el mismo plazo de 6 meses³⁴⁵. Por último se ordenó otorgar becas de estudio en instituciones públicas chilenas a los hijos de las víctimas que lo solicitaran y pagar indemnizaciones por daños materiales e inmateriales causados a los demandantes.

La tendencia de criminalización de la protesta social indígena por parte de varios sectores productivos y entidades políticas no se condice con las cifras oficiales, teniéndose entonces una población polarizada en 2 extremos: el extremo que reconoce la discriminación al mapuche manifestante y, por el otro, la inseguridad y sensación de impunidad en virtud de la libertad de los imputados. Según cifras oficiales del Poder Judicial, entre 2010 y el primer semestre del 2016, hubo 91 procesados por Ley Antiterrorista, siendo sólo 5 las personas con sentencia condenatoria dictada en su contra, significando el 5,5% del total³⁴⁶, demostrándose las dificultades procesales tanto para los imputados como para el organismo persecutor en estos casos de desacreditar o acreditar respectivamente los cargos.

Pese al llamado al reconocimiento y el diálogo en la Araucanía realizado por el alto comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, el príncipe de Jordania Zeid

³⁴⁵Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. Párr. 422. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

³⁴⁶ Véase <http://www.latercera.com/noticia/55-los-casos-formalizados-atentados-terroristas-termino-condena/>

Ra'ad Al Hussein el 29 marzo de 2017³⁴⁷, éste expresó su preocupación por el uso excesivo de la fuerza en contra del pueblo mapuche, en especial respecto a la violencia naturalizada contra los integrantes más jóvenes de las comunidades indígenas, en el contexto de los procedimientos policiales hechos en la región.

Como testimonio de estas irregularidades procesales basadas en la aplicación de la Ley Antiterrorista, se encuentra el caso de 12 comuneros mapuche, incluida la machi³⁴⁸ Francisca Linconao, quienes fueron imputados por el homicidio del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger y Vivian Mackay, acaecido en la madrugada del 4 de enero de 2013 en la comuna de Vilcún, región de la Araucanía, en el contexto de incendio provocado en medio de la noche del hogar de éstos, en el fundo Lumahue.

La machi Linconao obtendría exposición mediática al ser la primera persona en invocar mediante recurso de protección el Convenio 169 de la OIT, contra la sociedad Palermo Limitada, propiedad de la familia Taladriz (influyentes empresarios agrarios), que impugnaba la tala de bosque nativos en el fundo Palermo Chico, propiedad del recurrido, ubicado en lugares sagrados para la cultura indígena cercanos a manantiales, y la plantación de especies exóticas que alteraban el medio ambiente en el que la recurrente recogía plantas medicinales. En este caso, la Corte de Apelaciones sostuvo en el considerando 10 de su sentencia que *“(...) el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el ius cogens y el denominado bloque constitucional, del profesor*

³⁴⁷ Véase comunicado del Alto Comisionado para los derechos humanos de la ONU en <https://link.brightcove.com/services/player/bcpid1722935254001/?bctid=5376083402001&autoStart=false&secureConnections=true&width=480&height=270>

³⁴⁸ Autoridad religiosa de la comunidad mapuche.

Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁴⁹. Considera mencionar también el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por el que no se podrá invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. La Corte Suprema confirmaría la sentencia del caso Palermo, pero eliminaría toda alusión en su dictamen a la doctrina y tratados internacionales citados en la apelación precedente³⁵⁰. Cabe mencionar que en el caso, se consideró la interpretación de tierras indígenas acorde al artículo 13 N°2 del Convenio 169 OIT.

Hasta hoy, de los 12 comuneros imputados en el caso Luchsinger-Mackay, el único condenado es el machi Celestino Córdova, quien fue detenido luego de ser encontrado a 1750 metros del domicilio del matrimonio, mientras caminaba herido de bala. El machi fue condenado a 18 años de cárcel por los delitos de incendio de lugar habitado, robo con violencia, incendio de bienes muebles e incendio con resultado de muerte. El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco desestimó el carácter terrorista del hecho, ya que no existían antecedentes de que Córdova intentara infundir terror con el acto, y llamó a recalificar el delito como un ataque incendiario

³⁴⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1773-2008. Rol de la causa en Corte Suprema: 7287-2009.

³⁵⁰ Ni la Corte de Apelaciones de Temuco ni la Corte Suprema se pronuncian explícitamente respecto del acceso a tierras de uso ancestral de las que no es propietaria la recurrente ni la comunidad afectada, lo que constituía una de las peticiones centrales del recurso, de conformidad al artículo 14.2 del Convenio N° 169.

con resultado de muerte. La Corte Suprema rechazaría el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Córdova, manteniendo así su condena³⁵¹.

Durante el período de investigación, el resto de los 11 imputados permaneció en prisión preventiva (algunos por más de año y medio) e iniciaron huelgas de hambre con la intención de que se revocara la medida cautelar. A la machi Francisca Linconao, quien por su edad tiene problemas de salud –los cuales se acentuaron con la huelga de hambre-, se le cambió la medida cautelar a la de arresto domiciliario, tras permanecer un tiempo hospitalizada. El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco el 21 de agosto de 2017 comenzó el juicio contra el resto de los imputados, en el marco de la cuestionada Ley Antiterrorista. De acuerdo al veredicto dado a conocer el 25 de octubre de 2017, las pruebas presentadas no permitieron formar convicción sobre la culpabilidad de los acusados, cuales consistían en las declaraciones de uno de los comuneros durante la investigación, las que adolecían de vicios de ilegalidad que impiden otorgarle mérito probatorio, de acuerdo al juez del caso, por lo que se determinó absolver y liberar inmediatamente a los comuneros. Mentada determinación sería dejada sin efecto en virtud de un recurso de nulidad, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Temuco, acogido el 29 de diciembre de 2017³⁵².

³⁵¹ Véase <http://www.latercera.com/noticia/caso-luchsinger-corte-suprema-rechaza-nulidad-del-juicio-contra-cordova-y-mantiene-condena/>

³⁵² Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2017/12/29/acogen-recursos-de-nulidad-por-caso-luchsinger.shtml>

Capítulo XII. Los recursos marítimos: La Ley “Lafkenche” y la controversial reforma a la Ley de Pesca

La desprotección y desfavorecimiento de los intereses de los pueblos originarios que basan sus modos de vida en actividades de pesca y recolección es una situación prolongada de preocupación hasta el día de hoy, diagnosticada en su momento por el profesor Stavenhagen y distintas instituciones de promoción de derechos fundamentales. Esta situación de inseguridad se acentúa por las declaraciones del recientemente electo Presidente de la República para el período 2018-2022 Sebastián Piñera, cuales versaban sobre esforzarse por derogar la denominada “Ley Lafkenche” N° 20.249 (publicada el 17 de enero de 2008), que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Este cuerpo legal busca resguardar el uso consuetudinario habitual³⁵³ que los pueblos originarios hacen de los recursos naturales vinculados al borde costero (pesca, usos religiosos, recreativos y medicinales³⁵⁴), otorgando convenios de uso de carácter indefinido³⁵⁵, salvo medien incumplimientos o infracciones, a las asociaciones de comunidades indígenas (o tan sólo una si se constata que no existen otras³⁵⁶) constituidas en conformidad a la Ley indígena N° 19.253.

La solicitud se inicia ante la Subsecretaría de Pesca, quien debe verificar que no haya una sobreposición de concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del espacio costero marino de los pueblos originarios; en caso de sobreposición parcial, la Subpesca propondrá una modificación al espacio solicitado, a menos que se dé la hipótesis del artículo 5 inciso final³⁵⁷. El establecimiento del espacio costero marino de los

³⁵³ Ley N° 20.249. Artículo 3.

³⁵⁴ Ley N° 20.249. Artículo 6, inciso cuarto.

³⁵⁵ Ley N° 20.249. Artículo 12, inciso segundo.

³⁵⁶ Ley N° 20.249. Artículo 5, inciso tercero.

³⁵⁷ Ley N° 20.249. Artículo 7, inciso segundo.

pueblos originarios se realiza previa consulta con las comunidades indígenas próximas al sector solicitado, exigiendo la ley un plan de administración que comprenda los usos y actividades a desarrollar en el espacio costero.

El rechazo de la “Ley Lafkenche” ha sido expresado por parte de diversos representantes de los sectores productivos, quienes aseguran que ésta amenaza con afectar a la mitilicultura, la pesca artesanal y la actividad portuaria, entre otras³⁵⁸, a lo que se suman críticas de algunos parlamentarios, quienes sostienen que la ley estaría frenando los proyectos de inversión pública y privada. Lo preocupante es la interpretación a placer de los detractores de la ley, pues la normativa nunca ha establecido un dominio sobre los recursos del mar, por lo que no entraría en contradicción con la pesca artesanal, más si se considera que el objetivo de la ley es proteger finalmente al mar, en un contexto de desarrollo sustentable, resultando entonces el tema de las sobreposiciones de las concesiones el principal problema para los sectores productivos. Los representantes indígenas están en total desacuerdo con que se modifique o se derogue la ley, pues es uno de los pocos cuerpos legales en el país conforme a los estándares internacionales reconocidos en el Convenio 169 OIT y la DNUDPI; lo que sí solicitan es que los organismos públicos correspondientes agilicen los tiempos de los procesos, como la confección de los informes de usos consuetudinarios realizados por la CONADI. Alrededor de 70 solicitudes se mantienen en distintas etapas del proceso de otorgamiento de ECMPO. Para ejemplificar, se han realizado otorgamientos a favor de las comunidades Altué³⁵⁹, Folil Trincao³⁶⁰, Antu Lafken de Huentetique³⁶¹, Mahui

³⁵⁸ Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2017/08/29/los-lagos-acusan-que-65-mil-puestos-de-trabajo-podrian-verse-afectados-por-ley-lafkenche.shtml>

³⁵⁹ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 1596, del 13 de junio de 2012. Comuna de Fresia, provincia de Llanquihue, región de Los Lagos.

³⁶⁰ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 267, del 12 de febrero de 2014. Comuna de Quellón, provincia de Chiloé, región de Los Lagos.

Dantu³⁶², Lafkén Mapu Newen³⁶³, Lafken Mapu³⁶⁴, Caleta Cóndor³⁶⁵, Buta Lauquen³⁶⁶ y Manquemapu³⁶⁷.

Esta situación de vulnerabilidad se intensificó con la reforma del año 2012 a la Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892 (Boletín N° 8091-21). El Tribunal Constitucional, con sentencia de 23 de enero de 2013³⁶⁸, rechazó los recursos - acumulados- presentados por 10 senadores y otro por 50 diputados en contra de las modificaciones a dicha legislación sectorial, conocida como “Ley Longueira”, aprobada durante el gobierno de Sebastián Piñera. Entre los argumentos de los requirentes estaba la omisión “*durante su tramitación legislativa, (d)el cumplimiento de normas, tanto autoejecutables como programáticas, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, por estimar los requirentes que dichas disposiciones tienen rango constitucional, cuestiones, ambas, rebatidas por el Presidente de la República*”³⁶⁹.

³⁶¹ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 266, del 14 de febrero de 2014. Comuna de Ancud, provincia de Chiloé, región de Los Lagos.

³⁶² Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 621, del 27 de marzo de 2015. Comuna de Purranque, provincia de Osorno, región de Los Lagos.

³⁶³ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 3410, del 28 de diciembre de 2015. Comuna de Teodoro Schmitt, provincia de Cautín, región de La Araucanía.

³⁶⁴ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 719, del 18 de abril de 2016. Comuna de Purranque, provincia de Osorno, región de Los Lagos.

³⁶⁵ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 1214, del 1 de junio de 2016. Comuna de Río Negro, provincia de Osorno, región de Los Lagos.

³⁶⁶ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 2346, del 14 de septiembre de 2016. Comuna de Ancud, provincia de Chiloé, región de Los Lagos.

³⁶⁷ Decreto exento del Ministerio de Defensa Nacional N° 2358, del 14 de septiembre de 2016. Comuna de Purranque, provincia de Osorno, región de Los Lagos.

³⁶⁸ Véase <http://www.latercera.com/noticia/tribunal-constitucional-rechaza-impugnacion-a-la-ley-de-pesca/>

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2388-2012. Considerando 2°. 23 de enero 2013.

Las normas impugnadas eran: 1) la contenida en el N°20 del artículo 1, que reemplaza el artículo 27 de la Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura³⁷⁰; 2) la contenida en la letra c) del N°3 del artículo 1, que reemplaza la letra c) del artículo 3

³⁷⁰ En los casos que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura, se encuentre en un nivel igual o superior al 90 por ciento de su rendimiento máximo sostenible, se iniciará un proceso de pública subasta de la fracción industrial de la cuota global de la siguiente forma:

- a) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 90 por ciento de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible;
- b) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 95 por ciento de su punto biológico de su rendimiento máximo sostenible;
- c) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible.

Las licitaciones que se produzcan darán origen a las licencias transables de pesca clase B. Estas licencias tendrán una vigencia de 20 años al cabo de los cuales se vuelven a licitar por igual período.

Las licencias transables de pesca clase A, decrecerán en el mismo coeficiente de participación que se licite de las licencias transables de pesca clase B, hasta un límite de 15 por ciento de su coeficiente de participación.

Las licencias transables de pesca clase A tendrán una vigencia de 20 años renovables de conformidad con el artículo 26 B.

Para determinar las toneladas a licitar se deberá restar de la fracción industrial de la cuota del año en que se aplicará la licitación, la fracción industrial de la cuota correspondiente al punto biológico de la licitación respectiva. Estas licitaciones deberán efectuarse en el año calendario anterior al de su aplicación.

El reglamento determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de los cortes de los derechos a subastar que permita un adecuado acceso a la actividad pesquera extractiva de que se trate incluyendo a las empresas pequeñas y medianas de conformidad con la definición de la ley N° 20.416. Las subastas tendrán un precio mínimo anual de 4,2 por ciento del valor de sanción. En el caso que una subasta se declare desierta, se podrá hacer un segundo llamado. Si esta última también se declara desierta, las toneladas correspondientes no serán asignadas a ningún actor.

Los dineros a pagar como consecuencia de las subastas de este artículo se expresarán en unidades tributarias mensuales por tonelada y la primera anualidad se pagará dentro de los quince días siguientes a la fecha de la adjudicación y las siguientes durante el mes de marzo de cada año.

Los pagos anuales por licencias transables clase B corresponderán al valor de la adjudicación multiplicado por las toneladas que le corresponda a ese año de acuerdo al coeficiente de su licencia transable de pesca.

de la Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura³⁷¹; y 3) la contenida en el N° 48 del artículo 1, que intercala tras el primer punto seguido del inciso 2° del artículo 50 A de la Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura³⁷².

³⁷¹ c) Fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada o cuotas globales de captura. Estas cuotas globales de captura se podrán determinar por períodos de hasta tres años, debiendo siempre establecerse la magnitud anual. En el evento que no se capture la totalidad en un determinado año no se podrá traspasar al año siguiente. Podrán establecerse fundadamente las siguientes deducciones a la cuota global de captura:

– Cuota para investigación: Se podrá deducir para fines de investigación hasta un 2% de la cuota global de captura para cubrir necesidades de investigación. Para lo anterior, la Subsecretaría deberá informar al Consejo Nacional de Pesca los proyectos de investigación para el año calendario siguiente y las toneladas requeridas para cada uno de ellos. Dicho listado deberá publicarse en la página de dominio electrónico de la Subsecretaría.

– Cuota para imprevistos: Se podrá deducir para imprevistos hasta un 1% de la cuota global de captura al momento de establecer la cuota o durante el año calendario. Los criterios para la asignación de esta reserva por la Subsecretaría serán propuestos por ésta y aprobados por la mayoría de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Pesca y se publicará en la página de dominio electrónico de la Subsecretaría.

– Cuota de reserva para consumo humano de las empresas de menor tamaño de conformidad con la ley N° 20.416: se podrá reservar hasta el 1% de la cuota global de captura de las especies, con excepción de los recursos bentónicos, los demersales y las algas, para licitarla entre los titulares de las plantas de proceso inscritas en el Registro que lleva el Servicio y que califiquen como empresas de menor tamaño, para realizar actividades de transformación sobre dichas especies y destinarlas exclusivamente a la elaboración de productos para el consumo humano directo.

La cuota no licitada acrecerá a la cuota global de captura. La licitación se efectuará cada tres años, de conformidad con las reglas establecidas en un reglamento que deberá establecer cortes que permitan la participación de todas las plantas que califiquen.

La cuota sólo podrá ser extraída por armadores artesanales debidamente inscritos en el Registro Pesquero. La inscripción deberá corresponder a la misma pesquería objeto de la licitación y sólo permitirá operar en el área autorizada a la respectiva embarcación.

Los adjudicatarios de la subasta sólo podrán procesarla para consumo humano directo quedando prohibido su traspaso o venta antes de dicho proceso.

En el caso de las pesquerías de pequeños pelágicos, con excepción del jurel y la caballa, salvo en el caso de las pesquerías de pez espada y tiburón, se podrá reservar del porcentaje a licitar una parte para destinarla exclusivamente a carnada.

Esta reserva se adjudicará mediante licitación, en la que sólo podrán participar armadores artesanales inscritos en la pesquería de que se trate.

Las normas de la licitación serán establecidas en un reglamento y deberá garantizarse que ésta se efectúe en cortes que permitan la participación de todas las categorías dentro de los armadores artesanales.

De acuerdo al Presidente de la época, Sebastián Piñera, “*la medida legislativa que se tramitaba no era susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debido a que éstos tienen una legislación especial que les garantiza dicho acceso de una manera diferente, por lo cual se entienden resguardados sus intereses*”³⁷³, visión claramente restrictiva y cercenada respecto a la protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Alegando la generalidad de la reforma a la Ley de Pesca, sostuvo el Presidente que de existir afectación, ésta alcanzaría a los indígenas o no indígenas de una manera similar, enfatizando en que ninguna de las normas del Proyecto reclamadas como inconstitucionales importaría afectación directa a los pueblos originarios.

El Tribunal Constitucional hizo hincapié también en el error incurrido por los requirentes al solicitar declaración de nulidad de derecho público³⁷⁴ en consideración a la inobservancia del Convenio 169 OIT, rechazado de plano por ser improcedente, al no encontrarse entre las atribuciones del Tribunal. De esta manera,

Las deducciones a que se refieren los párrafos anteriores se efectuarán de la cuota global anual de captura en forma previa al fraccionamiento de la cuota entre el sector pesquero artesanal e industrial.

En la determinación de la cuota global de captura se deberá:

1. Mantener o llevar la pesquería hacia el rendimiento máximo sostenible considerando las características biológicas de los recursos explotados.
2. Fijar su monto dentro del rango determinado por el Comité Científico Técnico en su informe técnico, que será publicado a través de la página de dominio electrónico del propio Comité o de la Subsecretaría.

No obstante lo anterior, en el caso de las pesquerías de recursos bentónicos el Comité Científico Técnico establecerá criterios para la determinación de la cuota global, cuando corresponda, considerando la información disponible y las particularidades de los recursos de que se trate.

3. Cualquier modificación de la cuota global de captura que implique un aumento o disminución de la misma, deberá sustentarse en nuevos antecedentes científicos, debiendo someterse al mismo procedimiento establecido para su determinación.

³⁷² En caso de la Isla de Pascua, el Registro Artesanal será independiente del de la V Región de Valparaíso.

³⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2388-2012. Considerando 4°. 23 de enero 2013.

³⁷⁴ Constitución Política de la República. Artículo 7 inciso 3°.

el Tribunal Constitucional estimó que los argumentos de los requirentes adolecían de una evidente generalidad e imprecisión que, sumada a la falta de una conexión clara con los textos impugnados y a la circunstancia de que aparecen mezcladas o dependientes del incumplimiento de normas del Convenio 169 OIT, “*no logran articular un razonamiento constitucional consistente que alcance a configurar una real cuestión de constitucionalidad*”³⁷⁵. Esto es preocupante si consideramos que los requirentes, tanto diputados como senadores, arguyeron la incorporación de los tratados internacionales ratificados por Chile dentro del bloque de constitucionalidad, y su eficacia en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución.

Así las cosas, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional concluyó que el rango normativo de los tratados internacionales puede inferirse de los preceptos constitucionales para luego sostener que tienen un rango inferior a la Constitución, “*porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 91 inciso primero, N° 1 de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma*”³⁷⁶. La magistratura incluso menciona a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su artículo 27 sobre la no admisión de excusas fundadas en la aplicación del derecho interno frente al cumplimiento de los tratados internacionales, no obstante restringir la eficacia jurídica de los instrumentos internacionales. Como resultado, el reconocer este rango infraconstitucional pero supralegal a los tratados de derechos humanos, supone la existencia de una jerarquía normativa no prevista en el sistema de fuentes del derecho chileno, lo que ante una eventual colisión entre tratado internacional y Constitución, y posterior “*declaración de inaplicabilidad de una norma vigente de un*

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2388-2012. Considerando 6°. 23 de enero 2013.

³⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2388-2012. Considerando 12°. 23 de enero 2013.

tratado internacional contravendría lo dispuesto en el artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución, que señala que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional y lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impide a los Estados invocar su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado³⁷⁷.

3 años más tarde, se revelaría respecto a la tramitación de este proyecto de ley la comisión de los delitos de cohecho y financiamiento ilegal de la política cometidos por un grupo de parlamentarios a favor de empresarios pesqueros³⁷⁸, lo cual legitimaría el palpable descontento del sector pesquero artesanal³⁷⁹ y del público nacional en general³⁸⁰. Años antes, el lobby político también se hizo presente en propuestas de “desarrollo económico” que en un momento estaban paralizadas, cual es el caso de la construcción de la central termoeléctrica Campiche en la comuna de Puchuncaví, región de Valparaíso. Respecto a la realización de la obra (en una zona declarada saturada respecto a sus contaminantes desde 1993), determinó la Corte Suprema que “(...) *la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho*

³⁷⁷ Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos. Miriam Henríquez Viñas. Revista de Derecho U. Alberto Hurtado, Escuela de Postgrado N°3. 2013. P. 231.

³⁷⁸ Véase <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/15/fiscal-arias-admite-que-puede-haber-mas-casos-como-el-de-orpis-y-dice-que-en-la-genesis-de-la-ley-de-pesca-hubo-corrupcion/>

³⁷⁹ Véase <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/10/26/pescadores-protestaron-en-todo-el-pais-contra-ley-longueira/>

³⁸⁰ Véase <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/10/12/encuesta-cadem-78-de-los-chilenos-cree-necesario-caducar-las-cuotas-pesqueras-entregadas-a-las-empresas-industriales-en-ley-de-pesca/>

*constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*³⁸¹. A pesar de la detención del proyecto, en diciembre del 2009, el Ministerio de Vivienda emitiría un decreto que permitió la construcción de la generadora, al reglamentar que los terrenos donde se construiría el proyecto serían considerados para uso industrial, consecuencia de gestiones entre AES Gener (empresa dueña del proyecto termoeléctrico) y el primer gobierno de Michelle Bachelet para poner en marcha el proyecto, tras el fallo de la Corte Suprema, según filtración de cables revelada por Wikileaks³⁸².

Entre las disposiciones más significativas de la reforma a la Ley de Pesca mencionada, de acuerdo al Jefe de Estado chileno, se encuentran un proceso de toma de decisiones nuevo en la institucionalidad pesquera; incorporar en la regulación las cuotas individuales transferibles, a través de las licencias transables de pesca; y otras materias relativas a la pesca artesanal y a la investigación, en un marco que garantice el uso sustentable de los recursos pesqueros a nivel nacional.

La actual iniciativa en el Congreso para reformar la controversial Ley de Pesca se encuentra congelada. Ésta contempla modificaciones a las licencias de captura y facultades de fiscalización contra la pesca ilegal al Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca). Los sectores productivos han planteado que cambiar las reglas del juego en la pesca puede frenar el crecimiento y la inversión en el sector³⁸³, así como con la “Ley Lafkenche”. En virtud de las modificaciones a esta ley sectorial, se busca sentar las bases para el establecimiento de un mercado secundario de venta, compra y arriendo de las cuotas de pesca, y también de concesiones de acuicultura. Con esto se saca al Estado del tema del acceso y uso de los recursos, y se deja

³⁸¹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de junio de 2009. Rol 1219-2009, considerando undécimo.

³⁸² Véase <http://www.latercera.com/noticia/cables-de-wikileaks-revelan-gestiones-entre-aes-gener-y-gobierno-de-bachelet-por-central-campiche/>

³⁸³ Véase <http://www.latercera.com/noticia/gobierno-anuncia-inesperados-cambios-la-ley-pesca/>

como un asunto de privados en que el mercado es el que genera el acceso y uso a través del arriendo de estas cuotas transables, contrastando como siempre la sobreexplotación del sector con la protección de los diversos ecosistemas marinos, sin específicamente mencionar a los eventualmente afectados pueblos originarios.

Capítulo XIII. Derechos de agua de los pueblos indígenas de Chile

XIII. A. La Comunidad Atacameña Caspana

El 1 de marzo de 2017, el Tercer Juzgado Civil de Calama³⁸⁴ falló a favor de la Comunidad Indígena Atacameña de Caspana la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento respecto a las aguas de la vertiente que acreditó utilizar desde época inmemorial. Estos derechos de aprovechamiento son sobre las aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo sobre las aguas del Río Loa. Las compañías Aguas Antofagasta y SQM, se opusieron basándose en un informe de la Dirección General de Aguas (DGA) que declaraba al río Loa y a sus afluentes como agotados.

El tribunal ordenó la inscripción de los derechos de aprovechamiento a favor de Caspana en el registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces, tal como lo hizo con Toconce y Chusmiza³⁸⁵. Rechazó las oposiciones levantadas por las empresas Aguas Antofagasta quienes señalaban que la comunidad no cumplía requisitos señalados en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas³⁸⁶ y

³⁸⁴ Sentencia Tercer Juzgado Civil de Calama. Rol C-28.354-2010.

³⁸⁵ En este caso, la comunidad Chusmiza-USmagama obtuvo una regularización de derechos de aprovechamiento de agua en la que se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. La Corte Suprema reconoció en sentencia del 25 de noviembre de 2009, la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas del territorio de su comunidad, en sentencia sobre recurso de casación en la forma y fondo. El rol de este fallo de la Corte Suprema es el 2840-2008.

³⁸⁶ Artículo 2° transitorio del Código de Aguas. 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 juntándose 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 letras 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,

analiza las menciones mínimas que debió tener el escrito de solicitud, los requisitos de procedencia y el informe técnico de la Dirección General de Aguas N°025-2010, y SQM, que alegaba se vulnera la prohibición que declara el agotamiento del Río Loa y sus afluentes contenida en la Resolución DGA N°197 y por último si se concede la solicitud de autos, se excede la cuantificación del recurso, realizada por la DGA en informe de terreno N°024/2009 de fecha 16 de abril de 2010, en el que se determina mediante aforo, la existencia de aproximadamente de 31 l/s, en definitiva pide que la acción sea rechazada en contra de la solicitud de regularización de derechos de agua de la Comunidad Indígena Atacameña Caspana.

El Tribunal en el considerando octavo de la sentencia indicó *“Que, por mandato de la ley N°19.253 el Estado y sus Instituciones deberán fomentar el respeto, la protección y promoción de los derechos de las Comunidades Indígenas de Chile. En este orden de ideas, se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades atacameñas y aimaras. Para el efecto, por aguas de las comunidades atacameñas y aimaras, se comprenderá las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales y vertientes. Pero el juzgado además de reconocer la propiedad ancestral de las vertientes por parte de las comunidades, condenó a ambas empresas a pagar los costos del juicio. solicitud de regularización en el uso ancestral que ha hecho de las aguas para el consumo humano, de ganado y riego, tal como lo exige el artículo 2° del Código de Aguas, encontrándose haciendo uso del recurso desde hace más de 100 años, de modo pacífico, ininterrumpido, sin clandestinidad, ni violencia y sin reconocer dominio ajeno”*. Este fallo refuerza el precedente jurisprudencial respecto a los derechos

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”.

ancestrales sobre aguas que históricamente han ocupado las comunidades indígenas del norte del país.

XIII. B. La reforma al Código de Aguas

En cuanto a algún cambio legislativo, la Cámara de Diputados aprobó la Reforma al Código de Aguas tras cinco años de tramitación. Dicha reforma contempla el derecho humano al agua (garantizado por el Estado), la priorización del acceso al agua para consumo humano y saneamiento de ésta, preservación de los ecosistemas y las actividades productivas de subsistencia, además de garantizar los derechos de los pueblos originarios sobre sus aguas y territorios y priorizar el acceso al agua de campesinos, agricultores INDAP y asociaciones de Agua Potable Rural. Los nuevos derechos de aprovechamiento otorgados a partir de la vigencia de la ley, serán concesiones temporales renovables y no perpetuas como las actuales. Adicionalmente se contempla la caducidad de los derechos de aguas de quienes los acaparen sin utilizarlos, y se contempla la eliminación del que las regularizaciones de derechos de aguas sean decididas por organismos que no son especializados en aguas -actualmente se regularizan en los tribunales de justicia ordinarios-, pasando a ser un procedimiento administrativo resuelto exclusivamente por la Dirección General de Aguas.

En el ámbito de protección, el proyecto contempla la prohibición de extraer aguas que alimenten vegas o bofedales entre Arica y Coquimbo, y en humedales amenazados o degradados en todo el país se establece un caudal ecológico a todas las nuevas concesiones; y en el caso de las antiguas en cuencas degradadas y amenazadas, áreas silvestres protegidas, a todos los traslados y a las grandes obras que usan agua como embalses; además, las mineras deberán informar y solicitar las aguas halladas. No obstante, esto sigue siendo un proyecto inconcluso, por lo que no es suficiente para resolver los problemas de acceso y protección de las fuentes hídricas del país³⁸⁷, más considerando que el proyecto de ley de

³⁸⁷ Véase <http://radio.uchile.cl/2016/01/09/director-general-de-aguas-reforma-al-codigo-sancionara-acaparamiento-y-especulacion-con-derechos-de-aguas/>

Protección y Preservación de los Glaciares también se encuentra parado en el Congreso desde el año 2014, lo cual ha sido criticado exhaustivamente por organizaciones no gubernamentales por dejar desprotegidos los importantísimos recursos hídricos de todo el país frente a la actividad minera³⁸⁸. Esta pasividad legislativa, sumado al enfoque probablemente liberal que persiste en el Senado no sólo contrarrestan los avances conseguidos en los tribunales de justicia, sino que también significan un elemento disuasivo de participación ciudadana y menoscaban las esperanzas de una legislación con un enfoque en el consumo consciente, sustentable y necesario de un recurso natural considerado como derecho humano.

³⁸⁸ Véase <http://www.chilesustentable.net/ley-de-glaciares-de-bachelet-realismo-con-renuncia/>

Conclusiones

La Asamblea General de Naciones Unidas eligió el 16 de octubre de 2017 a Chile y a Australia como miembros del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el período 2018 – 2020³⁸⁹³⁹⁰. Dicha elección debe ser un impulso a la protección y promoción de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Desde su establecimiento el año 2006, Chile ha integrado mentado órgano en dos ocasiones: períodos 2008-2011 y 2012-2014, en tanto que será la primera vez que el país oceánico integre la institución de 47 asientos de la ONU.

Como hemos visto, en el espectro universal de los pueblos originarios en Chile, sólo el pueblo mapuche concita un mayor interés para una clase política que, por desgracia, casi de forma exclusiva circunscribe las necesidades de éste al conflicto de reivindicación de tierras frente al Estado de Chile. No obstante, se vislumbra progresivamente mayor consideración con los pueblos originarios: en el norte del país con los sucesivos reconocimientos judiciales de derechos ancestrales sobre las aguas que ocupan las comunidades; en la Isla de Pascua, marcado por la creación de un área marina protegida³⁹¹ y el proceso de devolución de tierras, iniciado con la entrega en comodato de la administración del Parque Rapa Nui -cuya duración es inicialmente de 50 años-, el cual constituye aproximadamente el 45% del total del territorio insular, el 23 de noviembre de 2017, a una comunidad indígena constituida legalmente³⁹²; y a lo largo del territorio costero con los ECMPO. En Australia, las políticas públicas del gobierno federal se centran en enmiendas a la NTA y en

³⁸⁹ Véase <http://www.latercera.com/noticia/chile-elegido-miembro-del-consejo-derechos-humanos-naciones-unidas/>

³⁹⁰ Véase <https://www.theguardian.com/world/2017/oct/17/australia-elected-to-un-human-rights-council>

³⁹¹ Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2017/09/05/habitantes-de-isla-de-pascua-aprueban-nueva-area-marina-prottegida.shtml>

³⁹² Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/11/23/presidenta-hizo-entrega-de-la-administracion-del-parque-rapa-nui-a-la-comunidad-de-la-isla.shtml>

programas en los Territorios del país, dejando la política de tierras a las autoridades estatales y tribunales respectivos; no en pueblos originarios en específico, lo cual se debe a la gran cantidad de comunidades indígenas en el país oceánico.

Las políticas de educación intercultural bilingüe no han dado el resultado esperado en Chile. Las bases de datos del Ministerio de Educación del año 2016 registran como parte del sistema escolar tanto de enseñanza básica y media, un total de 180.100 niños indígenas. De los estudiantes de enseñanza básica, el 16% de las escuelas impartió la asignatura de “Lengua Indígena” durante el año pasado. No obstante, la mayoría de las y los niños no tienen acceso a conocer su cultura, lengua, ni a fortalecer su identidad vía escuela. Una fracción de un poco más del 20% de quienes se identifican como indígenas hablan y entienden su lengua materna, de acuerdo al actual subdirector nacional sur de CONADI³⁹³. Encuestas recientes señalan que existen entre 140.000 y 400.000 personas que hablan mapudungún, dependiendo de qué significa ser hablante y de cuántas personas se autoidentifican como mapuche³⁹⁴. La creación de la primera Asociación Indígena educacional del país³⁹⁵ y la inauguración de la primera Oficina Nacional de Pueblos Indígenas³⁹⁶ en la Araucanía, con el objeto de desarrollar planes, políticas y programas orientados a jóvenes indígenas son uno de los tantos pasos a dar en materia de educación intercultural, en donde nota el autor de este trabajo, no se le da suficiente importancia a los ancianos de las comunidades. Misma tendencia se evidencia en Australia, donde la mayoría de los ancianos aborígenes presentan bajos niveles de alfabetización, siendo el principal nexo entre su cultura y los

³⁹³ Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2017/02/21/21-de-quienes-se-autoidentifican-como-indigenas-hablan-y-entienden-su-lengua-materna.shtml>

³⁹⁴ Véase “Mapudungún”. En <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3594.html>

³⁹⁵ Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2017/01/12/crean-primera-asociacion-educacional-indigena-del-pais-administrara-escuela-en-la-araucania.shtml>

³⁹⁶ Dependiente del Instituto Nacional de la Juventud (INJUV).

integrantes más jóvenes de la comunidad³⁹⁷, afirmación compartida por la Corte Interamericana, en el caso Yakye Axa con Paraguay³⁹⁸.

Las faltas prácticas en las políticas públicas de Chile y Australia son muy parecidas, como se evidenció de los análisis de los Relatores Especiales de Naciones Unidas, si bien las experiencias de la central Campiche y la Ley de Pesca indicaran además faltas a la probidad y transparencia públicas. Falencias en el acceso a asistencia jurídica, la falta de participación en la confección de políticas públicas por parte de las comunidades indígenas, o el resguardo efectivo de la biodiversidad ecológica versus los proyectos de desarrollo constituyen graves preocupaciones para todos los organismos protectores y promotores de los derechos humanos a nivel nacional como internacional. Al no tener los países la necesidad imperiosa de corregir políticas estatales respecto a sus pueblos originarios, a menos que medien observaciones o recomendaciones de organismos internacionales, las que terminan siendo solamente una presión moral y política sobre los aparatos estatales para esperar un cambio en los ordenamientos internos, denota el carácter absoluto y omnipotente de la soberanía de los países. En razón de la anterior afirmación es que los organismos internacionales reconocen su falta de imperio y encomiendan a los Estados a un cambio que, en definitiva, depende de la voluntad legislativa y ejecutiva. Ejemplo de ello es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, quien observó que *“los Estados partes deberían asegurarse de que las medidas especiales se conciban y pongan en práctica después de haber consultado a las comunidades interesadas y con la participación activa de aquellas”*³⁹⁹. Nótese el lenguaje empleado: “deberían”. Distinto es este lenguaje propositivo cuando se

³⁹⁷ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-09-12/majority-adults-remote-indigenous-nt-lack-basic-literacy-skills/8899782>

³⁹⁸ Véase Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (2005). Párr. 175.

³⁹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32, 2017.

dota a los organismos internacionales con imperio, cuyo epítome sería en América la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Basada en la labor del titular del mandato anterior, señala Victoria Tauli-Corpuz a la Asamblea General de Naciones Unidas que *“Otra preocupación general es la forma en que las instituciones gubernamentales que trabajan en cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas se presentan como instituciones representativas de esos pueblos. El titular del mandato ha hecho hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propias estructuras institucionales y sistemas políticos y a participar en la adopción de decisiones a través de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, como se establece en el artículo 18 de la Declaración. Debería garantizarse su participación plena y efectiva en la vida pública del Estado⁴⁰⁰”*. Concluye la Relatora que ha habido pocos progresos en la realización efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, en particular, respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la libre determinación y sus derechos a sus tierras, territorios y recursos⁴⁰¹. Lo último en gran parte debido al desconocimiento de los aparatos estatales a abordar proyectos legislativos con una perspectiva tan amplia como la de los organismos promotores de derechos humanos. Para reforzar lo constatado basta con percatarse cuán reacio se ha mostrado el legislador chileno a regular los problemas de tierras de acuerdo a los estándares de la Corte Interamericana, la cual afirmó *“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*

⁴⁰⁰ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz a la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017. A/72/186. Párr. 47

⁴⁰¹ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz a la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186. Párr. 86

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. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas⁴⁰².

Con ya 200 años de vida, el Estado de Chile debe adecuar su legislación interna a los estándares internacionales de diversos instrumentos internacionales que ha reconocido. A menos de un año de concluir su gobierno, la presidenta Bachelet pidió perdón por los errores y horrores cometidos contra el pueblo mapuche, en un intento de comenzar a saldar una vieja deuda con la mayor etnia chilena, en el marco de la conmemoración del Día Nacional de los Pueblos Indígenas el 24 de junio de 2017. Esto puede notarse inoportuno si se compara con la situación homóloga de Australia, pero lo cierto es que las iniciativas políticas favorecen al menos el diagnóstico del país americano, evidenciándose congruencia en el actuar estatal, pues esta acción se enmarca también en el contexto del proceso de consulta Constituyente Indígena, que fue realizado entre agosto y diciembre de 2016, en el que participaron 17016 personas. De éste, surgieron propuestas básicas como el reconocimiento de los pueblos, los derechos lingüísticos y territoriales, participación y representación política diferenciada.

Como consecuencia de varias recomendaciones de instituciones nacionales e internacionales, Michelle Bachelet anunció también el envío al Congreso Nacional

⁴⁰² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006). Párr. 128.

de los proyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo de Pueblos Indígenas. El proyecto propone la creación de dos instancias de representación, siendo la primera de ellas un Consejo de Pueblos para cada uno de los 9 pueblos originarios que habitan el país. La segunda instancia, denominada Consejo Nacional de Pueblos, estará conformada por 15 miembros que representan a los 9 consejos desplegados a los largo del país. El Consejo Nacional deberá colaborar con el ministerio de Pueblos Indígenas en el estudio, diseño, implementación y evaluación de la Política Nacional Indígena, entre otras funciones. El proyecto que ahora debe ser revisado por el Senado, establece un presupuesto anual de 2 mil 206 millones de pesos, de los cuales 1.700 millones se financian con la re-asignación de recursos en la CONADI, y el resto a través de Ley de Presupuesto. Por el otro lado, en Australia la principal propuesta recomendada por el Consejo de Referéndum, organismo federal cuyo objetivo al ser fundado fue el de realizar propuestas de cambio en la Constitución con tal de reivindicar los derechos de los indígenas australianos, tras un extensivo período de consulta nacional culminado en la reunión de Uluru, esto es, la realización de un referéndum para establecer en la Constitución un nuevo organismo representativo indígena en el Parlamento, fue rechazada recientemente por el Gabinete australiano. Dicha institución, de acuerdo al Primer Ministro Turnbull, se vería inevitablemente como una tercera Cámara en el Parlamento, incompatible con las igualdades de derechos cívicos en las bases institucionales parlamentarias del país⁴⁰³.

Otro paso para la consolidación efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en Chile, se dio el 16 de octubre del año recién ido, en el marco de la inauguración del Encuentro Nacional del Proceso de Consulta Constituyente para el Reconocimiento Constitucional y la Participación Política de los Pueblos

⁴⁰³ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-11-05/malcolm-turnbull-defends-indigenous-advisory-body-decision/9120272>

Indígenas⁴⁰⁴, donde se someterá a consulta el reconocimiento explícito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como la preexistencia de éstos respecto al establecimiento del Estado de Chile. 139 delegados⁴⁰⁵ de los nueve pueblos originarios reconocidos en la Ley Indígena, participaron en el Encuentro Nacional, proceso que busca consagrar el derecho a la preservación, conocimiento, difusión de la historia, cultura, lenguas, tradiciones e instituciones de los pueblos originarios, la existencia de territorios oficiales indígenas y un estatuto especial de autonomía para el uso de los recursos naturales en sus territorios. En la última etapa de la consulta realizada en Santiago, varios dirigentes mapuches manifestaron su descontento al no considerarse la plurinacionalidad en el desarrollo de dicha reunión, en presencia además de observadores de la ONU⁴⁰⁶. Lamentablemente, estos actos políticos se desarrollan estando ad portas del fin del mandato presidencial de Michelle Bachelet, lo cual ha sido calificado de oportunista por distintos sectores político-sociales.

En cuanto al reconocimiento constitucional en Australia, lo cierto es que las propuestas en el encuentro de Uluru enfatizaban la necesidad de la firma de un tratado o Makarrata⁴⁰⁷ con el Gobierno federal, en vez de una disposición constitucional que reconociera a los pueblos originarios⁴⁰⁸. Muchos organismos promotores de derechos humanos coinciden en la opinión de que *“No hay razón constitucional tras la del por qué un tratado no pudiera reconocer un grado de soberanía o autogobierno para los pueblos indígenas. Éste podría ser desarrollado*

⁴⁰⁴ Véase <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/10/16/bachelet-inaugura-consulta-para-el-reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/>

⁴⁰⁵ Un 67,6% de los representantes es mapuche, otro 11,5% es aimara y el 20,8% son delegados de los pueblos restantes.

⁴⁰⁶ Véase <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2017/10/23/dirigentes-mapuche-de-bio-bio-disconformes-con-acuerdos-de-proceso-tras-consulta-indigena.shtml>

⁴⁰⁷ Locución Yolngu que describe un proceso de resolución de conflictos, de hacer paz y justicia.

⁴⁰⁸ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-10/makarrata-explainer-yolngu-word-more-than-synonym-for-treaty/8790452>

dentro del sistema legal existente. La Federación Australiana ya se rige por diferentes leyes coexistiendo a nivel federal, estatal y local. La Corte Suprema en el caso Mabo también le ha otorgado efecto al título nativo y ha determinado que el contenido de este título está definido por las tradiciones legales y culturales de los indígenas. Esto no fracturó el sistema existente de derecho australiano, sino que fue acomodado dentro de él⁴⁰⁹. La posibilidad de un tratado se discute, pero no se vislumbra voluntad política para realizarlo en el gobierno del Primer Ministro Turnbull.

Frente al proceso de reconciliación nacional con los pueblos, la interpretación de la titular del mandato de Naciones Unidas Victoria Tauli-Corpuz entiende que *“La verdadera reconciliación requiere medidas positivas para proporcionar reparación y resarcimiento a los pueblos indígenas. Como se indica en la Declaración ello es necesario, entre otras cosas, porque se les ha desposeído de sus tierras, territorios y recursos, se les ha sometido a toda forma de asimilación o integración forzada, se les ha privado de bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales, se les ha desposeído de sus medios de subsistencia y privado del desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Para una reparación efectiva en esos procesos es fundamental adoptar un enfoque que tenga en cuenta los efectos colectivos de ese tipo de violaciones y, por ende, la incorporación de medidas adecuadas de reparación también colectivas. Sin medidas definitivas de reparación no puede lograrse la reconciliación”*.⁴¹⁰ Estas aseveraciones pesan más considerando el descontento general de la población indígena, sobre todo para las

⁴⁰⁹ Race and the Australian Constitution: From Federation to Reconciliation. George Williams. Osgoode Hall Law Journal Vol. 38 N°4. 2000. P. 664.

⁴¹⁰ Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz la Asamblea General de la ONU 21 de julio de 2017 A/72/186 Párr. 11

víctimas⁴¹¹ de las Generaciones Robadas⁴¹² y las comunidades originarias desposeídas en Chile.

Viendo las experiencias de Australia y Chile en estas materias, podemos constatar que la tarea legislativa estatal, está lejos de ser suficiente para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Carentes de perspectivas amplias para entender las distintas culturas y concepciones que chocan con el régimen de propiedad actual, no sólo los Estados requieren directrices detalladas de los organismos internacionales promotores de los derechos fundamentales para el cumplimiento de estas obligaciones ratificadas, sino que la población nacional necesita también medios efectivos de información, denuncia y efectividad en la búsqueda de responsabilidad estatal por el incumplimiento de mentadas obligaciones para con sus pueblos.

Junto con la coordinación interinstitucional y la capacitación informativa respecto a los derechos de los pueblos indígenas, son necesarias otras acciones para garantizar que los procesos de consulta cumplan con su verdadero objetivo. Deben hacerse esfuerzos para garantizar que la legislación sectorial de minería, recursos pesqueros, ambiental o energía, entre otras, esté en consonancia con los estándares internacionales, no sólo en relación con los estándares de consulta como tal, sino a su vez con los derechos sustantivos, como los derechos sobre tierras, recursos naturales, patrimonio cultural, educación y religión, reconocidos en el Convenio 169 OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre

⁴¹¹ En el caso *Trevorrow v. South Australia* (2007), la Corte Suprema de Australia del Sur (corte estatal) falló a favor de una víctima indemnización monetaria por los daños por la separación de su familia indígena, en el marco de haber sido removido del hospital en el que se atendía por dolores estomacales, para ser reubicado en una familia de acogida, en 1957, con 13 meses de edad.

⁴¹² Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-21/nt-stolen-generation-continue-push-for-federal-compensation/8825080>

los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴¹³. Esto implicaría no solo la adopción de legislación armonizada con estos estándares, sino también la modificación o derogación de disposiciones legales contrarias a los mismos, procesos frente a los que los legisladores actuales, sean de tradición jurídica occidental o de common law, se muestran reacios a realizar al significar éstos inseguridad o incerteza jurídica para los titulares de derechos o concesiones sobre recursos naturales.

Proporcionar a los pueblos indígenas un espacio para contribuir a la planificación del desarrollo, incluyendo el fomento a realizar sus propuestas respecto a los proyectos comúnmente promovidos por los Estados, empresas e instituciones financieras, se muestra como la alternativa más viable para enfrentar una falta de conciencia cultural en el trabajo legislativo respecto a las localidades y comunidades indígenas. En Australia, país que en ambas visitas de los Relatores Especiales sobre la situación de los derechos de los indígenas, recibió muchas críticas en la confección de sus políticas públicas, reconoció que el derecho a la participación es esencial para la confección de políticas efectivas y beneficiosas para sus pueblos originarios. Esta voluntad también se percibió cuando, considerando el fracaso de la campaña Closing the Gap en su discurso de febrero del pasado año⁴¹⁴, el Primer Ministro Turnbull reconoció la importancia de las iniciativas dirigidas por las comunidades para la posible consecución de las metas del programa.

Las falencias en salud, vivienda, trabajo y bienestar económico sólo confirman el factor común de todos los pueblos originarios a lo largo del mundo: el desfavorecimiento social para estos grupos humanos. El paralelo de ambas naciones en cuanto a los defectos de sus sistemas penales se manifiestan por el

⁴¹³ Aprobada el 14 de junio de 2016. Disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

⁴¹⁴ Sólo 1 de las 7 metas está en marcha: el reducir a la mitad la proporción de indígenas a no-indígenas que completan sus estudios secundarios, para el año 2020. Véase <https://www.theguardian.com/australia-news/2017/oct/23/they-must-listen-indigenous-congress-optimistic-about-closing-the-gap-changes>

lado chileno en la aplicación de Ley Antiterrorista a los miembros de la comunidades originarias mapuche que buscan la reivindicación de sus territorios tradicionales en un contexto de protesta social⁴¹⁵, en tanto que el lado australiano carece de nociones garantistas en el trato a jóvenes y adultos indígenas en centros de detención, incluyendo las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención de Derechos del Niño que ha mantenido el país oceánico.

La lentitud en ambos sistemas nacionales, tanto para reclamaciones de títulos nativos⁴¹⁶ (al día de hoy, permanecen sin resolución 238 reclamaciones) como para la adquisición, compra o aumento de tierras del Fondo Nacional de Tierras y Aguas, es otro factor común, y es prueba sintomática de las trabas al derecho de acceso a la justicia que deben vivir los integrantes de comunidades indígenas. El problema de las tierras indígenas es tal vez el elemento a considerar más importante en este trabajo: en Australia, muchos terrenos no están ocupados por privados, haciéndose más fácil la institución de entrega de tierras en un país con menos densidad demográfica que Chile, país que entregó progresivamente tierras a privados a medida que fue asentándose la República, permitiéndose a su vez la acumulación de tierras en manos de privados, habiendo entonces muchas dificultades para desarrollar, en los mismos términos que Australia, una política de entrega de tierras a los pueblos originarios, la cual aduce el Estado chileno, ha sido exitosa, reconociendo la propiedad indígena y otorgando mecanismos de ampliación de las tierras indígenas a través de las compras subsidiadas por el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, cuyos resultados entre 2010 y 2015, fueron de 16.580 hectáreas adquiridas, beneficiando a 2.267 familias; y compras realizadas en relación con

⁴¹⁵ Véase <http://www.unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/press-releases/200-chile-mapuche>

⁴¹⁶ Véase <http://www.abc.net.au/news/2017-08-29/western-bundjalung-native-title-granted-criticises-slow-process/8851752>

tierras bajo conflicto jurídico correspondieron a una superficie de 8.200 hectáreas, beneficiando a 700 familias⁴¹⁷.

En cuanto a los acuerdos de uso de tierra en Australia (Land Use Agreements), actualmente se baraja la posibilidad de una nueva enmienda a la NTA para asegurar la efectividad de todos los acuerdos existentes, luego de que un fallo del Pleno de la Corte Federal de Australia exigiera la aprobación de la totalidad de los representantes de la reclamación de título nativo del pueblo Noongar para el establecimiento de un acuerdo de uso minero⁴¹⁸ en el Estado de Australia Occidental, acuerdo que, al no tener las firmas de todos los representantes a la hora de su registro en el Tribunal de Título Nativo, fue invalidado. La decisión que se busca revertir con la enmienda toma más importancia si se considera que los Acuerdos de Uso de Tierras Indígenas han sido en muchos casos firmados sólo por la mayoría de los titulares, no su totalidad, poniéndose en duda la seguridad de los proyectos a gran escala que tiene el país.

A propósito de los recursos mineros, debemos recordar que en los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental que deben someterse al SEIA chileno, no figuran las concesiones mineras en etapa de exploración previa a la prospección ni en la etapa de explotación, frente a lo que la Comisión de Expertos de la OIT recomendó *“modificar la legislación nacional para que los pueblos indígenas sean consultados antes de que se emprenda o autorice cualquier programa de exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus*

⁴¹⁷ Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe Comisión Expertos OIT. 2017. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2017-106-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2017-106-1A).pdf). Pp. 638.

⁴¹⁸ A cambio de la rendición de los derechos de título nativo en un área de 200.000 kilómetros cuadrados, el pueblo Noongar recibiría 1.3 billones de dólares australianos en tierra, prestaciones económicas y beneficios durante 12 años. Este acuerdo ha sido criticado por varios sectores sociopolíticos. Véase <https://www.theguardian.com/australia-news/2017/feb/03/noongar-native-title-deal-ruled-invalid-by-federal-court>

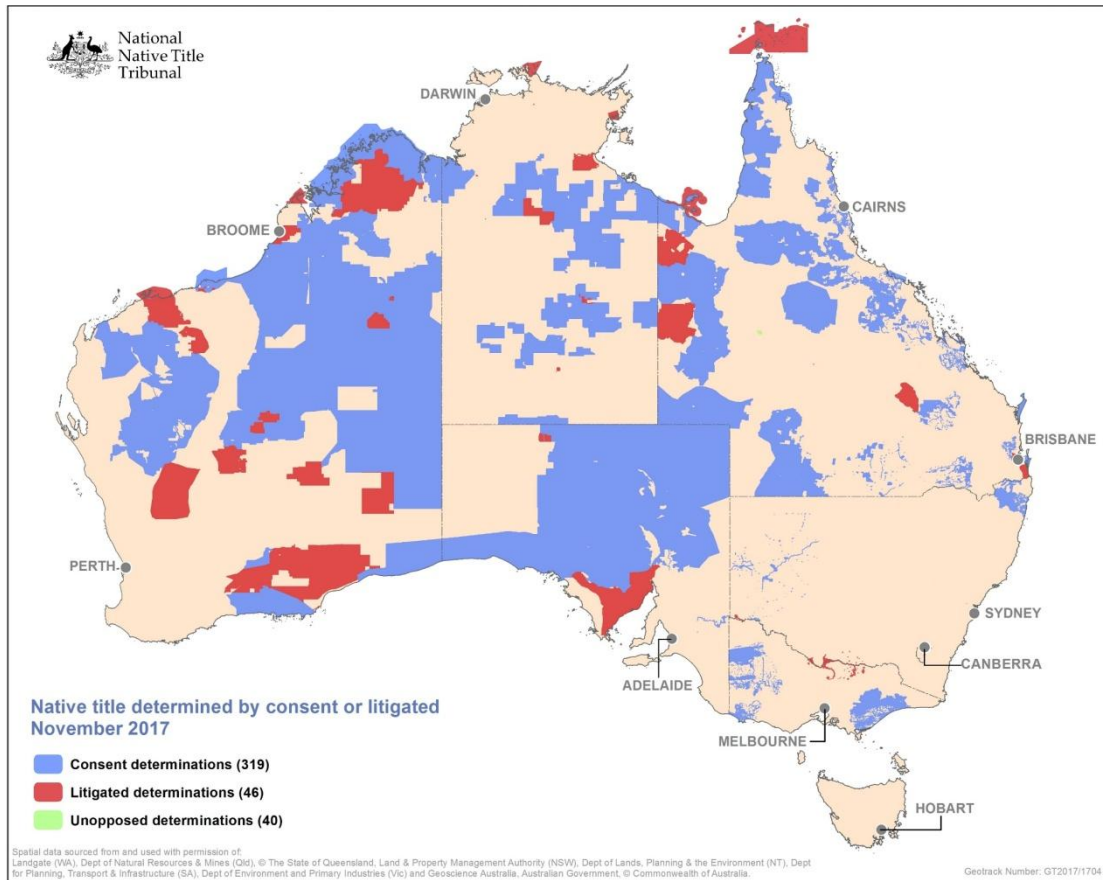
*tierras y que puedan participar de los beneficios derivados de su explotación*⁴¹⁹. Esta modificación llevaría al Estado chileno a evitar situaciones como las que desencadenaron el caso del pueblo Saramaka con el Estado de Surinam ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La prueba de la ocupación exclusiva en el sistema australiano no resulta necesariamente en derechos sobre los recursos superficiales y subterráneos⁴²⁰, y su exigencia debería tener en cuenta el precedente histórico vivido por las distintas comunidades indígenas con tal de flexibilizar la “ininterrupción” de las tradiciones.

Desde la sentencia del caso Mabo hasta noviembre del año pasado, se han realizado 405 determinaciones de título nativo: 319 bajo el consentimiento de todos los interesados, 40 sin oposición y 46 resueltas por litigación.

⁴¹⁹ Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe Comisión Expertos OIT. 2017. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2017-106-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2017-106-1A).pdf). Pp. 638-639.

⁴²⁰ Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World. Kent McNeil. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper N° 24. 2008. P. 28. Disponible en <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=clpe>



Anexo: Datos reunidos por el National Native Title Tribunal de Australia.

Bibliografía

1. Legislación

a) Australia:

- Constitution of Australia.
- Aborigines Act 1934.
- Racial Discrimination Act 1975 (Commonwealth).
- Aboriginal Land Rights Act (Northern Territory) 1976.
- Aboriginal Land Rights Act (New South Wales) 1983.
- Native Title Act 1993 (Commonwealth).
- Human Rights Act (Australian Capital Territory) 2004.
- Charter of Human Rights and Responsibilities Act (Victoria) 2006.
- Northern Territory National Response Act 2007.

b) Chile:

- Constitución Política de la República.
- Código de Aguas.
- Código de Minería.
- Decreto Ley 2750 del año 1979.
- Decreto Ley 2885 del año 1979.
- Decreto Ley 2974 del año 1979.

-Decreto Ley 3256 del año 1980.

-Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

-Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

-Ley N° 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

-Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente.

-Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social.

-Decreto 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.

c) Internacional:

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

-Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

-Convención Americana de Derechos Humanos.

-Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

-Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI).

-Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

2. Publicaciones

-ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, Madrid. España, 2004.

-AGUILAR, Gonzalo. El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. Revista *Ius et Praxis*, Volumen 11 N°1. Talca, 2005.

-ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en Chile. Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 5 de octubre de 2009.

-ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en Australia. Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1 de junio de 2010.

-CASTRO, Milka. La Universalización de la condición indígena. Revista *Alteridades*, volumen 18, edición 35. México, 2009.

-CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia. Anuario Universidad Diego Portales, 2011.

-CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional. Anuario Derecho Público Universidad Diego Portales, 2016.

-EMMERSON, Ben. Informe ante el Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Asamblea

General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 10 de marzo de 2014.

-GRATTAN, Scott y MCNAMARA, Luke. The common law construct of native title: a re-feudalisation of Australian land Law. *Griffith Law Review*, Volumen 8 N° 1, 1999.

-HENRÍQUEZ, Miriam. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Postgrado N°3*, 2013.

-HEVIA, Ricardo. Chile y el Convenio 169 de la OIT. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2008.

-HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario.

-HUENCHUMILLA, Francisco. La Ley Indígena N° 19253: Análisis y balance – Perspectiva jurídica. *Revista Derecho de la Universidad Mayor*, N° 1, 2002.

-HUNTER, Justin. Native title in Australia and South Africa: A search for something that lasts. *University of Miami International and Comparative Law Review*, Volumen 22 N°2, 2015.

-MCNEIL, Kent. Co-existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada. *Canadian Native Law Reporter*, Volumen 3, 1997.

-MCNEIL, Kent. The vulnerability of Indigenous Land Rights in Australia and Canada. *Osgoode Hall Law Journal*, Volumen 42 N° 2, 2004.

-MOHR, Richard. Shifting ground: context and change in two Australian Legal Systems. *International Journal for the Semiotics of Law*. Volumen 15 N° 1, 2002.

-PIÑERA, José. Fundamentos de la Ley constitucional minera. 1981.

- PRASAD, Viniyanka. The UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples. Chicago Journal of International Law, Volumen 9 N°1.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de los indígenas. Misión a Chile. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 17 de noviembre de 2003.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. UNESCO, 2002-2007.
- TAULI-CORPUZ, Victoria. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21 de julio de 2017.
- TAULI-CORPUZ, Victoria. Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Australia. Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 8 de agosto de 2017.
- VALENZUELA, Mylene. La Política indígena del Estado chileno y la Legislación mapuche. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2002.
- VARIOS. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado. Observatorio Ciudadano, 2014.
- VILLORO, Luis. Del Estado homogéneo al Estado plural.

-WALLACE-BRUCE, Nii Lante. Two Hundred Years On: a Reexamination of the acquisition of Australia. Georgia Journal International & Comp. Law, Volumen 19:87, 1989.

-WEIR, Michael. The story of native title. The National Legal Eagle, Volumen 8 N°1, 2002.

-WILLIAMS, George. Race and the Australian Constitution: From Federation to Reconciliation. Osgoode Hall Law Journal, Volumen 38 N°4, 2000.

-WOOD, Sandy. Aboriginal land Rights in Australia. Human Rights Brief, volumen 6 N°3, 1999.

3. Bibliografía electrónica

-CHARLESWORTH, Hilary y DURBACH, Andrea. Equality for indigenous peoples in the Australian Constitution. Australian Indigenous Law Review, Vol. 15 N°2. Disponible en <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=unswwps-flrps12>

-DOCUMENTO Básico Común de Chile, 2013. Disponible en web del Ministerio de Relaciones Exteriores. http://www.minrel.gov.cl/minrel/site/artic/20080902/asocfile/20080902204316/documento_b_sico_com_n_chile___actualizaci_n_sept_2013_final_con_correcciones_monu.pdf

-GUERRA, Felipe. Los tribunales ambientales en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas. Observatorio Ciudadano. Disponible en <http://observatorio.cl/los-tribunales-ambientales-en-la-tutela-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-chile-trayectorias-en-la-implementacion-de-los-derechos-indigenas-en-la-evaluacion-ambiental-de-proyectos-de-invers/>

-HART, Emily. Fifty Thousand Years Old and Still Fighting for Rights: The Continuing Struggle of Australia's Indigenous population. Georgia Journal of International and Comparative Law, Volumen 38, 2010. Disponible en <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol38/iss2/5>

-INFORME Comisión Expertos OIT. Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, 2017. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2017-106-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2017-106-1A).pdf)

-MANUS, Peter. Evolution of Indigenous Environmental Rights. Boston College Environmental Affairs Law Review, Volumen 33 N° 1, 2006. Disponible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=ealr>

-MCNEIL, Kent. Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper N° 24, 2008. Disponible en <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=clpe>

-STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 15. México, 1992. Disponible en <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/170111stavenhagen.pdf>

-WEIR, Michael. The Next Chapter in the Story of Native Title. The National Legal Eagle. 2003. Vol. 9 N° 1. Disponible en <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=nle>

4. Jurisprudencia

- Corte Federal de Australia. Sentencia del Caso Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd, 1971.
- Corte Federal de Australia. Sentencia del Caso Wotjobaluk, Jaadwa, Jadawadjali, Wergaia y Jupagulk v. Victoria, 2005.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Gerhardy v. Brown, 1985.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Mabo v. Queensland (No. 2), 1992.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Western Australia v. Commonwealth, 1995.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Wik Peoples v. Queensland, 1996.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Kartinyeri v. Commonwealth (major conocido como Hindmarsh Bridge Act Case), 1998.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Commonwealth v. Yarmirr, 2001.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Western Australia v. Ward, 2002.
- Corte Suprema de Australia. Sentencia del Caso Yorta Yorta v. Victoria, 2002.
- Tercer Juzgado Civil de Calama. Sentencia Rol C-28.354-2010.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol 1773-2008.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 2840-2008.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 1219-2009.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 7287-2009.

- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 1050-2008.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 2388-2012.
- Corte Internacional de Justicia. Opinión del Sahara Occidental.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Awas Tigni vs. Nicaragua, 31 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, 15 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Yakye Axa vs. Paraguay, 17 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 de marzo de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Comunidad Sarayaku vs. Ecuador, 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, 29 de mayo de 2014.