



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA CUESTIÓN INDÍGENA A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN
DEL CONVENIO No. 169 DE LA OIT POR LOS TRIBUNALES CHILENOS Y LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales

Profesor Guía: CLAUDIO TRONCOSO REPETTO

JAVIERA RIQUELME REYES

SANDRA RIQUELME REYES

Santiago, Chile

Marzo, 2017

“Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción...la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente”

José Martínez Cobo.¹

¹ Sociólogo de nacionalidad ecuatoriana, a quién durante el año 1971, las Naciones Unidas encomendaron la realización de un informe sobre el problema de la discriminación ejercida en contra de los pueblos indígenas. Dicho informe, publicado en 1986, subraya la determinación de las poblaciones indígenas, de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sus sistemas legales.

TABLA DE CONTENIDOS.

RESUMEN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I: La Cuestión Indígena desde una perspectiva histórico- normativa. Sobre la necesidad de protección jurídica en el ámbito nacional e internacional	16
1.1. La espada, la cruz y el Derecho. El surgimiento de la encomienda durante la Conquista temprana.....	16
1.2. Sobre las justas razones del proceso de Conquista.....	18
1.3. Chile y el Derecho Republicano como instrumento asimilador de las minorías. Sobre la Pacificación de la Araucanía en nuestro país.....	21
1.4. Sobre la necesidad de protección jurídica de los derechos indígenas en el ámbito nacional e internacional.....	23
CAPÍTULO II: Sobre la relación entre el Derecho Internacional e Interno y los Derechos Humanos	25
2.1. Sobre la existencia y obligatoriedad del Derecho Internacional para los Estados. Monismo y Dualismo.....	25
2.2. Sobre la incorporación de los Tratados Internacionales en la práctica. El caso de Chile y el Convenio No.169 de la OIT.....	27
CAPÍTULO III: Del convenio N°169 como un Tratado Internacional de Derechos Humanos	31
3.1. Sobre la historia del Convenio No.169 de la OIT. Nuevos aires en el plano nacional e internacional.....	31
3.2. ¿Por qué es un Tratado Internacional de Derechos Humanos? Sobre su contribución al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	33
3.3. El surgimiento de nuevos paradigmas del Convenio No. 169 de la OIT. De la Propiedad y Consulta como piedras angulares del Tratado.....	34
CAPÍTULO IV: Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general	38
CAPÍTULO V: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Convenio No.169 de la OIT	42

5.1. El Derecho Consuetudinario ancestral de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras y recursos naturales que ellas comprende.....	45
5.1.1. Casos Relevantes a analizar en materia de Propiedad.....	47
5.1.1.1. Caso Comunidad <i>Mayagna (Sumo) Awas Tigni</i> vs. Nicaragua (2001).....	47
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	47
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	49
5.1.1.2. Caso Comunidad <i>Yakye Axa</i> vs. Estado de Paraguay (2005).....	51
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	51
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	54
5.1.1.3. Caso Comunidad Indígena <i>Sawhoyamaya</i> vs. Paraguay. (2006).....	56
a) De los antecedentes generales de caso y el origen del conflicto.....	56
b) Análisis del fallo de la CIDH y sus párrafos más importantes.....	58
5.1.1.4. Caso Pueblo <i>Saramaka</i> vs. Surinam. (2007).....	60
a) De los antecedentes generales de caso y el origen del Conflicto.....	60
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	63
5.1.1.5. Caso Kichwa de <i>Sarayaku</i> vs. Ecuador. (2012).....	64

a) De los antecedentes generales de caso y el origen del Conflicto.....	64
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	66
5.1.1.6. Caso <i>Kuna Mudugandí y Emberá de Bajano</i> y sus miembros vs. Panamá. (2014).....	69
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	69
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	71
5.1.1.7. Comunidad <i>Kaliña</i> y <i>Lokono</i> vs. Surinam. (2015).....	73
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	73
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	75
5.1.1.8. Caso Comunidad <i>Garifuna</i> de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. (2015).....	79
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	79
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	81
5.1.1.9. Breve Conclusión del Capítulo.....	85
5.2. El Derecho a Consulta y Participación Indígena.....	87
5.2.1. Comunidad <i>Moiwana</i> vs. Suriname. (2005).....	91
a) De los antecedentes generales del caso y origen del conflicto.....	91
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	92

5.2.2. Caso Comunidad <i>Yatama</i> vs. Nicaragua (2005).....	94
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	94
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	95
5.2.3. Caso del Pueblo <i>Saramaka</i> vs. Surinam (2007).....	97
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	97
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	99
5.2.4. Caso Pueblo Indígena <i>Kichwa de Sarayaku</i> vs. Ecuador (2012).....	101
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	101
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	101
5.2.5. Caso Comunidad <i>Garifuna</i> de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras (2015).....	104
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	104
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.....	105
5.2.6. Caso Comunidad Indígena <i>Xákmok Kásek</i> . vs. Paraguay (2010).....	106
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	106
b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideraciones.....	108
5.2.7. Breves conclusiones del Capítulo.....	110

CAPÍTULO VI: Jurisprudencia de la Tribunales Nacionales chilenos en materia de Consulta y Propiedad indígena. Influencia del Derecho Internacional.....	112
--	------------

6.1. El Convenio No. 169 de la OIT y su aplicación en materia de Consulta Previa.	113
6.1.1. Sobre la contextualización de los casos chilenos: El Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, los proyectos de inversión y la Consulta Previa.....	114
6.1.2. Sobre la suficiencia e insuficiencia de los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental.....	116
6.2. De la Jurisprudencia en materia de Consulta Previa.....	117
6.2.1. Caso Planta Celulosa Arauco con Comunidad <i>Mapuche- Lafkenche</i> (Ducto Celco) (2010)	117
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	117
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	118
6.2.2. Caso Comunidad <i>Mapuche Huilliche- Pepiuquelén</i> vs. Los Fiordos S.A (2010).....	121
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	121
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	122
6.2.3. Caso Consejo de los Pueblos Atacameños vs. Comisión Regional de Medio Ambiente de Arica (2010).....	123
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	123
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	124
6.2.4. Caso Comunidad Indígena <i>Antu- Lafquen de Huentetique</i> vs. Comisión Regional de Medioambiente de Los Lagos (2011).....	126
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	126

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y considerandos más importantes.....	128
6.2.5. Descendientes de Comunidad <i>Aymara</i> vs. Comisión Regional de Medioambiente de Arica (2011).....	129
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	129
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	130
6.2.6. Comunidad Indígena <i>Mapuche- Chilcoco</i> vs. Municipalidad de Arauco (2010).....	131
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	131
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	132
6.2.7. Comunidad Indígena <i>Palguín</i> vs. Comisión Regional de Medioambiente de la Araucanía. (2009).....	133
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	133
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	136
6.2.8. Caso <i>Linconao</i> v/s Sociedad Forestal Palermo Ltda. (2009)	137
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	137
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	138
6.2.9. Conclusiones en materia de Consulta Previa.....	140
6.3. Tierras y propiedad indígena ancestral.....	141

6.3.1. Caso Comunidad <i>Chusmiza Usmagama</i> vs. Embotelladora Chusmiza (2008).....	142
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	142
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	143
6.3.2. Caso Comunidad Huascoaltinos vs. Comisión Regional de Medioambiente de la III Región de Atacama.....	145
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	145
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	146
6.3.3. Comunidad <i>Wente- winkul</i> vs. Comisión Regional de Medioambiente del Biobío (2010).....	147
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.....	147
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.	148
6.3.4. Comunidad <i>Paillalef</i> con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. (2010).....	149
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	149
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	151
6.3.5. Comunidad Indígena <i>Tragun Mapu Maile Allipen</i> vs. Comisión Evaluadora Ambiental, Región De La Araucanía (2012).....	152
a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.	152
b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.....	153

6.3.6. Reflexiones y Conclusiones en materia de Propiedad.....	156
CONCLUSIÓN.....	158
BIBLIOGRAFÍA.....	165

RESUMEN.

La problemática actual de los derechos de las minorías indígenas, principalmente en lo que respecta a Propiedad, Consulta y Participación, representa un gran desafío para los Estados democráticos y culturalmente diversos. Tal es el caso del Continente Americano, cuyos pueblos originarios han adquirido cada vez más notoriedad como actores sociales y han logrado paulatinamente la reivindicación de algunos de sus derechos y garantías por tanto tiempo preteridos.

Lo cierto es que, a pesar de los esfuerzos empleados por las sociedades de la región y aunque la perspectiva indígena ha permeado tanto las instituciones estatales como la conciencia popular, muchas veces los pueblos indígenas ven desamparados sus intereses y en peligro su existencia frente al modelo económico y filosófico occidental, que implica por un lado, proyectos de desarrollo basados en la explotación compulsiva de los recursos, la búsqueda de activos únicamente en aquellos bienes de apreciación pecuniaria, y por otro la concepción masificada del Derecho de Igualdad como un elemento asimilacionista.

Así las cosas, cuando la labor de las instituciones nacionales resulta insuficiente para proteger y garantizar las prerrogativas de los pueblos en cuestión, éstos, se han visto en la necesidad de ampararse y recurrir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para resolver las contiendas jurídicas.

En el marco del mencionado Sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ente protector de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha fallado sobre esta materia en numerosas ocasiones sentando una especie de precedente y superando por cierto, muchos paradigmas del liberalismo.

La comprensión del Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo, ha tenido vital importancia para lograr el resguardo efectivo de las minorías

étnicas, pues es en primer lugar, gracias a la aplicación de sus normas por los Tribunales Nacionales de los Estados ratificantes, y a su uso a modo de guía en el trabajo interpretativo de la Corte en segundo, que se ha logrado la concientización popular de la Cuestión Indígena moderna, y asimismo, diversas medidas de protección a las garantías de dichos pueblos tanto a nivel administrativo como legislativo, y por supuesto judicial.

INTRODUCCIÓN.

Durante las últimas décadas, los pueblos indígenas han surgido como nuevos actores políticos relevantes en casi todos los continentes, luego de siglos de sometimiento, han reclamado de los Estados y de la Comunidad Internacional, “no sólo el respeto por sus derechos individuales generalmente vulnerados, sino también el de un conjunto de derechos colectivos que son inherentes a su condición de etnia”².

Dentro de las aristas más importantes de la Cuestión Indígena moderna, se encuentra el problema territorial, que conjuntamente al Derecho de Participación y Consulta, “constituyen sin lugar a dudas un profundo y controversial tema de actualidad, que ha estado vinculado a fuertes movilizaciones protagonizadas por diversas organizaciones y “[...] [pueblos autóctonos] en distintas partes del planeta”³.

A pesar de los esfuerzos que los diferentes Estados emplean para garantizar los derechos de todos sus integrantes, lo cierto es que Latinoamérica aún enfrenta grandes retos en materia indígena, y es por ello que, ante las vulneraciones perpetradas, ya sea por los planes de desarrollo locales o el modelo económico regional en su defecto, “los pueblos autóctonos se han visto en la necesidad de recurrir a instancias judiciales supranacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁴, para resolver sus contiendas y conseguir así la protección efectiva de sus miembros.

El Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante ‘el Convenio No. 169 de la OIT’, ‘el Convenio No.169’ o simplemente ‘el Convenio’), implicó un gran

² NASH, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago. Chile: Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile, 2012. pp. 9. ISBN 978- 19- 0784- 3.

³ MARTÍNEZ Nelson “et al”. La cuestión territorial indígena en América Latina: algunas perspectivas desde Chile y Argentina. *Revista Scielo*. [En línea]. 2015, No. 62. Santiago, Chile. pp. 28. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34022015000300001.

⁴ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, p.5.

avance en la visión y en el trato, tanto de los Estados, como de los Organismos Internacionales hacia los pueblos originarios. Convirtiéndose así, en un verdadero bastión y baremo para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'la Corte Interamericana', 'la Corte', 'el Tribunal', o simplemente 'CIDH'), a la hora de interpretar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos en el ámbito indígena. De esta forma, gracias al entendimiento de la Corte a la hora de juzgar, se han podido mantener y proteger la identidad, formas de vida y organización de estos colectivos que, por años, han enfrentado carencias económicas y sociales, discriminación e incluso exterminio.

La existencia de grupos culturalmente diversos dentro de una sociedad es una tendencia que va indiscutiblemente en aumento alrededor del globo. Los Estados Americanos no constituyen la excepción a este fenómeno, de hecho, “es probablemente aquí, donde los conflictos indígenas se presentan con mayor agudeza y violencia”⁵. Lo anterior, dado el proceso de conquista y asimilación que desde el siglo XV se experimentó.

Chile, vino en ratificar el Convenio No. 169 de la OIT recién el año 2008, sin embargo, su aplicación estuvo presente desde mucho antes, puesto que era concebido como una especie de guía por la Administración y nuestros Tribunales de Justicia.

La presente memoria, tiene por objeto realizar un análisis jurisprudencial de los casos que más notoriedad han alcanzado en el último tiempo sobre la materia en cuestión, tanto en el ámbito local como internacional. Lo precedente, se enmarca dentro dos de las piedras angulares del Convenio, a saber, el Derecho de Propiedad Colectiva de los pueblos indígenas y tribales y en segundo, el Derecho de Consulta y Participación que aquellos tienen sobre las medidas de desarrollo que les pudieren afectar directamente. De esta forma, se concluirá cuál es el camino que ha seguido la CIDH, y si nuestros propios Tribunales de Justicia han seguido o no los mismos

⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Actas: 51° Congreso Internacional de Americanistas*. Santiago. Chile: LOM Ediciones, 2003. pp. 47. ISBN 9978-04-361-6.

criterios a la hora de resolver los litigios. Además, se determinará la influencia que ha tenido el Convenio No. 169 de la OIT en ambos casos.

Se realizará en la parte preliminar de esta memoria, un recuento histórico-normativo de la Cuestión Indígena desde sus albores hasta nuestros días, para luego dar paso a la exposición del Convenio, su origen y el aporte que éste ha significado como cuerpo normativo. Finalmente, para concluir el primer segmento, se explicará someramente el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En segundo lugar, se expondrán una serie de casos paradigmáticos de la Corte Interamericana, donde gracias al empleo del Convenio, se reconocen las prerrogativas especiales que los pueblos originarios detentan tanto en materia de propiedad, como de Consulta y Participación. Asimismo, se realizará un breve análisis de los criterios interpretativos del Tribunal, quien ha evolucionado en su labor, teniendo al Derecho como instrumento vivo y adaptable a las circunstancias particulares del caso en juicio. Para finalizar la segunda parte del texto, se procederá al análisis crítico y examen de la aplicación de los preceptos del Convenio por nuestros Tribunales de Justicia, y es que Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como lo es el Convenio No.169 de la OIT, impulsan a los Estados que se obligan a seguir sus normas, a superar el concepto tradicional que tienen de sí mismos, y a buscar, por tanto, la integración de todos los actores sociales que los conforman, aún cuando estos sean colectivos culturalmente diversos.

CAPITULO I: LA CUESTIÓN INDÍGENA DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO- NORMATIVA. **SOBRE LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL.**

1.1. La espada, la cruz y el Derecho. El surgimiento de la encomienda durante la conquista temprana.

Tal y como se ha escrito frecuentemente, la conquista ibérica del nuevo mundo, “se llevó a cabo mediante la espada y la cruz, pero no por ello dejó de lado el instrumento del derecho”⁶. Desde el principio, el Estado español se esforzó no sólo por legalizar la Empresa Colonial, sino también por legitimarla. Sin embargo, el choque que produjo el encuentro entre dos mundos opuestos, en 1492 produjo sin remedio el despojo a los pueblos aborígenes de sus territorios, “enajenados e infravalorados jurídicamente, mediante la confiscación de sus derechos”⁷, y es que en América, al menos en este período, “el Derecho fue a menudo un instrumento de dominación más que de liberación”⁸

La idea primigenia de la Empresa de Colón había cambiado radicalmente tras dimensionar la envergadura del descubrimiento hecho, en efecto, “el plan inicial de establecer factorías”⁹ mercantiles para facilitar el comercio y el trueque, “había sido sustituida rápidamente por el de instalarse independiente y definitivamente en suelo americano para enriquecerse y así, vivir como hidalgos”¹⁰. No fue extraña entonces la desconfianza de la Corona, que ahora veía como un riesgo al otrora gran descubridor.

Finalmente, tras una larga seguidilla de conflictos, Colón fue sometido a un juicio, que terminó con su arresto y destitución del cargo de Virrey y “con la inobservancia total de las Capitulaciones de Santa Fe”¹¹. De esta manera y finalmente, el ‘Estado

⁶ ROULAND, Norbert, “et al”. Derecho de las Minorías y Pueblos Autóctonos. México D.F. México: Siglo XXI Editores, 1999. pp. 83. ISBN 968- 23- 2201- 4.

⁷ *Ibíd.*, p.80.

⁸ *Ídem.*

⁹ *Ibíd.*, p.81.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ *Las Capitulaciones de Santa Fe son los documentos en los que se consignan los acuerdos que Cristóbal Colón suscribió con el rey Fernando II de Aragón y la reina Isabel I de Castilla el 17 de abril de 1492 en la localidad de Santa Fe de la Vega.*

español' toma las riendas de las operaciones y comienza una política de colonización y poblamiento, la que, sin perjuicio de lo anterior, continuó siendo una empresa eminentemente privada.

Lo cierto es que mientras la Corona, Colón y los propios colonizadores castellanos y aragoneses luchaban por su cuota de poder en América, poco importaban los indios que la habitaban originalmente, "quienes no obstante ser considerados formalmente ante el Derecho como naturalmente libres, en la práctica eran verdaderos esclavos".¹² Lo anterior, puesto que tras la necesidad de mano de obra propia de la Empresa Conquistadora y la ausencia de animales de tiro, se comienza a desarrollar una repartición de la población de Indias para el trabajo forzado, "como pago de tributo real que evidentemente no podían pagar de otra forma".¹³ El Derecho una vez más estuvo presente en este ámbito, y reguló este régimen bajo el nombre de 'Encomienda'. Los indios, eran considerados vasallos de la Corona, pero eran confiados a un colono español, "quien recibía un poder público que implicaba no sólo una verdadera delegación de jurisdicción sino también las facultades más amplias, así, podía obligarlos a trabajar y como contraprestación debía protegerlos, evangelizarlos y pagarles un salario para mantener la ficción jurídica de su libertad".¹⁴

La figura de la Encomienda despertó las conciencias dentro de la iglesia y posteriormente en la corona, generando entonces, "la reprobación de muchos misioneros franciscanos y dominicos, concluyendo finalmente en la promulgación de las Leyes de Burgos y de Valladolid"¹⁵, las que por cierto constituyen la primera codificación de Derecho Colonial respecto de la protección de los indígenas, reconociendo al menos formalmente su libertad, se reguló entonces su salario, su jornada, su Derecho a un capellán, entre otros aspectos. Sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones que dichas normas expresaban, lo cierto es que eran en sí mismas, destructoras de las culturas autóctonas, ya que, "se ordenó la constitución de

¹² *Ídem*.

¹³ ROULAN, Norbert "et al". *Op. Cit.*, p.83.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Ibíd.*, 84.

pueblos en que los indios estaban obligados a vivir con los hombres blancos y según un modo de vida impuesto por ellos”¹⁶. Por otro lado, y aún peor, dichas leyes tampoco fueron respetadas del todo, por el contrario, muchas veces la corona debió ceder a presiones políticas de los colonos en desmedro de las prerrogativas de los indígenas, Así las cosas, esta institución (la encomienda) atravesó todo el siglo XVI y vino a declinar recién en el XVII.

Como se puede apreciar, tras una breve exposición de la primera etapa de la colonización, “el Derecho siempre corrió tras los hechos y tras el velo de la justicia, se legalizaron las prácticas más condenables”¹⁷.

1.2. Sobre las justas razones del proceso de conquista.

En 1493, el papa Alejandro VI dicta la famosa Bula Intercaetera, corpus iuris, que divide las tierras descubiertas y por descubrir entre España y Portugal, con el fin de que la fe católica y la religión fueran “exaltadas y por todos lados amplificadas y difundidas, y que las naciones bárbaras fueran subyugadas y reducidas a la fe”¹⁸. La evangelización como fundamento de la conquista, bastó para que en un principio los indios fueran asimilados a los infieles, como moros y judíos, respecto de los cuales España ya conocía bien la lucha. Empero, surgían diversos inconvenientes de la aplicación de la Doctrina Tomista sobre la guerra justa a los aborígenes, y es que, según el propio Santo Tomás, “si bien los indios eran paganos, lo eran sólo por no haber oído predicar jamás la buena palabra, su infidelidad no era más que negativa”¹⁹ y por lo tanto, no existía justa causa de guerra contra ellos, solamente podrían emplearse la predicación y la persuasión para convertirlos. Con todo, si luego de ser “exhortados o requeridos, los indios permanecían sordos al llamado de Dios, la guerra si sería justa de todas formas”.²⁰

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ *Ibíd.*, 85.

¹⁸ *Ibíd.*, 86.

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ FIGUEROA, María Angélica. Etapa de Expansión del Derecho Común en los Siglos XVI al XVIII. Características Esenciales del periodo. Santiago. Chile: Universidad de Chile, 2010. p.3.

Pero ¿Qué pasaba con los indios ya conversos? ¿Era legítimo seguir aplicando la fuerza entonces o eran hombres libres con todo lo que aquello implicaba? Evidentemente, por razones económicas era imposible el reconocimiento legal de la libertad personal de los indígenas, ya que ello habría significado la ruina de la empresa colonizadora. “Era necesario entonces, llegar a una inferiorización radical de los indios, a una peyorativización que por sí misma fuera capaz de legitimar su sojuzgamiento definitivo”²¹.

Si bien los indios son indefectiblemente humanos, pues “es necesario que estos tengan alma para ser salvados y convertidos”²², no lo son completamente, en efecto, para Sepúlveda los indios son verdaderos homúnculos, sub-humanos, “debido a prácticas como la antropofagia”²³, o los sacrificios humanos, la guerra en su contra es justa, incluso antes de la evangelización, pues son, en definitiva, bárbaros y como tales esclavos por naturaleza.

La posición de Sepúlveda no fue pacífica en doctrina, por el contrario, un arduo debate se desató en la isla de Santo Domingo en 1511, cuando los dominicos denuncian los abusos que la situación de la Encomienda generaba a los indígenas. Comienzan así las denominadas ‘Polémicas de Indias’, que no son sino discusiones sustentadas entre las posiciones de teólogos, filósofos y juristas del *Ius Commune* por una parte, a los que se enfrentan exponentes de la Escuela del Derecho Natural. El tema controvertido inicialmente, es el maltrato a los indios americanos, “el que sería injusto en razón de su condición de hombres libres reconocida en la ley de 1501 dictada por Isabel la Católica”²⁴. Los principales exponentes de la reivindicación de los derechos indígenas aquí son, San Isidoro de las Casas, obispo de Chiapas, quién era partidario incluso de la devolución de las tierras inicialmente confiscadas por herejía a los indios y posteriormente, en la misma línea que De las Casas, se une a la discusión Francisco

²¹ ROULAN, Norbert “*et al.*”. *Op.Cit.*, p.87.

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.*

²⁴ FIGUEROA, María Angélica. *Op. Cit.*, p.5.

de Vitoria, con su teoría de la libre circulación de los pueblos y la procedencia únicamente de la guerra defensiva contra los indios. “El avance de las polémicas de indias y el trabajo normativo que se dio en un comienzo (Leyes de Burgos) en 1512 no había logrado producir un mejoramiento en los hechos respecto de la condición de los indios. Se realiza así, la Junta de Valladolid”²⁵, que dan origen a su vez a las denominadas Leyes Nuevas, con las cuales empero, tampoco logró abolirse la encomienda, pero si al menos regularse de manera mucho más exhaustiva.

El profesor Gonzalo Vial plantea que, “si bien las sociedades nos parecen semilleros de desigualdades, en todo tiempo ellas se han esforzado por lograr la igualdad en la tierra”.²⁶ Este intento nivelador ha tenido diversos enfoques en las distintas épocas, funcionando con mayor o menor éxito en diversos casos. Un ejemplo de ello es la evangelización de la Conquista Americana temprana, donde se pretende unificar tanto en el ámbito religioso como político a los pueblos endémicos de las Indias. Sin embargo, lo cierto es que el intento uniformador de la Corona Castellana en América, no hizo sino destruir en gran medida a las culturas autóctonas, asimilándolas a la dominante, mediante instituciones como la ya tratada Encomienda. “No es extraño entonces, que tras los primeros 50 años de contacto con los hispanos, hayan muerto dos tercios de la población indígena en la Araucanía”²⁷, una vez más, a pesar de las buenas intenciones, poca igualdad efectiva se logró, ya que como se ve la protección y los derechos que como hombres libres detentan los indios quedaron sólo en el texto de la ley. Así mismo, “podemos decir que ya en el siglo XVIII y con el declive de la religiosidad católica en la sociedad española, se genera un profundo desprecio por la sangre indígena y mestiza”²⁸, que se propaga rápidamente entre los criollos del nuevo continente.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ VIAL, Gonzalo. *Teoría y práctica de la igualdad en América*. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1964. pp. 91.

²⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA. *Derechos de los pueblos indígenas de Chile. Informe del programa de Derechos indígenas*. Santiago. Chile: LOM Ediciones, 2003. pp. 160. ISBN. 956-282-608-2.

²⁸ VIAL, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.138.

1.3. Chile y el Derecho Republicano como instrumento asimilador de las minorías. Sobre la Pacificación de la Araucanía en nuestro país.

Nos referiremos en este apartado, para profundizar y sintetizar un tema tan amplio y complejo, exclusivamente a la situación del Pueblo Mapuche, que por un lado y en la actualidad es el conflicto que más ha dado que hablar en nuestro país y que por otro, la mayoría de los fallos nacionales analizados en esta tesis tienen a sus miembros como protagonistas.

Tal y como ya se explicó, la Reina Isabel la Católica determinó el año 1501, que los indígenas del nuevo mundo tuvieran la condición de súbditos libres de la Corona Castellana, estando por ello sometidos al pago de tributos personales. No obstante, respecto de ciertas poblaciones específicas como el caso de los ‘Caribes’ y de los ‘Araucanos’ de Chile, si era procedente la esclavitud, “establecida a modo de sanción a la supuesta comisión de delitos contra la Ley Natural como la antropofagia en el primero de los ejemplos dados, y en el caso de los ‘Mapuche’, a causa del rechazo a la soberanía política del monarca”.²⁹

El tratamiento que el Chile Republicano dio a los indígenas se inicia con la declaración de su igualdad jurídica con el resto de la población, “mediante el Decreto dictado por Bernardo O’Higgins el 4 de marzo de 1819”³⁰, que disponía que “los indígenas eran ciudadanos chilenos y libres como todos los demás habitantes del Estado, concurriendo por sí mismos a la celebración de toda clase de contratos”³¹. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como podría esperarse, esta nueva asimilación al superestrato cultural, ahora Republicano, no surtió el efecto deseado. Así es que, comenzaron a celebrarse diversos contratos entre indígenas y civiles, donde los primeros transferían el dominio de sus tierras por un valor muy inferior al justo precio. Fue en virtud de lo anterior, “que finalmente se limitó la libertad contractual de estos

²⁹ FIGUEROA, María Angélica. Estatutos Jurídicos de la población hispanoamericana durante la vigencia del Derecho Indiano. Santiago. Chile: Universidad de Chile, 2010. p.19.

³⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA. *Op.Cit.*, p.161.

³¹ *Ídem*.

pueblos (personas), debiendo ser autorizadas toda clase de transferencias, por un funcionario público.”³²

Mientras se vivía este proceso de unificación en la joven República de Chile, paralelamente se producía un fenómeno contradictorio y mucho más significativo, la ocupación militar del territorio Mapuche por el Estado y la posterior radicación de los indígenas en reducciones. Se da inicio entonces, a la ‘Pacificación de la Araucanía’, “con la dictación por el Congreso Nacional de una Ley que declaraba fiscales las tierras de dicho territorio”³³, sin perjuicio del deslinde y otorgamiento de títulos sobre tierras ocupadas por los indígenas. De esta forma, los Mapuche fueron confinados en diversas reducciones, a un total de quinientas mil hectáreas, cuando su territorio original era de unos diez millones. Son evidentes las consecuencias catastróficas a nivel socio cultural que se produjeron. Los Mapuche, tradicionalmente migrantes, fueron “sedentarizados y forzados a cambiar su economía originalmente ganadera y recolectora, a la agricultura, fueron así mismo escolarizados y una vez más evangelizados”³⁴.

La división de tierras no acabó ahí, pues “tras una larga política de colonización y sucesivas sub-divisiones de las comunidades en hijuelas individuales”³⁵, el modelo de partición tuvo su auge en el Gobierno Militar, “época en que se dictó una legislación que dividía una vez más casi la totalidad de las comunidades reduccionales existentes”³⁶. El objetivo de esta legislación era acabar con el estatus especial que tenían los indígenas y sus tierras, integrándolos al régimen común de Derecho Nacional.

El nuevo embate que el minifundio constituyó para a la cultura Mapuche, reorganizada de manera forzosa por tercera vez en su historia, hizo que esta se

³² *Ídem.*

³³ *Ibíd.*, p.162.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

empobreciera rápidamente en el medio rural, migrando entonces a centros urbanos con todas las consecuencias que aquello implicó.

1.4. Sobre la necesidad de protección jurídica de los derechos indígenas. en el ámbito nacional e internacional.

Tras un breve análisis del fenómeno de la Conquista Española en América y la posterior Pacificación en la República de Chile, vemos como el Derecho desde el comienzo, amparó una situación de privilegio de un grupo por sobre otro. Modificando radicalmente aquellos modos de vida que los indígenas habían tenido ancestralmente, Hoy en día conocemos el valor de la diversidad y el Derecho ha sabido redimirse, tanto en su esfera nacional como internacional.

Cabe destacar la existencia de una estrecha relación entre vulnerabilidad y Derecho. Éste, como orden jurídico del Estado, receptor de las demandas y guardián de las necesidades de las personas que conforman una sociedad, les brinda protección a través de sus órganos e instituciones.

Los pueblos indígenas y tribales, pertenecen por regla general a los sectores más pobres de las sociedades en las que viven y constituyen un gran porcentaje de víctimas de Derechos Humanos, violencia y discriminación. Dada su especial situación de riesgo, el Derecho, como sistema, debe asegurar la protección de sus prerrogativas, en el mismo sentido que al resto de la población, alcanzando de esta forma, el mayor nivel de igualdad posible de todos sus miembros.

El Estado moderno reconocía la existencia de grupos diversos dentro de él, pero hoy se va más allá, y los Estados no sólo reconocen y toleran la existencia de estos grupos, sino que se conciben a sí mismos como un conjunto de colectivos heterogéneos que deben ser valorados, mas, el camino para así concebir lo expuesto, ha sido más lento quizás, de lo que dichos grupos han requerido. Es de esta forma, como la idea de igualdad que en la actualidad prevalece, no encuentra sustento en

doctrinas asimilacionistas que propenden a dotar de un carácter material a la misma, sino que más bien, aquella se cimienta en una construcción mucho más compleja, a saber, la Isonomía. La anterior, se ha entendido como la concepción de igualdad a la que se le ha considerado más justa, donde se reputa que, “ante la ley se debe tratar como iguales a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias o condiciones y, consecuentemente, de forma diversa a aquellas que se estén en situaciones diferentes”³⁷. Ello sin caer en discriminaciones arbitrarias.

La valoración de las comunidades indígenas como grupos intermedios (colectividad), dentro de los Estados, es un claro ejemplo de lo precedente. Las mismas, tienen una especial relación con el ecosistema que habitan, pues no sólo dependen económicamente de la tierra y los recursos que esta provee. La cosmovisión indígena, contrario a la lógica occidental, otorga a la naturaleza y sus fenómenos un valor socio-cultural y muchas veces religioso. Las comunidades en cuestión, sienten un apego espiritual especial hacia el territorio que han ocupado tradicionalmente.

El Derecho Internacional, en ocasiones más visionario que el local de los Estados. Ha avizorado desde mucho antes las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a los grupos mencionados, y ha protegido sus prerrogativas, gracias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ya sea a través de tratados específicos como el Convenio No. 169 de la OIT, o bien, gracias a la inclusión interpretativa que hacen las instituciones y los órganos jurisprudenciales internacionales del catálogo de derechos, que instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos consagra. Así, el Derecho Internacional, ha logrado permear al Derecho Interno de los Estados en pos de los requerimientos de sus miembros.

En segundo lugar, cabe destacar que los derechos colectivos indígenas ya mencionados, forman parte de lo que conocemos como Derechos Humanos, pues surgen de la dignidad inherente de toda persona. Entre ellos, podemos mencionar el derecho a la vida e integridad, la propiedad y posesión pacífica los territorios

³⁷ DE LA CRUZ, Alicia. Teoría Constitucional. Santiago. Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2010. p.34.

ancestralmente ocupados, al idioma, cultura, religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo.

Así, los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales que los protegen, se yerguen como prerrogativas que se tienen frente al poder estatal, y que limitan el ejercicio de este último. En tal sentido, “son el lindero preciso entre la legítima acción del Estado y la conducta lícita de sus agentes”³⁸, la salvaguarda de la persona y grupos intermedios, frente al ejercicio arbitrario del poder público. A saber, los mismos no sólo han sido considerados dentro esta dimensión negativa o limitativa con el Derecho Nacional, sino que hoy por hoy, son considerados como patrón a seguir, permeando la realidad de los Estados. Un ejemplo de lo anterior, es precisamente el Convenio No. 169 de la OIT, cuyas normas fueron utilizadas por Tribunales Chilenos, aun antes de su ratificación.

Finalmente, dado que el Derecho debe ser un ente redentor, protector de aquellos grupos especialmente vulnerables, es que no sólo existe la necesidad de reconocer jurídicamente a dichas comunidades, sino también la de reivindicar aquello que ha sido despojado, y corregir los errores cometidos por el mismo en diversos momentos de la historia.

CAPÍTULO II: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL E INTERNO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1. Sobre la existencia y obligatoriedad del Derecho Internacional para los Estados. Monismo y Dualismo.

El profesor Santiago Benadava, define Derecho Internacional como “aquel orden jurídico de la comunidad de Estados o aquel conjunto de reglas y principios jurídicos

³⁸ *Ibíd.*, p.36.

que rigen las relaciones entre los mismos”³⁹ y teniendo en cuenta que, en la actualidad, existen cerca de 200 Estados soberanos o independientes⁴⁰, no es de sorprender el gran y progresivo interés que ha despertado como rama del Derecho a través de los años. Sin embargo y dadas sus características especiales, muchas veces a lo largo de la historia se ha cuestionado la obligatoriedad de sus normas, desconociendo y rechazando el carácter jurídico del mismo. Hoy, después de diversas catástrofes que han asolado a la humanidad en los dos últimos siglos y debido a la necesidad de la existencia de un ordenamiento jurídico que regule las complejas y estrechas relaciones económicas entre los diferentes Estados, es que se ha superado aquella visión y nadie duda que, el Derecho Internacional es efectivamente un “orden jurídico y no un sistema de reglas morales o de cortesía. En efecto, las Naciones tienen sus normas por obligatorias, las cumplen habitualmente, las invocan en sus diferendos; los tribunales internacionales las aplican como Derecho y los Tribunales Nacionales las consideran parte de su Derecho Interno”⁴¹.

Afirmada la existencia del Derecho Internacional, cabe examinar la relación entre este y el Derecho Interno de cada Estado. Respecto de este punto, podemos decir que existen dos vertientes conocidas como Dualismo y Monismo.

Por un lado, la Teoría Dualista sostiene que El Derecho Internacional y El Derecho Interno “son dos órdenes jurídicos diferentes y separados el uno del otro: el Derecho Internacional emana del acuerdo entre Estados, mientras que el Derecho Interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado”.⁴² En este sentido, y valga la redundancia, no hay mayor poder que el Estado, por consiguiente, la fuente del Derecho internacional no es la subordinación, sino la coordinación de unidades soberanas, es decir, su obligatoriedad surge de la compulsión de la Comunidad Internacional. Por lo tanto, cada uno de estos órdenes sólo es válido dentro de su

³⁹ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago. Chile: Editorial Lexis Nexis, 2004. p.1. ISBN 956-238-486-1.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 4.

⁴² *Ibíd.*, p.77.

propia esfera. Así, “las normas de Derecho Internacional no son parte del Derecho de un Estado, ni aplicables directamente dentro del mismo a menos que dicha Nación cree una norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su orden jurídico”.⁴³

La Teoría Monista en tanto, cuyo mayor exponente es Hans Kelsen, sostiene que todo el Derecho constituye una unidad normativa, y por lo tanto las normas están subordinadas jerárquicamente unas a otras. En este caso, el Derecho Interno está subordinado al Derecho Internacional y, entonces “una norma de Derecho Internacional puede ser automáticamente aplicable en el plano interno si se basta a sí misma”.⁴⁴

Es importante destacar que “el Derecho Internacional no impone a los Estados una modalidad determinada para introducir sus normas en el plano interno; sólo les impone la obligación de asegurar el cumplimiento de las reglas de Derecho Internacional. Corresponde, pues, a cada Nación establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa”.⁴⁵ Tal y como veremos en el siguiente acápite.

2.2. Sobre la incorporación de los Tratados Internacionales en la práctica. El caso de Chile y el Convenio No.169 de la OIT.

Antes de analizar el modo en que las normas internacionales adquieren validez en nuestro ordenamiento jurídico interno y por lo tanto puedan ser invocadas directamente por nuestros Tribunales de Justicia, es necesario establecer y aclarar las diferencias entre las normas internacionales y nacionales, así, por un lado podemos definir a un Tratado Internacional como aquel “acto jurídico en que concurren las voluntades de dos o más Estados u Organismos Internacionales, mientras que la Ley consiste en aquella expresión unilateral de la voluntad de los

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ *Ibíd.*, p.80.

órganos colegisladores de un Estado”.⁴⁶ Ambos cuerpos normativos se relacionan y complementan entre sí. Sin embargo, aplicar esta distinción no ha sido tarea fácil en Chile, por el contrario, separar ambas instituciones y con ello perfeccionar en el ámbito interno las herramientas de recepción, ha significado no sólo un intenso debate doctrinario sino también la puesta en marcha de todo el mecanismo jurisprudencial y legislativo, que como veremos más adelante ha reformado el sistema en general.

Como dijimos anteriormente, el Derecho Internacional no impone a los Estados una forma o modalidad específica de recepción del Tratado en cuestión; sólo les exige el cumplimiento cabal del mismo, dejando que cada uno de ellos adopte las medidas internas que le parezcan necesarias o útiles para cumplirlo. Así, un Estado puede dictar una ley que contenga disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones contraídas o para el ejercicio de los derechos adquiridos por el Tratado.

Por otro lado, existen tratados que, antes de ser ratificados, deben ser aprobados por el Parlamento u otro órgano interno competente, estos se incorporan habitualmente en el orden jurídico interno mediante una formalidad determinada. “En nuestro país, tal formalidad es la promulgación y publicación”⁴⁷. Cumplida esta formalidad, el Tratado pasa a tener en el plano nacional valor y fuerza de ley y debe ser aplicado como tal. Sin embargo, esto ocurriría sólo respecto de:

*Aquellos tratados que revisten el carácter de self-executing, es decir, siempre que cumplan con la precisión normativa suficiente para ser aplicados directamente por los tribunales o autoridades Administrativas. En cambio, si el Tratado es non-self-executing será necesario, además, que se dicten normas legislativas para su aplicación interna.*⁴⁸

Con todo, cabe destacar, que la clasificación anteriormente realizada no sólo se aplica a un Tratado en su totalidad. Lo cierto es que un mismo Tratado Internacional,

⁴⁶ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, 18.

⁴⁷ BENADAVA, Santiago. *Op. Cit.*, 84.

⁴⁸ *Ídem*.

puede contener normas autoejecutables y otras que no lo sean, un ejemplo claro de esto, es precisamente el Convenio No. 169 de la OIT.

De acuerdo con el Derecho Comparado es la Constitución Política, (en adelante CPR o simplemente la Constitución), la que determina por regla general la aplicabilidad de las normas internacionales en el Derecho Interno⁴⁹, Chile evidentemente no es la excepción, sin embargo, es atingente decir una vez más que nuestro país ha completado y perfeccionado ostensiblemente sus herramientas de recepción a través de los años. A modo de ejemplo, “la Carta Magna de 1980 se caracterizó por tener varios vacíos normativos en el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales”⁵⁰. De hecho, el Artículo No. 50.1 prescribía sin más que dicho procedimiento “ante el Congreso se someterá a los tramites de una Ley”⁵¹ y aquello implicaba graves consecuencias prácticas e incertidumbres a la hora de aplicar dichos instrumentos internacionales, sobre todo a la hora de determinar “qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de nuestras normas”.⁵²

El Convenio No. 169 de la OIT, no fue irrelevante en esta materia. Por el contrario, dicho Tratado Internacional es un ejemplo claro de cómo el Derecho Internacional ha influido en nuestro Derecho Doméstico, tanto desde un punto de vista práctico, al modificar el procedimiento administrativo ambiental⁵³ como teórico, ya que fue gracias a él o más bien a las dificultades a que conllevó su aplicación en nuestro país, que se dio inicio a un arduo debate doctrinal sobre la jerarquía que debían ocupar los tratados internacionales en el Derecho Sectorial. En efecto, “la falta de especificidad del procedimiento de incorporación ya mencionado, llevó al Tribunal Constitucional (en adelante TC) a interpretar el Artículo No. 50 de la CPR. Lo anterior,

⁴⁹ NASH, Claudio. *Op.Cit.*, 15.

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ *Ídem.*

⁵² *Ídem.*

⁵³ MILLÓN, Paula. y CÉSPEDES, Rodrigo. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Doméstico Chileno, Revista Derecho Público Iberoamericano. [En línea]. 2015, Vol. VII. Santiago. Chile: Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. pp. 83. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2015/10/Paula-Millon-y-Rodrigo-Cespedes-Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-y-derecho-dom.pdf>

a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio en julio del año 2000, puesto que los tratados en el ordenamiento jurídico nacional tenían un tratamiento idéntico al de una norma con rango legal. De esta manera el TC, tras armonizar dicho Artículo con el 63 de la CPR, aparentemente contradictorio a aquel, ordenó la división respecto a la votación del proyecto, de acuerdo con la naturaleza de sus normas”⁵⁴

El debate académico y los problemas que generaba la falta de definición de la Constitución de 1980 respecto al procedimiento de incorporación de tratados internacionales, concluyó en el año 2005 con una reforma del Artículo No. 50 .1 y a la introducción de un nuevo Artículo No. 54.1 que prescribe someramente;

Son atribuciones del congreso (...) aprobar o desechar Tratados Internacionales que le presente El Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un Tratado requerirá, en cada cámara, de los quorum que corresponda, en conformidad al Artículo No. 66 y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley ⁵⁵.

Este último punto es relevante pues tras la nueva redacción constitucional “se distinguen finalmente Ley y Tratado como fuentes de Derecho diversas, en cuanto a su mecanismo de adopción como rango normativo”⁵⁶, es decir, se reconoce la especificidad de cada una y hace aplicables a la tramitación legislativa de los proyectos sobre aprobación de tratados, las disposiciones sobre formación de leyes sólo en lo que sea únicamente pertinente.

⁵⁴ Interpretando ambas normas en forma armónica y teniendo en vista la finalidad perseguida por ambos preceptos, es perfectamente conciliable el propósito pretendido por el artículo 50, N° 1), con la obligación que deriva del artículo 63. De esta manera, interpretando ambas normas constitucionales de forma razonable, fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza - se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.

⁵⁵ Constitución Política De La República De Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 24 de octubre de 1980. Artículo N° 66.

⁵⁶ NASH, Claudio. *Op.Cit.*, 17.

Así mismo, tras el análisis de los argumentos del requerimiento que realiza el TC, fuerza es concluir que las disposiciones del Tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza – “se aprobarán o rechazaran aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del Tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del mismo hubiesen sido aprobadas en ella”. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo. “Esta es la voluntad de la Constitución y todo esfuerzo que se haga con el objeto de hacer realidad esta voluntad suprema debe ser considerado como su fiel expresión”⁵⁷

CAPÍTULO III: DEL CONVENIO N°169 COMO UN TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

3.1. Sobre la historia del Convenio No.169 de la OIT. Nuevos aires en el plano nacional e internacional.

La OIT se creó en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y su papel primordial fue promover la justicia social, el Derecho a la libre sindicación, el Derecho a la negociación colectiva. A simple vista, parece evidente que esta organización está mucho más ligada a la creación de normas reguladoras del trabajo que a generar instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, desde 1920 fue surgiendo la preocupación por el mundo rural. Fue gracias a ese repentino interés, que se descubrió en el campo la existencia de fenómenos sociales similares a los campesinos, pero que no eran iguales. “Por eso, en 1957, se aprobó un Tratado sobre poblaciones indígenas y tribales, conocido como el Convenio No. 107”.⁵⁸ Empero, con el pasar del tiempo fue objeto de diversas críticas al ser un reflejo de la política dominante en aquel tiempo, a saber, el paternalismo y la integración o asimilación en

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ GÓMEZ, Magdalena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En: Mikel Berraondo, *Los Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, 2° Ed. Bilbao, España: Universidad de Deusto. 2006. **Vol XIV**. pp. 133. ISBN 84-9830-058-4.

el marco de un ideal proteccionista. Esto significaba que, “al asumirse ciudadanos los miembros de los pueblos indígenas, tenderían a desaparecer dichos pueblos como tales”.⁵⁹

En el siguiente apartado, se expondrá de manera muy acotada la historia del Convenio No. 169 de la OIT, tanto en el ámbito nacional, “donde representaba en 1990 *un requisito indispensable para asumir los compromisos asumidos por la reciente democracia que se instalaba en el país*”.⁶⁰ Como en el ámbito internacional, donde surge como remedio a los defectos del antiguo Convenio No. 107 y se yergue como un bastión fundamental en la lucha por la reivindicación de los derechos indígenas.

El Convenio N°169 de la OIT, fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el año 1989 y a partir de ese momento, diversos países tanto europeos como latinoamericanos lo ratificaron, entre ellos, Dinamarca (1996), Noruega (1990), Perú (1994), Bolivia (1991), México (1990)⁶¹, entre otros. Sin embargo, Chile no ratifica el Convenio sino hasta septiembre del año 2008, y finalmente, entra el vigor un año después, el 15 de septiembre del año 2009. Aunque, “*se dice que sus disposiciones debían orientar el actuar de los Órganos del Estado hasta esa fecha*”.⁶²

Este Tratado Internacional vino a cambiar el paradigma y la visión que se tenía de los Pueblos Originarios hasta ese momento, “desde la asimilación a la autonomía”⁶³. Mejorando de manera consistente el trato hacia ellos por parte de los Estados y reivindicando sus Derechos como Sociedades Permanentes. En efecto, una de las diferencias fundamentales entre ambos Convenios, es la evolución de la idea de que

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ DONOSO, Sebastián. Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. *Temas de la Agenda Pública*. [En línea]. 2008, **Vol. III** (16). Santiago. Chile: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 4. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/chile-y-el-convenio-169-de-la-oit-reflexiones-sobre-un-desencuentro.pdf>.

⁶¹ CENTRO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESARROLLO DEMOCRÁTICO DE MONTREAL. Pueblos indígenas y tribales. *Guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT*. 2009. Vol. I. Montreal, Canadá.p.2.

⁶² Corte De Apelaciones De Valdivia, “Caso Ducto Celco”, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol N°148-2010.

⁶³ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, 28.

las Poblaciones Indígenas y Tribales eran sociedades temporales que estaban destinadas a desaparecer por efecto de la modernización, a una en la que se destaca que los Pueblos Indígenas y Tribales son sociedades permanentes, donde, “el Estado reconoce la diversidad cultural y étnica que constituyen, en lugar de empeñarse en la asimilación a la sociedad dominante”.⁶⁴ De la misma forma, el nuevo Régimen Democrático Chileno de los noventa, sintonizaba, “con el radical giro que tendría la Política Pública hacia los indígenas y daría sustento al Principio de Discriminación positiva que sería el pilar fundamental de la nueva política de los Pueblos Originarios”.⁶⁵

3.2. ¿Por qué es un Tratado Internacional de Derechos Humanos? Sobre su contribución al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La historia de los pueblos indígenas “ha estado marcada por situaciones de discriminación y exclusión por parte de los Estados de los que forman parte, lo que se ha traducido en continuas violaciones de Derechos Humanos”.⁶⁶ A fin de remediar esta situación y lograr finalmente igualdad en las diversas sociedades, los sistemas jurídicos cuentan tradicionalmente con dos formas de garantizar el goce y ejercicio de los derechos; la primera, es a través de normas jurídicas y, la segunda, es por medio de los fallos que emanan de los tribunales internacionales. De esta manera, “hay importantes avances en materia jurisprudencial que se han plasmado en sentencias emitidas por Órganos de Derechos Humanos a nivel internacional”.⁶⁷

Lo cierto es que tanto los fallos como los Instrumentos Internacionales han contribuido en gran medida a dejar atrás los paradigmas tradicionales de las sociedades actuales, para dar paso a nuevos conceptos de los que el Derecho Interno, a pesar de las dificultades para lograrlo, ha debido asimilar. Ejemplo de aquello es la superación del concepto liberal de propiedad, entendida como un atributo inherente al

⁶⁴ *Ibíd.*, p.3.

⁶⁵ DONOSO, Sebastián. *Op.Cit.* p.4.

⁶⁶ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, p. 8.

⁶⁷ *Ibíd.*, p.9.

individuo, por aceptación de la Propiedad Colectiva Indígena o la superación del rigor que implica el positivismo jurídico, por el reconocimiento de derechos consuetudinarios ancestrales detentados por los pueblos autóctonos, finalmente, el Principio Autodeterminación de los Pueblos, consagrado constitucionalmente en diversas Naciones del continente americano y que tiene como piedra angular al Derecho a la Participación y Consulta Previa en aquellas medidas legislativas y/o administrativas o proyectos de desarrollo que les afecten directamente.

El Convenio, es casi el único Tratado Internacional específico sobre derechos de los pueblos indígenas y si bien surge en el marco de la OIT, no cabe duda alguna que es un Tratado de Derechos Humanos, en tanto consagra y da contenido a Derechos Humanos y, como tal, “ha sido incorporado a la normativa aplicable que viene siendo utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para interpretar sus propias normas”.⁶⁸

El Convenio “ha incorporado estándares para la protección de los derechos de los pueblos indígenas”⁶⁹, consagrando definitivamente la existencia de derechos colectivos, es decir, se reconoce finalmente en un Instrumento Internacional, que el ejercicio de ciertas facultades sólo puede entenderse en una perspectiva colectiva cuando nos encontramos ante comunidades autóctonas o tribales.

3.3. El surgimiento de nuevos paradigmas del Convenio No. 169 de la OIT. De la Propiedad y Consulta como piedras angulares del Tratado.

Tras la Segunda Guerra Mundial, catástrofes humanitarias, exterminios masivos y hambrunas generalizadas acaecidas en Europa en la década de 1940, comenzaron a despertar la idea de que “el Gobierno Internacional debía cambiar para que las formas más extremas de violencia contra las personas fueran definitivamente

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ *Ídem.*

proscritas”⁷⁰. El Derecho Internacional se levanta más robustecido que nunca y “pasa a considerar a las personas individuales y sobre todo a los grupos dentro de las naciones como objeto de sus normas”⁷¹.

Por un lado “el Derecho Internacional fue progresivamente aumentando su competencia en la organización y la regulación de materias económicas, sociales y ambientales”⁷², y por otro, las Organizaciones Internacionales e incluso algunos movimientos sociales o grupos de presión especiales dentro de las fronteras de los propios Estados fueron tomando mayor relevancia en ámbito internacional. Aquello, sin duda vino a alterar la forma y la dinámica tradicional tanto del Estado como de la sociedad dentro de él, ya que la percepción uniforme que se tiene de Estado-nación y sus miembros era primigeniamente incompatible con el surgimiento de nuevos actores sociales dentro de sus límites.

Así las cosas, “el Estado se convirtió en una arena fragmentada de elaboración de políticas, permeado tanto por los grupos internacionales, como por fuerzas domésticas dentro del mismo”.⁷³

Fue dentro de este contexto de transformación, en que fue concebido El Convenio No.107 de la OIT en 1957. Este, implicó un sustancial avance en materia de derechos indígenas, al ser el primer Tratado que se preocupaba específicamente de ellos. En efecto, uno de los aportes del antiguo Convenio es que se utilizó por primera vez el concepto de Población Indígena como colectividad, se estableció el Derecho a la Igualdad con los ciudadanos de los Estados Nacionales y “se reconocieron finalmente una serie de derechos específicos como la Propiedad Colectiva de la tierra,

⁷⁰ VELÁSQUEZ, César. *Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización*. *Revista Chilena de Antropología*. [En línea]. 2011, **Vol. VIII**. Santiago, Chile. pp. 28. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.revistadeantropologia.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewFile/17597/18362>

⁷¹ *Ídem*.

⁷² *Ídem*.

⁷³ *Ídem*.

el Derecho a la Educación en la lengua materna y, por último, la existencia del Derecho Consuetudinario y previo al Positivo”,⁷⁴

Con todo, aun siendo un Tratado Internacional sumamente avanzado, lo cierto es que estaba empapado por el paternalismo y por una política asimiladora, causada por el arraigo a los términos heredados de la modernidad y a la conciencia nacional como un colectivo de semejantes, esto por supuesto, implicaba la extinción de la cultura de los pueblos autóctonos de América al asumirlos sin más como conciudadanos.

Al buscarse la integración o asimilación a la Sociedad Nacional, “los reconocimientos hechos perdían fuerza y se atentaban contra la supervivencia de los pueblos indígenas”⁷⁵. Finalmente, en la década de los ochenta, el antiguo paradigma “era abiertamente insostenible ante el empuje del movimiento indígena en busca del reconocimiento a su autonomía y libre determinación”⁷⁶. La OIT inició un “proceso de revisión del Convenio No. 107 y pronto dio cuenta de la necesidad de elaborar un nuevo convenio”⁷⁷.

En el presente apartado, se expondrán las razones por las cuales se sostiene que el Convenio No. 169 de la OIT, levanta nuevos paradigmas y por tanto insta a los Estados que lo ratifiquen a superar los tópicos heredados del liberalismo moderno.

En primer lugar, el Convenio establece el Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales a tener una existencia perdurable y diferente, a conservar sus costumbres e instituciones, inclusive los métodos tradicionalmente utilizados para reprimir delitos cometidos por sus miembros, siempre y cuando claro está, estos no sean incompatibles con los Derechos Fundamentales definidos por el Sistema Jurídico Nacional, ni con los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

⁷⁴ GÓMEZ, Magdalena. *Op. Cit.*, p.135.

⁷⁵ *Ídem.*

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ *Ídem.*

Los Pueblos Indígenas y Tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Es por ello, “que la garantía del Derecho a la Propiedad Territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas”.⁷⁸

Así las cosas, la falta de protección del Derecho de Propiedad sobre las tierras y territorios que tradicionalmente han ocupado, así como su uso y posesión efectivos, constituye un obstáculo para el goce y ejercicio de otros Derechos Humanos, de modo tal que se yergue como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, entre otros.

Con todo, tal y como se examinará en los casos en estudio de este trabajo. Cabe destacar que el alcance geográfico no es la única dimensión de la Propiedad Consuetudinaria Indígena, sino por el contrario, estamos frente a un Derecho complejo que posee diversas caras o facciones. Entre ellas podemos mencionar, la titulación y delimitación efectiva, la seguridad jurídica de dichos títulos, la resolución de conflictos con los terceros ajenos a las etnias que ocupan los territorios, el traslado forzoso o violento, la reivindicación de tierras, la dimensión espiritual de la misma, etcétera.

Otra piedra angular del Tratado en cuestión, que garantiza la igualdad y participación de los pueblos indígenas en las sociedades dominantes a las que pertenecen, y que por ello supera paradigmas paternalistas, protegiendo a su vez la integridad cultural, social y económica es la Consulta Previa, y es que los pueblos Indígenas y Tribales tienen derecho a ser consultados de buena fe y mediante

⁷⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Publicaciones Colaborativas, 50 años de los Derechos Humanos. [En línea]. 2010, Vol. I. Madrid. España: Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. p. 15 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas respecto de decisiones susceptibles de afectarles directamente.

La Consulta Previa, consagrada en los Artículos Nos. 6 y 7 del Convenio, es muy a grandes rasgos, el “Derecho Fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios”⁷⁹

El Convenio No. 169 de la OIT no ha hecho sino superar el enfoque asimilacionista e integracionista de antaño, promoviendo el respeto a las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el Derecho Consuetudinario de los pueblos autóctonos. “Asume que estos pueblos, seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales, pero manteniendo su propia identidad y estructura. Asimismo, se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado”⁸⁰

CAPÍTULO IV: SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN

GENERAL.

Antes de entrar de lleno en la historia, funciones y órganos del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, es importante destacar que este no tiene ni la capacidad, ni el rol de solucionar por sí sólo los graves problemas que históricamente han afectado a los pueblos indígenas y tribales en el continente, “ya que, aquella esta es una obligación de los Estados en su Derecho Interno”.⁸¹ Aquellos, son los llamados a construir una política pública que derribe los paradigmas clásicos, a innovar, creando en primer lugar instituciones necesarias para poner en práctica los tratados que

⁷⁹ UNIVERSIDAD DE ROSARIO. ¿Qué es la Consulta Previa? Cátedra Viva Intercultural. [En línea]. 2010, Vol. I. Bogotá. Colombia: Universidad DE Rosario. p. 15 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>

⁸⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS Y EL DESARROLLO DEMOCRÁTICO MONTREAL. *Op.Cit.*, p.2.

⁸¹ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, p. 42.

ratifican, y en segundo reformar las instituciones antiguas si es que aquellas implican más un obstáculo, que impulsoras del orden y de la paz social.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, está basado en tres instrumentos: “La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de los Derechos del Hombre”.⁸² Esta última es especialmente relevante, pues se ha consolidado como el pilar fundamental de dicho Sistema.

Podemos definir a la Convención Americana de Derechos Humanos, (en adelante ‘CADH’ o simplemente ‘la Convención’) como un Tratado Internacional y como tal, vinculante para los Estados parte, en el cual se establecen en primer lugar, “las obligaciones que tienen aquellos en materia de Derechos Humanos, constituido por un catálogo de derechos y en segundo, por el establecimiento de órganos de protección de su mismo cuerpo normativo”.⁸³ Este Instrumento fue aprobado el 21 de noviembre de 1969, bajo la denominación de Pacto de San José de Costa Rica, y entró a regir el 18 de julio de 1978.

Si bien el Artículo No. 1 de la CADH establece dos importantes obligaciones para los Estados parte, a saber, respetar los Derechos Humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y garantizar el ejercicio y goce de los mismos. Lo cierto es que la Convención no abordó la Cuestión Indígena de manera directa ni los derechos de dichas comunidades. Estos han cobrado especial relevancia en los años venideros, gracias al tratamiento y preocupación de tratados internacionales como el Convenio No. 169 de la OIT y al razonamiento de la Corte Interamericana, quien, a través de su labor juzgadora, ha sabido interpretar las normas de la Convención, teniendo los conceptos y principios del ya citado Convenio.

⁸² AYLWIN, José. Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. 2004. Temuco. Chile: Universidad de La Frontera, 1994. p.29. ISBN. 956-236-161-6.

⁸³ *Ibíd.*,p. 30.

La CADH exige que el Estado y sus agentes no violen los Derechos Humanos establecidos en ella.⁸⁴ “Imponiendo la obligación de garantizar y emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos de forma efectiva”.⁸⁵ Así, no puede limitarse el Estado, sólo a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas para hacer efectivos los derechos allí consagrados.

Cabe destacar que, la mayoría de las violaciones a los Derechos Humanos en nuestro continente se concentra en grupos minoritarios y especialmente vulnerables como migrantes e indígenas. “Estas vulneraciones se explican por la existencia histórica de patrones culturales que permiten su perpetuación en el tiempo”.⁸⁶

Tal y como se ha dicho al comienzo de este acápite, el Sistema Interamericano también ha establecido órganos que se encargan de controlar el cumplimiento de las obligaciones de cada Estado, ya que el sólo establecimiento de los denominados catálogos de derechos, es decir la existencia únicamente de la parte sustantiva del Tratado, “sin un ámbito orgánico que permita posibilidades de un control efectivo”⁸⁷ haría que el Derecho fuera meramente ilusorio. De esta forma, los órganos que posee el Sistema son los siguientes: a) La Comisión Interamericana Derechos Humanos; b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un “órgano de la CADH, pero además es un órgano de la carta de la OEA, de esta manera, la Comisión tiene

⁸⁴ NASH. Claudio. *Op. Cit.*, p.8

⁸⁵ De acuerdo a NASH. Claudio. *Op. Cit.*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó exhaustivamente el contenido de la obligación de garantizar en el caso *Velásquez Rodríguez (desaparición en Honduras)*. En su sentencia la Corte señaló: Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, 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 humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

⁸⁶ AYLWIN, José. *Op.Cit.*, p. 31.

⁸⁷ *Ibíd.*, p.32.

atribuciones tanto respecto de los Estados parte de la Convención, como respecto de los miembros de la OEA que no son parte de la CADH”.⁸⁸ “Entre sus funciones podemos mencionar, promover la observancia y proteger los Derechos Humanos, como así mismo servir como órgano consultivo en estas materias”.⁸⁹

La Corte Interamericana en tanto, “es una institución judicial del Sistema Interamericano establecida por la CADH”⁹⁰ y está integrada por siete jueces que son nacionales de los Estados miembros de la OEA. Ellos, actúan a título personal, “siendo elegidos entre los juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos”⁹¹. Entre sus funciones podemos destacar las siguientes: a) Resolver los asuntos contenciosos sobre presuntas violaciones a la Convención por uno de los Estados parte; b) Emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana.

Cabe destacar que, en el caso de la competencia contenciosa de la corte, “los individuos, grupos de personas o entidades que no revisten el carácter de Estados no tienen capacidad o *locus standi* para demandar ante la Corte”⁹², pero sí pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y es ella, quien puede llevar el asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado la competencia de dicho Tribunal.

En los últimos años. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido que conocer, diferentes asuntos relacionados con los derechos ambientales, culturales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales, ya que tal y como hemos visto en los capítulos anteriores, sus derechos no han sido del todo amparados por los Estados nacionales.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Ibíd.*, p.32.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ BENADAVA. Santiago. *Op.Cit.*, p. 220.

⁹² *Ibíd.*, p. 221.

A través de su jurisprudencia, la Corte ha tenido la oportunidad de realizar interpretaciones y de desarrollar argumentaciones sobre el contenido de las prerrogativas consagradas en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo anterior, al complementar y recurrir a “criterios establecidos en otros instrumentos en el ámbito del Derecho Internacional como el Convenio No.169 de la OIT”⁹³. De esta forma, la importancia de sus fallos, es trascendental, ya que “son vinculantes para aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana y que expresamente han reconocido la competencia judicial de este órgano”.⁹⁴

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL CONVENIO No.169 DE LA OIT.

Hoy sabemos que las culturas de los pueblos indígenas y tribales comprenden un patrimonio de conocimientos diversos y que representan un recurso valioso para todo el mundo. Sin embargo, “estos pueblos pertenecen al sector más pobre de las sociedades en las que viven y constituyen un porcentaje desproporcionado entre las víctimas de Derechos Humanos, conflictos y discriminación”.⁹⁵

Dado que muchos países de América Latina “son multilingües y multiculturales, y en algunos casos la población indígena constituye un porcentaje significativo de la sociedad, la situación en la región en relación al Convenio No. 169 de la OIT es bastante diferente y mucho más positiva que en otros lugares del mundo”⁹⁶, ya que mientras dicho Convenio no cuenta con ratificaciones en continentes como África, “este Tratado Internacional cuenta ya con un gran número de ratificaciones entre los

⁹³ VALENCIA, Ana María. Los derechos ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Andalucía. España: Universidad Internacional de Andalucía, 2012.p. 63.

⁹⁴ *Ibíd.*, p.63.

⁹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Boletín Anual. La Organización Internacional del Trabajo y Los Pueblos Indígenas y Tribales. 2009. Vol. III. Santiago. Chile. p.2.

⁹⁶ COURTIS, Christian. Apuntes Sobre La Aplicación Del Convenio No 169 De La OIT Sobre Pueblos Indígenas Por Los Tribunales De América Latina. Boletín Aplicación Del Convenio No 169 De La OIT Sobre Pueblos Indígenas Por Los Tribunales [En línea]. 2008, Vol. XXXII. Ginebra. Suiza: Organización Internacional del Trabajo. p. 3 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Aplicacion%20del%20C169%20por%20tribunales%20en%20America%20Latina.pdf

Estados Latinoamericanos y así mismo, pueden encontrarse importantes pasos en el proceso de implementación del mismo”⁹⁷.Prácticamente, todos los Estados partes han efectuado reformas legislativas que de una u otra forma incorporan disposiciones relativas a pueblos indígenas. “También, se han elaborado y llevado a cabo en varios de estos países, programas y políticas públicas para mejorar la situación de dicho grupo”⁹⁸. No obstante, para nadie es un secreto que en varias ocasiones estos mismos Estados en su ámbito interno, fracasan derechamente a la hora de garantizar el pleno ejercicio de los Derechos de las minorías indígenas, quienes han visto en franco peligro la vida e identidad cultural de sus miembros. Así, a pesar de los esfuerzos, la región aún enfrenta grandes retos en la implementación del Convenio y por lo mismo, “los pueblos autóctonos han debido recurrir a instancias judiciales supranacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁹⁹, para resolver contiendas y conseguir así la protección efectiva de sus prerrogativas.

Lo realmente importante entonces, en cuanto a la influencia del Convenio No.169 de la OIT en América Latina es que éste no se ha limitado al papel de ‘legislación modelo’, a ser seguida por los poderes políticos locales. Por el contrario, “aquél ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores”¹⁰⁰ – tanto órganos públicos como organizaciones de la sociedad civil– que han actuado en defensa de los Derechos e intereses de esas comunidades. “Parte del empleo de ese Instrumento Internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales locales y, en su caso, ante los órganos del Sistema Regional de Derechos Humanos”¹⁰¹.

Cabe señalar que un porcentaje importante de los casos resueltos por los tribunales internos de la región versan sobre conflictos relativos a la Propiedad Colectiva de las tierras y a la explotación de las riquezas naturales situadas en ellas. “Otro porcentaje

⁹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.* p.7.

⁹⁹ *Ibíd.*, p.5.

¹⁰⁰ COURTIS, Christian. *Op.Cit.* p.4.

¹⁰¹ *Ídem.*

importante de esos casos, se refieren al Derecho de Participación y Consulta Previa en decisiones relativas a estos y otros temas”.¹⁰²

A continuación, se expondrá brevemente un conjunto de casos sobre las materias señaladas en el párrafo anterior, todos ellos ocurridos dentro de Estados de la región que han ratificado en distintos momentos de su historia el Convenio No.169 de la OIT y que han terminado resolviéndose en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal que ha interpretado a su vez las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz tanto de los preceptos del citado Convenio como de otros instrumentos internacionales complementarios, y que gracias a ellos ha superado algunos de los paradigmas más arraigados en la tradición del Derecho Continental y en la sociedad occidental en general.

Se pueden dar casos concretos de esta sana evolución, así, por ejemplo, desde la concepción del Derecho de Propiedad Individual se ha pasado a la aceptación de la propiedad comunal indígena y, desde la explotación compulsiva de recursos naturales a la valoración de los activos incorporeales del territorio, más allá de su valor pecuniario y productivo.

Con el objeto de esclarecer cuál es el camino que ha seguido La CIDH en materia indígena y específicamente respecto al Convenio, es que se sistematizará u ordenará la exposición de la siguiente forma. En primer lugar, se tratará el Derecho Consuetudinario ancestral de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras y los recursos naturales que ellas comprenden, y en segundo, el Derecho a Consulta y Participación Indígena.

¹⁰² *Ibíd.*, p.60.

5.1. El Derecho Consuetudinario ancestral de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras y recursos naturales que ellas comprenden.

La propiedad privada ha acompañado al desarrollo de lo que conocemos como Estados de Derecho, y es un elemento intrínseco y fundamental en el actual modelo económico y social. Ello no ha impedido el reconocimiento de un Derecho Consuetudinario de Propiedad que ha pervivido ancestralmente, y no es otro que el Derecho a la Propiedad Comunal Indígena, que ha tenido que esperar al siglo XXI para que sea reconocido internacionalmente por ‘voluntad’ de la CIDH, quien lo ha situado bajo el amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos. “Dicho reconocimiento, ha significado empero, en muchas ocasiones una colisión con el derecho a la propiedad privada en su concepción tradicional”.¹⁰³

La tierra constituye uno de los rasgos identitarios de los pueblos y comunidades indígenas, definitorio de su modo de vida y de su cosmovisión. “La tierra tiene, para los pueblos y comunidades indígenas, un significado religioso, y constituye además la base de su economía, que está pauteada generalmente por los ciclos de la naturaleza”¹⁰⁴.

En este sentido, el Artículo No.13 del Convenio No. 169 prescribe:

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

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

¹⁰³ FERRERO, Ricardo. Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana. [En línea]. 2016, Vol. LXIII. Ginebra. Suiza: Revista IDH. p. 68 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35518.pdf>

¹⁰⁴ COURTIS, Christian. *Op.Cit.* p.61.

El Convenio No.169 de la OIT, se fundamenta en el “reconocimiento de los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas atribuyen a sus tierras y a los recursos naturales que se contienen en ellas”¹⁰⁵, puesto que como se dijo, son fundamentales para garantizar el conjunto más amplio de derechos relacionados con la autogestión y con el Derecho de determinar sus propias prioridades de desarrollo. Una característica particular de las reivindicaciones indígenas sobre la tierra, es el reclamo de su propiedad colectiva y es que “entre los indígenas, existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad”.¹⁰⁶

Es precisamente este Derecho de Propiedad Colectiva de los pueblos autóctonos, el que más recurrentemente colisiona con, “el modelo de desarrollo de los Estados de América Latina, basado en megaproyectos de inversión energéticos, mineros u otros, que generalmente se emplazan en sus territorios ancestrales”.¹⁰⁷ No es de sorprender entonces, que en el último decenio se haya experimentado un aumento en el nivel de conflictividad, tras las numerosas manifestaciones y protestas sociales encaminadas a la recuperación de las tierras y sus recursos naturales.

Las sociedades de nuestro continente en general, se enfrentan a un profundo debate, que consiste en la prevalencia del interés de las mayorías y un modelo de desarrollo capitalista, basado en la explotación de recursos naturales y ocupación de todo territorio que pueda tener un valor pecuniario, versus, el respeto de los derechos de las minorías indígenas, a quienes en aras del ‘desarrollo’ se les priva de su hábitat y de sus modos de vida tradicionales.

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender El Convenio Sobre Los Pueblos Indígenas Y Tribales. [En línea]. 2013, Vol.I. Ginebra. Suiza: oficina Internacional del Trabajo. p. 21 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

¹⁰⁶ Corte Interamericana De Derechos Humanos. “Caso Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, de 03 de Abril de 2009 (Vulneración de Garantías), Nota 25, N° 25. P. 143.

¹⁰⁷ GAJARDO, Jaime. Reflexiones Sobre El Derecho A La Propiedad Colectiva Indígena. Comentario Del Informe De Fondo N° 125/12 De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos En El Caso De Los Pueblos Indígenas Kuna De Madungandí Y Emberá De Bayano Y Sus Miembros Con Panamá. [En línea]. 2015, Vol. XIII. Madrid. España: Revista Scielo. p. 34 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100013

La trascendencia del rol de la CIDH en este debate, es que el criterio adoptado por la misma, siempre y cuando, los Estados cumplan los parámetros jurisprudenciales establecidos por ella es que, “la perspectiva indígena irá aceptándose e incorporándose paulatinamente en el funcionamiento interno de las instituciones dichos Estados, permeando la actividad y gestión de la administración pública y generando, posiblemente, un cuestionamiento a la relación que hasta ahora han tenido estos con los pueblos indígenas y su territorio”.¹⁰⁸

5.1.1. Casos Relevantes a analizar en materia de propiedad.

5.1.1.1. Caso Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua (2001).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

El caso de la Comunidad *Mayagna*, fue el primero relativo al Derecho de Propiedad Comunal sobre la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas, “y se convirtió en el *leading case* de la jurisprudencia de la CIDH en la materia”.¹⁰⁹ El caso trataba de la falta de reconocimiento por parte de Nicaragua de los Derechos de Propiedad de la comunidad *Awas Tingni* y, más concretamente, la ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación interna para hacer efectivos los mismos, y la falta de demarcación de sus territorios, que pese a múltiples gestiones efectuadas, “no contaba con el reconocimiento estatal y se había visto perjudicada por una concesión maderera otorgada, sin Consulta Previa, a una compañía privada en los lugares ocupados por la comunidad”.¹¹⁰

Los hechos del presente caso, están referidos a la Comunidad indígena *Awas Tingni* conformada por más de 600 personas.

¹⁰⁸ *Ídem.*

¹⁰⁹ *Ídem.*

¹¹⁰ *Ídem.*

En marzo de 1992, con ocasión de un proyecto de extracción forestal, la comunidad, celebró un contrato con la Empresa Maderas y Derivados de Nicaragua S.A., (en adelante MADENSA), con la finalidad de determinar el manejo integral del bosque, reconociéndose así ciertos derechos de participación sobre el territorio ocupado por la comunidad en virtud a su posesión histórica. Dos años después, “la comunidad, MADENSA y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua, celebraron un convenio mediante el cual, dicho Ministerio, se comprometió a facilitar la definición de las tierras comunales del grupo”.¹¹¹

En marzo de 1996, el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a otra empresa, sin que la Comunidad hubiese sido consultada al respecto. Esta, solicitó a diversos organismos estatales suspender el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones fueron atendidas. Asimismo, presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco produjeron resultados positivos.¹¹²

En primer lugar, la CADH, no se refiere expresamente a los derechos colectivos indígenas, pero, sí es efectivo que su Artículo 21, relativo al Derecho a la Propiedad Privada, “ha sido interpretado por la CIDH en el sentido de entender protegidas las tierras, territorios y recursos indígenas”.¹¹³ La sentencia que abrió el camino a esta interpretación fue precisamente la que recayó sobre el caso en cuestión, aquí, como ya se mencionó anteriormente, la Corte trató por primera vez la cuestión de la Propiedad Comunal Indígena.

La Comisión, sometió ante la Corte este caso porque el Estado nicaragüense había otorgado una concesión de 30 años a una empresa privada para el manejo y aprovechamiento forestal en un área ubicada en la Región Autónoma Atlántico Norte – donde habitaba la Comunidad *Awás Tingni* – “para realizar trabajos de construcción

¹¹¹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Op.Cit.*

¹¹² Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Op.Cit.*

¹¹³ *Ídem.*

de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de dicho pueblo”.¹¹⁴ Dadas las características de este caso, la Corte pudo abordar con profundidad la protección de la propiedad indígena. “Se trata de una sentencia de gran relevancia jurisprudencial que sirvió de base para futuros casos”.¹¹⁵

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

En su Párrafo No.148, podemos observar como la Corte realizó una interpretación progresiva del Derecho de Propiedad a la luz de las necesidades del caso concreto, ampliando su contenido tradicional, es decir, pasó de verlo “como un Derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprenderlo en virtud de las instituciones indígenas, como uno de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares”.¹¹⁶

Mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos como Derecho vivo y además, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables de conformidad al Artículo No. 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, “ la Corte considera que, el Artículo No. 21 de la Convención protege el Derecho de Propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los Derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la Propiedad Comunal, la cual también será reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”¹¹⁷

En este mismo sentido, el Párrafo No. 149 prescribe;

Dadas las características de este caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad de las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op.Cit.*

¹¹⁵ FERRERO, Ricardo. *Op. Cit.* p.68.

¹¹⁶ NASH, Claudio. *Op. Cit.* p.6.

¹¹⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS Y EL DESARROLLO DEMOCRÁTICO MONTREAL. *Op.Cit.* p.36.

*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 ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*¹¹⁸

Finalmente, en el Párrafo No.151 la CIDH, estimó que,

*El Estado había violado el Derecho al Uso y el Goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no había delimitado y demarcado su propiedad comunal y que había otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que debe recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.*¹¹⁹

En definitiva, la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. Por tanto, “la posesión tradicional otorga a los indígenas el Derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”¹²⁰, a saber:

*[...] El Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.*¹²¹

¹¹⁸ *Ídem.*

¹¹⁹ DEL TORO. Mauricio. El Derecho De Propiedad Colectiva De Los Miembros De Comunidades Y Pueblos Indígenas En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. [En línea]. 2013, Vol.I. Ginebra. Suiza: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM . p. 21 [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

¹²⁰ *Ídem.*

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op.Cit.* p.3.

5.1.1.2. Caso Comunidad Yakye Axa v.s. Estado de Paraguay (2005).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Los hechos del presente caso “se relacionan con la Comunidad indígena *Yakye Axa*, conformada por más de 300 personas”.¹²² *Yakye Axa* significa Isla de Palmas, y es “un grupo indígena que proviene del pueblo *Lengua Enxet Sur*, donde en conjunto con las tribus *Lengua Enlhert norte*, *Sanapaná*, *Toba*, *Angaité*, *Toba Maskoy* y *Guaná*, pertenecen todas a la familia lingüística *Lengua Maskoy*, que ocupan ancestralmente el Chaco paraguayo”¹²³.

Cabe destacar que “antes del ‘Proceso de Pacificación’ del Chaco Paraguayo durante el Siglo XIX, ocupaban la ribera occidental del Río Paraguay, en la zona de Concepción”¹²⁴.

En cuanto a su economía, esta se ha basado principalmente en la caza, la recolección y la pesca, además de los cultivos en chacras y ganadería ovina, caprina y vacuna, lo anterior se mezclaba en la medida que así lo permitiese el clima, de acuerdo a las estaciones del año. Aquello, “les permitía abastecerse de buena manera dado que podían desplazarse por un vasto territorio, en épocas donde les era imposible el cultivo, por tanto, se puede concluir que, pese a su sedentarización, la Comunidad, continuó siendo cazadora- recolectora”¹²⁵.

A finales del siglo XIX, grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, “comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona”.¹²⁶ Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas en la zona. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias, sin embargo, en muchas ocasiones, no recibían sueldo por sus trabajos, o

¹²² *Ídem.*

¹²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* v.s Paraguay”, de 17 de junio de 2005 (Vulneración de Garantías), Serie C, N° 125.

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ *Ídem.*

¹²⁶ *Ídem.*

éstos eran muy bajos y en el caso de las mujeres, eran explotadas sexualmente por obreros paraguayos, sin contar con servicios de salud ni alimentación suficiente.

A principios del año 1986, los miembros de la Comunidad se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas. No obstante, ello no trajo consigo una mejoría para los comuneros, dado que en el área no había animales para cazar, los cultivos producían poco, entre otros factores. Lo precedente, les obligó a buscar trabajo nuevamente fuera de la Estancia.

También, sobrevino a la ya desafortunada situación, la muerte de buena parte de la población joven a causa de la falta de agua y la imposibilidad de celebrar libremente sus prácticas culturales.

En 1993 los miembros de la Comunidad decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional. “Se interpusieron una serie de recursos, llegando incluso a la interposición de una Acción de Amparo Constitucional en contra de la Empresa Torocay S.A., quien arrendaba los territorios incluidos dentro de la Estancia Loma Verde. Dicha acción, se interpone por la vulneración de las disposiciones contenidas en el Artículo No.14 de la Ley No.234 de 1993” ¹²⁷, que ratifica el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera, se argumenta que los indígenas sufren la prohibición del ingreso a las tierras que tradicionalmente han ocupado además de hostigamientos de trabajadores de la Empresa mencionada, y de parte de personal policial de la Comisaría del Distrito de Río Verde. No obstante, los mencionados recursos no generaron resultados positivos.

Así las cosas, parte de la Comunidad *Yakye Axa* decidió asentarse al costado de una carretera. En este lugar se encuentran entre 28 a 57 familias. El grupo restante de miembros de la Comunidad *Yakye Axa* permanecieron en algunas aldeas de la zona.

¹²⁷ *Ídem.*

Corriendo el año 2000, las organizaciones no gubernamentales, y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), presentaron ante la Comisión Interamericana, denuncia por violación por parte del Estado de Paraguay del Derecho consagrado en el Artículo No. 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación de protección judicial que las personas ya sean naturales o jurídicas, merecen y que el Estado del que son parte, debe garantizarles.

Dicha Comisión, tras analizar la posición de las partes y considerando concluida la etapa de solución amistosa, aprueba en Informe No. 67-02, recomendación al Estado de Paraguay, donde sugiere adoptar a la brevedad, las medidas necesarias para hacer efectivo el Derecho de Propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena *Yakye Axa*, respecto de su territorio ancestral, ordenando delimitar, demarcar y titular sus tierras; “adoptar las medidas necesarias para que termine la situación de emergencia alimenticia, médica y sanitaria de la Comunidad, proveyendo además garantías para preservar el hábitat reclamado por la Comunidad”¹²⁸, mientras esté pendiente la titulación del territorio ancestral en favor de la Comunidad Indígena; establecer un recurso judicial eficaz y sencillo que tutele el Derecho de los pueblos indígenas de Paraguay a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales; y reparar las consecuencias de la violación de los derechos enunciados, adoptando las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión transmitió el informe anteriormente señalado al Estado y le otorgó un plazo de dos meses, contado a partir de la fecha de su transmisión, para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones, “notificando a su vez, a las organizaciones no gubernamentales

¹²⁸ *Ídem.*

respectivas y al CEJIL la adopción del Informe, solicitando dentro del plazo de un mes presentación de su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte”¹²⁹.

En febrero de 2003, el Estado envió su respuesta a las recomendaciones realizadas, y dado que las mismas no fueron consistentes con lo sugerido por la Comisión, es que ésta, somete el caso ante decisión la Corte Interamericana el día 17 de marzo del mismo año.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

La CIDH, ha desarrollado un alcance extensivo de lo que el Derecho de Propiedad comprende. “Acudiendo a tratados como el Convenio No. 169 de la OIT, se ha apoyado en los principios de interpretación necesarios para garantizar la protección de los territorios indígenas y los recursos naturales que allí se encuentren”.¹³⁰

De esta forma, en su Párrafo No. 127, la Corte prescribe;

En el presente caso, al analizar los alcances del citado Artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano. Habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹³¹

Así mismo, el Párrafo No.130 reafirma la necesidad de complementar la interpretación del Artículo No. 21 de la Convención con las normas del Convenio No.169 referentes a propiedad indígena.

El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del

¹²⁹ *Ídem.*

¹³⁰ FERRERO, Ricardo. *Op. Cit.* p.100.

¹³¹ *Ídem.*

artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.¹³²

Lo anterior guarda relación con lo expresado en el Artículo No. 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Como ya hemos dicho, la Corte tiene por concepto de propiedad, una acepción bastante amplia. Dicha amplitud es precisamente la que le ha permitido situar bajo la sombra del artículo No. 21 a la propiedad comunal indígena.¹³³ En este sentido el Párrafo No.137 se pronuncia de la siguiente forma;

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales 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 apropiables materiales, 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 incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener valor.”¹³⁴

Por último, la CIDH en el presente caso, ha sido categórica a la hora de reconocer el Derecho Colectivo de Propiedad Indígena;

La garantía del Derecho a la Propiedad Comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de

¹³² *Ídem.*

¹³³ *Ídem.*

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op.Cit.*

*generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas*¹³⁵.

5.1.1.3. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. (2006)

a) De los antecedentes generales de caso y el origen del conflicto.

El significado de *Sawhoyamaxa* y “que la propia Comunidad Indígena hace de sí misma es *Del lugar donde se acabaron los cocos*”¹³⁶. La misma, pertenece al igual que la Comunidad *Yakye Axa*, a la fracción sedentarizada del Pueblo *Enxet*, la cual, se encuentra asentada en el límite oriental del Chaco paraguayo.

La economía de estos pueblos, como ya se hizo mención en el caso anterior, se basa principalmente en la caza, la recolección y la pesca, en conjunto con la agricultura y ganadería, siempre que las estaciones del año así lo permitan. Es de esta manera, como para desempeñar las tres primeras actividades, los miembros de la comunidad recorrían su territorio ancestral de manera rotativa y extensa.

Tal y como ya se observó en el caso anterior, “las tierras de esta zona fueron individualizadas como fincas y figuraban a nombre de dos compañías privadas”.¹³⁷ En 1991 se dió inicio a un proceso de reivindicación de tierras, donde los líderes de la Comunidad *Sawhoyamaxa*, requirieron la devolución de cerca de 8.000 hectáreas, correspondientes a lo que se conocía hasta el momento como Retiro Santa Elisa de la estancia de *Loma Porá*.

Los mismos, cimentaban su solicitud en el Derecho que como miembros de un pueblo originario, les corresponde ver restituida una parte de lo que una vez perteneció a sus antepasados, ello, por haber sido desposeídos sin recibir compensación alguna¹³⁸. Se sostiene así, que el inmueble reclamado, correspondía a la zona de caza

¹³⁵ *Ídem*.

¹³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* v.s Paraguay”, 29 de marzo de 2006 (Vulneración de Garantías), Serie C, N° 137.

¹³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op.Cit.*

¹³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* v.s Paraguay”. *Op. Cit.*

tradicional de la Comunidad. El mismo año, la Compañía Paraguaya de Novillos S.A (COMPENSA), “solicita al INDI no continuar con los trámites de reivindicación, formulando oposición, en razón de que se lesionaría los intereses de una empresa en pleno desarrollo”¹³⁹.

Durante los años venideros, las comunidades reiteraron insistentemente su solicitud, sin lograr un resultado positivo, hasta que en el año 1996 se ratificó la solicitud de reivindicación de sus tierras, ordenando la administración que se remitiera un pedido de oferta a los propietarios de inmuebles sobre territorio indígena a fin de buscar una salida negociada, sin embargo, no se realizaron mayores diligencias.

En 1997. Los líderes de la Comunidad *Sawhoyamaxa* presentaron al Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, un Proyecto de Ley para declarar de interés social y expropiar a favor del Instituto Paraguayo del Indígena, para su posterior entrega a los miembros de la Comunidad, las fincas privadas. No obstante, el proyecto fue rechazado por La Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados.

La Comunidad presentó una serie de recursos judiciales con el objetivo de reivindicar sus tierras, sin tener gran éxito. Más aun, como consecuencia de las presiones recibidas por los propietarios de las fincas al enterarse de las reclamaciones de las tierras, los miembros de la Comunidad *Sawhoyamaxa* vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral, restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia. “La mayoría de los miembros de la Comunidad, a esas alturas, decidieron salir de dichas estancias por lo que al igual que los *Yakye*, vivían al borde de una carretera nacional, sin ningún tipo de servicio”.¹⁴⁰

¹³⁹ *Ídem.*

¹⁴⁰ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Op.Cit.*

b) Análisis del fallo de la CIDH y sus párrafos más importantes.

Este caso, versa sobre la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay, por no haber garantizado el Derecho de Propiedad Ancestral de la Comunidad *Sawhoyamaxa*, situación que generó diversas afectaciones a sus miembros. Así, La CIDH en su Párrafo No. 117 sostuvo que:

Al analizar el contenido y alcance del Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el Artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano¹⁴¹.

El Convenio No.169 de la OIT reconoce un Derecho amplio a los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos que tradicionalmente ocupan y utilizan. “Se otorga importancia al concepto territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan”.¹⁴²

El reconocimiento del Derecho a las tierras “se fundamenta en la ocupación tradicional, que comprende el área donde los pueblos originarios vivieron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a generaciones futuras”¹⁴³. Por ende el establecimiento de estos derechos no nace del reconocimiento o registro legal oficial de dicha propiedad, sino por el contrario, es a raíz de aquel Derecho Consuetudinario ancestral, que nace la obligación de hacer efectivas las prerrogativas por parte de los Estados.

¹⁴¹ Artículo 21.- Convención americana de Derechos Humanos. Derecho a la Propiedad Privada:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

¹⁴² *Ibíd.*p.21.

¹⁴³ *Ídem.*

Por otro lado, la esencia del Derecho de Propiedad Indígena, no se basa en los paradigmas liberales que conocemos del Derecho de Dominio, Así, es necesario entender, que para los pueblos indígenas el territorio tiene una dimensión muy distinta al concepto jurídico que conocemos, así, mientras que para la “Teoría Clásica jurídica, el territorio es uno de los elementos constitutivos del Estado y por ello se refiere más que nada a la dominación respecto de las personas y las cosas que permanecen dentro de la territorialidad del mismo”¹⁴⁴, para los pueblos autóctonos, esta figura abarca el espacio físico del suelo, el subsuelo y el espacio. “Estas tres dimensiones tienen un simbolismo no limitativo a lo material, sino vinculado a lo religioso, al sistema de creencias, a la forma de vida, a la subsistencia material, intelectual y espiritual, es decir cultural”¹⁴⁵

En los Párrafos Nos. 120 y 127 respectivamente, La CIDH se pronuncia en este mismo sentido;

Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras, no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho de derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo cual a su vez significaría hacer ilusoria la protección del Artículo 21 para millones de personas.¹⁴⁶

La Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (y no la situación inversa). Por otro lado, en el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras

¹⁴⁴ *Ídem.*

¹⁴⁵ *Ídem.*

¹⁴⁶ FERRERO, Ricardo. *Op. Cit.* p.39.

tradicionales, inclusive sin tener la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Por último, “en el caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita”.¹⁴⁷

Finalmente, el Párrafo No. 128 prescribe:

De lo anterior se concluye que;

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;*
- 2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;*
- 3) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho de recuperación de las tierras indígenas.¹⁴⁸*

5.1.1.4. Caso Pueblo Saramaka v.s. Surinam. (2007).

a) De los antecedentes generales de caso y el origen del Conflicto.

El pueblo *Maroon Saramaka* es descendiente de esclavos africanos, por lo cual, la característica particular de este caso es que no se trata de indígenas que habitaban tradicionalmente un territorio, “sino de afrodescendientes que llegaron a Surinam durante la colonización”.¹⁴⁹ De esta forma, este fallo reconoce a dichos pueblos como titulares de derechos tribales extendiendo la protección de aquellas prerrogativas que, hasta ese momento, sólo habían quedado relegadas a los pueblos indígenas.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ *Íbid.* P.40

¹⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op.Cit.

Si bien el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el Pueblo *Saramaka*, lo cierto es que por aprobación tácita del Estado, aquel ha obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos. No obstante, el Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname Superior y el territorio de la comunidad. “Asimismo, la instalación de una Planta hidroeléctrica dañó gravemente el medio ambiente y el hábitat donde se asentaban”.¹⁵⁰

Además, el Pueblo *Saramaka* carecía de estatuto jurídico en Suriname y por tanto no le era posible recibir títulos comunales en nombre de la entidad colectiva tradicional que posea materialmente la tierra.¹⁵¹

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó en primer lugar, que el Estado no había adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente y en segundo, la vulneración del Derecho a la Protección Judicial en perjuicio del pueblo *Saramaka*, “al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus Derechos Fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales”.¹⁵²

De esta manera, el Tribunal consideró que las características sociales, culturales y económicas de los *Saramakas* “eran diferentes de otros agentes de la comunidad nacional, basando su análisis en una aproximación cultural tanto a la identidad de esta comunidad afrodescendiente como a su relación con el territorio”.¹⁵³

Lo anterior, queda de manifiesto expresamente en el Párrafo No. 79, donde la CIDH se pronunció de la siguiente forma:

En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad

¹⁵⁰ *Ídem.*

¹⁵¹ *Ídem.*

¹⁵² *Ídem.*

¹⁵³ *Ídem.*

*nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.*¹⁵⁴

Podemos observar, como la Corte consideró que su competencia en materia indígena y tribal se extiende a aquellas comunidades rurales afrodescendientes. En este mismo sentido, los párrafos Nos. 84 y 86 señalan respectivamente;

*Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos. Con base en esto, la Corte consideró que su jurisprudencia en materia indígena se extiende a aquellas comunidades rurales afrodescendientes.*¹⁵⁵

La Corte, de esta forma no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. “Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo *Saramaka* como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales”¹⁵⁶, dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho Pueblo.

¹⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op.Cit.*

¹⁵⁵ *Ídem.*

¹⁵⁶ *Ídem.*

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

En los párrafos Nos. 85 y 91, el Tribunal se pronuncia de la misma forma que el acápite anterior, destacando aquellos aspectos diferenciadores que el pueblo *Saramaka* posee, en relación al resto de la población, y que, por lo tanto, son merecedores de la debida protección para garantizar el Derecho de Propiedad e Igualdad ante la Ley.

*Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural. Otras fuentes del derecho internacional han declarado, en igual sentido, que dichas medidas son necesarias. Particularmente, en el caso *Moiwana*, la Corte determinó que otra de las comunidades Maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía "una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales" que se centraba no "en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto". Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad *Moiwana* su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención.*

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención. Los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 12 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

Por otro lado, en los párrafos Nos. 92 y 93 respectivamente, la Corte, gracias a la utilización del Convenio No. 169 de la OIT, reconoce que llegó a una interpretación amplia del Artículo No. 21 en casos anteriores a la luz también, del Artículo No. 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en

el sentido de limitar goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas de Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. Así las cosas;

La Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (N° 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes.¹⁵⁷

La legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán proveer a su desarrollo económico, social y cultural y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, para que no se los prive de su subsistencia.

5.1.1.5. Caso Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. (2012).

a) De los antecedentes generales de caso y el origen del Conflicto.

El territorio del pueblo *Sarayaku* se encuentra ubicado en la región amazónica del Ecuador, en el área del bosque tropical y en las riberas del Río Bobonaza. Es uno de los asentamientos *Kichwas* de la Amazonía de mayor concentración poblacional y extensión territorial, con alrededor de 1200 habitantes. Los mismos, “subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones ancestrales”¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ *Ídem.*

En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y petróleo crudo entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto, “comprendía una superficie de 200.000 hectáreas, en las que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el ya mencionado Pueblo Kichwa de *Sarayaku*.”¹⁵⁹

En numerosas ocasiones la Empresa Petrolera intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo *Sarayaku* y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera, las que sin embargo fueron infructuosas.

En el año 2002, miembros de la Comunidad *Sarayaku* enviaron un comunicado al Ministerio de Energía y Minas en el que se manifestó la oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral. Ese mismo año, luego de que se aprobara la solicitud de reinicio de actividades hecha por la compañía, se produjo el ingreso de la Compañía al territorio *Sarayaku*, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir su entrada.¹⁶⁰

La Empresa “abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad”¹⁶¹; “taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de la comunidad, ocasionando la afectación y suspensión, en algunos periodos, de sus actos y ceremonias ancestrales culturales”¹⁶².

Finalmente, entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes y miembros.

En el año 2010, Petroecuador firmó con la Empresa CGC un acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo. El

¹⁵⁹ *Ídem.*

¹⁶⁰ *Ídem.*

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² *Ídem.*

Pueblo *Sarayaku* “no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la Empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta”.¹⁶³ En abril de ese mismo año, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado.

En junio del año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Ecuador era responsable por la violación de derechos a la Consulta, a la Propiedad Comunal Indígena y a la Identidad Cultural, en los términos del artículo No. 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos Nos.1.1 y 2 de la misma, “en perjuicio del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku*, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente”.¹⁶⁴

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Alrededor del mundo, los pueblos indígenas están luchando por que se les reconozca su Derecho a poseer, administrar y desarrollar sus tierras, territorios y recursos tradicionales, “ya que como hemos visto, la relación de estos con sus territorios tradicionales constituye, según se dice, una parte fundamental de su identidad y espiritualidad y está profundamente arraigada en su cultura y en su historia”.¹⁶⁵

La CIDH en su Párrafo No. 145 se ha manifestado de la siguiente manera:

El Artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos 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. [...] Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos,

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ *Ídem.*

¹⁶⁵ *Ídem.*

*costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes [...]*¹⁶⁶

En este mismo sentido, los párrafos Nos. 146 y 147 se pronuncian:

*Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. [...] .La protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el Artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.*¹⁶⁷

Lo cierto es que la desprotección del Derecho de Propiedad Indígena, entendido como, la falta de acceso a los territorios que tradicionalmente las comunidades mencionadas ocupan, puede impedir a las mismas procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, “a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma”.¹⁶⁸

Por último, la Corte ha establecido medios para determinar la relación de las comunidades indígenas con sus tierras, así en el Párrafo No. 148 la Corte afirma;

Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible.

¹⁶⁶ *Ídem.*

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ *Ídem.*

Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.

Finalmente, si bien, la dependencia que los pueblos tienen del hábitat en que viven es reconocida por la mayoría de los Estados y aunque “estas formas de subsistencia normalmente contribuyen a un uso sostenible de los recursos naturales y a la protección al medioambiente”,¹⁶⁹ lo cierto es que a menudo se las considera. Además, “representan una seria amenaza para el modelo de desarrollo dominante y el concepto de ocupación y posesión de las tierras a título individual”.¹⁷⁰ No es de sorprender entonces que la mayoría de los proyectos extractivos, sean estos de carácter agrario o no, tal y como ocurre en el caso en análisis, promueven la posesión individual de la tierra y la explotación compulsiva de los recursos que en ella se encuentran. Esta situación ha presionado constantemente a las comunidades indígenas “para que abandonen el régimen de tenencia y uso comunitario de las tierras”¹⁷¹ y en muchas ocasiones, este fenómeno ha llevado a la emigración de las comunidades indígenas a áreas urbanas.

La CIDH ha fallado bajo un criterio reformador de paradigmas liberales clásicos como lo es el derecho de propiedad individual, admitiendo no sólo la existencia de la Propiedad Comunal Indígena sino también, superando la visión meramente extractiva o productiva que se tiene de la tierra y dando valor al patrimonio inmaterial que en ella encontramos.

En este sentido, el Párrafo No. 149 prescribe;

En el presente caso, la Corte constata que no está en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, lo cual fue expresamente reconocido por el Estado mediante adjudicación realizada el 12 de mayo de 1992 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, además de lo señalado en la parte de hechos [...], la Corte considera pertinente destacar el profundo

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Ídem.

lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio, para comprender más integralmente las afectaciones ocasionadas en el presente caso. [...].

Así mismo, en los párrafos Nos. 150 y 151 puede apreciarse con mayor claridad el lazo que une a los *Sarayaku* con su ecosistema y los perjuicios que sufrieron sus miembros con las faenas de exploración petrolera. Lo anterior, a través de la declaración que el *Yachak Sabino Gualinga*, líder espiritual *Sarayaku* de 92 años hizo ante el Tribunal:

El señor Sabino Gualinga, Yachak de Sarayaku, declaró durante la audiencia que “Sarayaku es una tierra viva, es una selva viviente; ahí existen árboles y plantas medicinales, y otros tipos de seres” [...] En el subsuelo, Ucupacha, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí [...]. El Caipacha es donde vivimos. En el Jahuapacha vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuántos pachas hay arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al Jahuapacha. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá. [...] Es intolerable el exterminio de la vida; con la destrucción de la selva se borra el alma, dejamos de ser indígenas de la selva¹⁷².

5.1.1.6. Caso Kuna Mudugandí y Emberá de Bajano y sus miembros vs. Panamá. (2014).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

El año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite el caso N° 12.354 respecto a la República de Panamá para conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a que consideró que el Estado no cumplió con las recomendaciones contenidas en su Informe de Fondo presentado.

¹⁷² Ídem.

En el año 2014 la Corte dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación del Derecho a la Propiedad Colectiva por no delimitar, “demarcar y titular las tierras asignadas al pueblo *Kuna de Madungandí* y a las Comunidades *Emberá Ipetí* y *Piriatí*, y por no haber garantizado el goce efectivo del título de Propiedad Colectiva de dichas comunidades”.¹⁷³

Asimismo, el Tribunal consideró que el Estado era responsable por haber violado su deber de adecuar el Derecho Interno, “por no haber dispuesto a nivel interno normas que permitan la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas indígenas”.¹⁷⁴

No obstante lo anterior, lo cierto es que el caso se originó en mayo de 2000, cuando la Comisión recibió una petición presentada por diversas organizaciones, en favor de los pueblos indígenas *Kuna de Madungandí* y *Emberá de Bayano* y sus miembros, en contra de la República de Panamá, alegando que, a raíz de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976, los pueblos indígenas fueron obligados a abandonar su territorio ancestral, el cual fue inundado con el embalse de la Represa. Debido a lo anterior, las presuntas víctimas se reubicaron -obligadamente- en las nuevas tierras ofrecidas por el Estado (ofrecidas bajo la promesa de ser de mejor calidad y cantidad), y aceptaron las indemnizaciones económicas que serían pagadas a cambio de la destrucción de inundación de su territorio ancestral. Sin embargo, “los compromisos estatales no fueron cumplidos, ya que las indemnizaciones no se pagaron en su totalidad y las tierras otorgadas no cumplieron con las características ofrecidas”.¹⁷⁵

Así, a comienzos del año 1990 se incrementó fuertemente la incursión de personas no indígenas a las tierras de las comunidades *Kuna* y *Emberá* y con ello se intensificó la conflictividad en la zona.

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ *Ídem.*

Por último, varios de los miembros de los pueblos indígenas *Kuna de Madungandí* y *Emberá de Bayano* realizaron gestiones de distinta índole para llamar la atención sobre su situación, para exigir el cumplimiento de los acuerdos y resoluciones antes mencionados, el reconocimiento legal de sus tierras, y la protección de las mismas frente a las intromisiones de personas no indígenas, asimismo, representantes del pueblo *Kuna de Madungandí* iniciaron varios procedimientos administrativos de desalojo y por daño ecológico e interpusieron procesos penales por la incursión de colonos y delitos contra el ambiente.¹⁷⁶

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Pese a que en los últimos años muchos países han aprobado leyes en las que se reconoce el Derecho Colectivo e inalienable de las comunidades indígenas a la propiedad de sus tierras, “los procedimientos para otorgarles los títulos de la tierra han sido lentos y complejos y, en muchos casos, los títulos concedidos a las comunidades no se respetan en la práctica.”¹⁷⁷

En este caso la Corte declaró que el Estado es responsable por haber violado el Derecho a la Propiedad Colectiva contenido en el Artículo No. 21 de la Convención, en relación con el No.1.1 de la misma, el Tribunal reiteró que la falta de una delimitación y demarcación efectiva por el Estado de los límites del territorio sobre los cuales existe un Derecho de Propiedad Colectiva de un pueblo indígena puede crear un clima de incertidumbre permanente entre sus miembros. La Corte indicó que, en consideración de la normatividad interna panameña, y de los tratados ratificados por ese país, era indudable que al menos desde 1990, cuando éste reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal, el mismo “tenía la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras asignadas a favor de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Ídem.*

¹⁷⁷ *Ídem.*

¹⁷⁸ *Ídem.*

En este sentido, el Párrafo No. 117 se pronuncia de la siguiente manera;

[...]el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica inter alia que: 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, y 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas.

Con respecto a lo anterior, la Corte ha interpretado el artículo No. 21 de la Convención estableciendo que, “es deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su Derecho a la Propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales”.¹⁷⁹ Por tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones constituye una violación al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades. Por otra parte, cabe señalar que los elementos de la Propiedad Comunal de tierras indígenas anteriormente mencionados se refieren a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, lo cual implica la ocupación tradicional de los mismos. Asimismo, hacen referencia, en el caso de que los pueblos indígenas hayan salido de sus territorios o hayan perdido la posesión de éstos, al Derecho de recuperarlos. En el presente caso, la inundación de las tierras de las comunidades *Kuna de Madungandí* y *Emberá de Bayano* significa que dicha recuperación por parte de los pueblos indígenas es imposible. Por tanto, “el presente caso trata de los derechos de las referidas comunidades respecto de las tierras alternativas asignadas por el Estado, lo cual también significa que no existe una ocupación o posesión tradicional de las mismas”.¹⁸⁰

Es este último aspecto en especial relevante y novedoso para la CIDH, primero, porque constituye una oportunidad para que la misma analice el alcance y contenido de la obligación de reparación de los pueblos indígenas cuando se ha determinado

¹⁷⁹ *Ídem.*

¹⁸⁰ *Ídem.*

que no es posible la restitución de las tierras ocupadas ancestralmente. Así, la Corte analiza la forma en que “el incumplimiento de esta obligación de reparación constituye una violación continuada del Derecho a la Propiedad Colectiva de los pueblos indígenas que se ven despojados de sus tierras y territorios ancestrales y que, ante la imposibilidad de recuperarlos, el Estado no adopta medidas para permitir el ejercicio de su Derecho a la Propiedad”¹⁸¹ Un ejemplo del afán innovador del Tribunal, “es la imposición de la obligación de pagar una indemnización por daño material de USD \$53,630,278.44”¹⁸², “así como la publicación del reconocimiento del Derecho de Propiedad Colectiva indígena de las comunidades en cuestión en medios masivos de comunicación”.¹⁸³

Finalmente, el Párrafo No.135 dice:

*La Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. A fin de obtener dicho título, el territorio debe ser primero demarcado y delimitado.*¹⁸⁴

5.1.1.7. Comunidad Kaliña y Lokono vs Surinam. (2015).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Este caso trata de ocho comunidades de los pueblos indígenas *Kaliña y Lokono*, en Surinam, donde los territorios que ancestralmente su pueblo ocupó fueron entregados en concesión para explotación de bauxita, por lo que se dictó un documento de recomendación de la Comisión Interamericana que no llevó a cabo el Estado y es entonces cuando el caso pasa a conocimiento de Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸¹ *Ídem.*

¹⁸² *Ídem.*

¹⁸³ *Ídem.*

¹⁸⁴ *Ídem.*

Tras múltiples intentos infructuosos de la Comunidad por ser reconocidos como persona jurídica, el Estado argumenta su rechazo, “[...] en la existencia de un marco normativo que impide el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas”¹⁸⁵.

La Corte considera que el Estado, se ha abstenido de establecer las bases normativas que permitan un reconocimiento del Derecho a la Propiedad Colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas *Kaliña y Lokono*. Esta falta de reconocimiento ha sido acompañada de la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas; el otorgamiento de concesiones y licencias para la realización de operaciones mineras en parte de sus territorios ancestrales; y el establecimiento y continuidad de tres reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales.

Además, ni el otorgamiento de concesiones y licencias mineras y su continuidad; ni el establecimiento y permanencia hasta el día de hoy de reservas naturales, han sido sometidos a procedimiento alguno de Consulta dirigido a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos *Kaliña y Lokono*. Todo lo anterior, “ha tenido lugar en un contexto de desprotección e indefensión judicial, debido a que en Surinam no existen recursos efectivos para que los pueblos indígenas puedan exigir sus derechos”.¹⁸⁶

Cabe destacar que el caso se envió a la Corte en enero de 2014, ello porque el Estado de Surinam, pidió una prórroga a recomendación hecha por la Comisión Interamericana, para dar cumplimiento a las mismas, pero como ya se expuso, la Comisión no recibió información sobre avances concretos en la implementación de ellas. Se recomendaba:

Adoptar las medidas necesarias para el reconocimiento de ambos pueblos como personas jurídicas en el derecho de Surinam; eliminar las normas que impiden la

¹⁸⁵ *Ídem.*

¹⁸⁶ *Ídem.*

protección del derecho a la propiedad de los pueblos Kaliña y Lokono; adoptar medidas para proteger el territorio en el que ambos pueblos ejercen la propiedad comunal sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales; abstenerse de actos que puedan generar que terceras personas, con aquiescencia o tolerancia del Estado, afecten la propiedad o integridad territorial de los pueblos Kaliña y Lokono; revisar a través de consultas efectivas e informadas con ambos pueblos, los títulos otorgados a favor de personas no indígenas, los términos de las actividades mineras y el establecimiento de las reservas naturales, para determinar las modificaciones respectivas; adoptar medidas para delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de propiedad a los dos pueblos sobre las tierras y territorios que han ocupado y usado tradicionalmente; y adoptar medidas para asegurar la protección judicial que permita hacer efectivos los derechos de los pueblos Kaliña y Lokono.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Este caso, “refleja una problemática estructural de falta de reconocimiento en la legislación interna de la personalidad jurídica y del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en Surinam”¹⁸⁷. Además de ello, queda de manifiesto, la ausencia de recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, “se plantea que los Estados deben hacer compatibles sus iniciativas y políticas en materia de protección ambiental, en particular, el establecimiento de reservas naturales, con los derechos de los pueblos indígenas”¹⁸⁸.

En el Párrafo No.124, se sostiene que la interpretación que debe darse al Artículo No. 21 de la CADH, que versa sobre el Derecho de Propiedad que tienen las comunidades indígenas y tribales, debe ser aquella que permita “exigir el Derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el Derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que

¹⁸⁷ *Ídem.*

¹⁸⁸ *Ídem.*

han usado y ocupado tradicionalmente”¹⁸⁹. Es por esto, que el Derecho a la Propiedad protegido en la norma citada, no podrá ser restringida al interpretar Convención en el presente caso, y por tanto, los “integrantes de los Pueblos *Kaliña* y *Lokono* tienen el Derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria”.

Es así, como la Corte, concluye que los Pueblos *Kaliña* y *Lokono* conformados como pueblos indígenas, se encuentran protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que “garantiza el derecho al territorio colectivo que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural”¹⁹⁰. Es entonces, el Estado quien tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a sus integrantes el Derecho de Propiedad Comunal respecto de dicho territorio.

Por otra parte, en el Párrafo No. 126, la Corte considera importante resaltar, que si bien las partes no han alegado la violación del Artículo No.23 de la Convención durante el procedimiento ante este Tribunal; estima pertinente aplicar el principio *Iura Novit Curia*, el cual -permite estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados por las partes, siempre y cuando éstas hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan.

Cabe tener en cuenta, que el tribunal mencionado, ha enfatizado ya en repetidas ocasiones, lo importante que es garantizar la protección del carácter colectivo de la propiedad indígena, ello a modo de ejemplo, en casos de las comunidades *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek*, todas con el Estado de Paraguay, donde se estableció que:

¹⁸⁹ *Ídem.*

¹⁹⁰ *Ídem.*

[...] a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo que el área poseída en la práctica es equivalente a la propiedad;

b) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe y;

c) 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.

Sumado a lo anterior, el Párrafo No.132, expresa que;

En cuanto a las garantías del uso y goce de la propiedad, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, esta misma Corte señaló que los Estados deben garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, valor, uso o goce de su territorio.

Respecto de la falta de delimitación, demarcación y titulación en el caso concreto, la Corte ha establecido que, en atención al Principio de Seguridad Jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica. Lo anterior, considerando que el reconocimiento de los derechos de Propiedad Comunal Indígena debe hacerse efectivo por esa estrecha relación entre las comunidades y sus tierras, aquellas que ancestralmente les han pertenecido, y son parte de su identidad como pueblo.

Por otra parte, el párrafo No.149 expresa que;

Los pueblos indígenas y tribales que involuntariamente han perdido sus tierras tradicionales, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el

derecho a solicitar la reivindicación o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”, ello sin necesidad de la existencia de un título en que se funde su propiedad de la tierra que reclama, y que el Estado le otorgue. Lo anterior, es porque “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales.

En razón de lo anterior, mientras esa relación exista, el Derecho a solicitar la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente. Si esta relación hubiera dejado de existir, también se extinguiría ese Derecho.

Ahora bien, ya el párrafo No.151, plantea lo necesario para determinar aquel vínculo entre las comunidades y sus tierras ancestrales:

[...] i) ésta [la relación citada], puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de los pueblos indígenas no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.

Asimismo, el Tribunal considera que el hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per sé un motivo suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. Ello, posicionaría a los pueblos indígenas en una situación vulnerable, “donde los derechos a la Propiedad Individual pueden triunfar sobre los derechos a la Propiedad Comunal, debido a la sola existencia de títulos en favor de los primeros, y en detrimento de los segundos”.¹⁹¹

¹⁹¹ *Ídem.*

5.1.1.8. Caso Comunidad Grifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. (2015).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Los hechos del presente caso están referidos a la Comunidad indígena *Garífuna* de Punta Piedra y sus miembros, “ubicada en el Municipio de Iruya, Departamento de Colón”.¹⁹²

El Estado, otorga a la Comunidad un título de propiedad sobre una superficie de 800 hectáreas, solicitando ésta con posterioridad, la ampliación de su contenido a 3.000, mas, fueron tituladas 1.513 de forma adicional a las ya indicadas. Así, el Estado se reservaba el Derecho de poner a disposición de la Comunidad, en momentos venideros, las tierras que se encontraban en poder de privados. Este último, no cumplió con su obligación de saneamiento, ni de introducción de mejoras a los pobladores, tampoco con la reubicación de los privados mencionados.

En el año 2014, la Empresa Minera Caxina S.A., obtiene concesión no metálica otorgada por el Estado sobre la propiedad que se prometió sería reivindicada a la Comunidad Indígena, y sobre la que recaían los títulos que se otorgaron, a saber, tanto en lo solicitado en una primera instancia, como en la ampliación de la petición. Al respecto, el Estado presenta una excepción por falta de recursos, es decir, por agotamiento de los recursos internos para dar solución al caso en cuestión, mas, éste reconoce parcialmente que no garantizó la posesión pacífica en los territorios de la comunidad, impidiendo, de esta manera, ejercer todos los atributos que el dominio a los miembros de la Comunidad mencionados precedentemente.

Este caso, llega a conocimiento de la CIDH, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La primera, expone que se viola efectivamente el Derecho de Propiedad de la Comunidad *Guadagudi de Punta Piedra*. Lo anterior, se analiza desde

¹⁹² *Ídem.*

el punto de vista de la Propiedad Colectiva, y del deber que tiene el Estado de garantizar a todas las personas, incluyendo jurídicas, como es el caso de las comunidades indígenas, que hayan realizado trámite administrativo para ser consideradas como tales, el uso y goce efectivo del Derecho de Propiedad Indígena y Tribal. Es así, como el Estado debió llevar a cabo el saneamiento para hacer lo anterior posible, ello porque es su deber no solo lo expuesto, sino que además, la remoción de cualquier obstáculo que interfiera con el vínculo entre los miembros de las comunidades indígenas y sus tierras ancestrales. Se debe proceder entonces en primer lugar, a la reivindicación de las tierras a las mencionadas comunidades, además de realizar pago de mejoras si ello fuese necesario y reubicar a los privados que fuesen dueños de los inmuebles a reivindicar. Es así como se considera que el estado no actuó con la diligencia debida para tutelar los derechos de los involucrados, ni el territorio en cuestión, como tampoco puso todos sus medios para llegar a una solución definitiva y efectiva del conflicto.

Es de dicha forma, como el Estado violó el Artículo No. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que privó del uso de sus tierras a las comunidades por más de 15 años, desde que sus títulos fueron otorgados. El tenor del Artículo No. 21 de la Convención ya mencionada expresa:

[...] Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

A su vez, dicho Organismo Internacional consideró que el conflicto jurídico entre la aplicación del Artículo No. 14 del Convenio No.169 de la OIT¹⁹³, y “las alusiones que

¹⁹³ Artículo 14.- Convenio No. 169 Organización Internacional del Trabajo:

el Estado realizaba al Artículo No. 346 de la Constitución hondureña¹⁹⁴, para manifestar la imposibilidad de dar solución a dicho conflicto, se habrían solucionado tan sólo con la creación de comisiones institucionales *Ad-Hoc*, asunto que no le quita a dicho Estado la responsabilidad de garantizar los derechos de la Comunidad en cuestión y su protección.

Ahora bien, no se demuestra existencia de violación directa a la Ley de propiedad del país, “puesto que las normas de la misma no podrían ser aplicadas en abstracto, sino que sólo en concreto. Lo anterior en relación con el Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹⁵”.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Es el 8 de octubre del año 2015, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicta sentencia en el caso Comunidad *Garífuna de Punta Piedra* y sus miembros Vs. Honduras, declarando que “el Estado era responsable por la violación del Derecho a la Propiedad Colectiva, con motivo de la falta de garantía del uso y goce de su territorio, a través de su saneamiento y la falta de adopción de medidas de derecho interno¹⁹⁶. Menciona, además, que el Estado violó los derechos a la protección judicial y garantías judiciales, debido a que los recursos dispuestos no

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

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

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

¹⁹⁴ ARTICULO 346.- Constitución Política República de Honduras:

Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

¹⁹⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.* p.3.

fueron efectivos para la protección de los derechos alegados, en perjuicio de la Comunidad.

El Tribunal citado, hace referencia, a que el Artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprenden de ellos. Así, se entiende que “los pueblos indígenas tienen una tradición comunitaria sobre la Propiedad Colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”¹⁹⁷. Ahora bien, es de público conocimiento ya, que aquellos conceptos de dominio y posesión no guardan relación con una visión clásica de Propiedad, mas, la Corte ha establecido que de igual forma, “merecen igual protección del Artículo No. 21 de la Convención Americana”¹⁹⁸. Asimismo, no reconocer el ejercicio del derecho al uso y goce de los bienes dadas por aquel vinculo ancestral, ligado a la cultura y a la identidad de las comunidades indígenas, sería lo mismo que decir que, “solamente existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para estos colectivos”¹⁹⁹.

Ahora, el Tribunal Internacional, hizo hincapié en que la garantía de uso y goce de la Propiedad Colectiva debía hacerse efectiva. Así, se establece:

El deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su Derecho a la Propiedad implica necesariamente, en atención al Principio de Seguridad jurídica, que el Estado debe delimitar, demarcar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales.

Es esta forma, como la Corte manifiesta que es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica.

¹⁹⁷ *Ídem.*

¹⁹⁸ *Ídem.*

¹⁹⁹ *Ídem.*

Ello porque “el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado”²⁰⁰, asunto que en el caso concreto no se realiza.

Respecto de la Garantía del uso y goce de la Propiedad Colectiva en el Derecho Internacional, la Corte indica, respecto del uso y goce:

La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo que el área poseída en la práctica es equivalente a la propiedad, además, de considerar, que la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y que los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe. Ahora bien, los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas hayan sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.²⁰¹

En lo que respecta al Convenio No. 169 de la OIT, se señala que para proteger los derechos de los pueblos indígenas y sus tierras que “no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, los gobiernos deberán garantizarla. Todo lo anterior se desprende el Artículo No. 14 del citado cuerpo legal.

El Párrafo B.2.2, trata a la Garantía del uso y goce, a través del saneamiento en Honduras. Aquí, la Corte nota que no existe una concepción expresa del saneamiento en materia de territorios indígenas dentro de la legislación hondureña, pero con fecha 13 de diciembre de 2001, se presenta un acta de compromiso de protección ante la Comisión Interamericana, donde se expresa el alcance de dicha obligación. Así, “el

²⁰⁰ *Ibid.*, p.29.

²⁰¹ *Ídem.*

Estado está obligado a realizar el proceso de saneamiento a favor de la Comunidad de Punta Piedra pagando las mejoras a los habitantes de la Aldea de Río Miel para que la Comunidad *Garífuna* de Punta Piedra²⁰² pueda hacer uso del Derecho Pleno de Propiedad que le da la documentación y el Derecho Ancestral.

En el Párrafo B.3 se afirma la falta del uso y goce del territorio de la Comunidad de Punta Piedra, la Corte determina que la misma, según diversas declaraciones, se produce ya desde 1987 y 1993, por la ocupación de privados de los territorios que ancestralmente fueron de las comunidades.

Lo relevante del caso y que sus párrafos dejan en evidencia, es el hecho de que las comunidades indígenas por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus territorios, por la estrecha relación que mantienen con la tierra, asunto que debe de ser reconocido y comprendido como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico. Sin embargo, pese a que se les debe reconocer en títulos de dominio para regularizar ante el Derecho la situación de la propiedad de las tierras, no es dicho documento el que les otorga el dominio sobre las mismas, sino la ocupación ancestral de los territorios y la relación que éstos tienen con su identidad como comunidad.

Con todo, la Corte en su sentencia manifiesta:

[...] A.- Hacer cesar cualquier actividad respecto del proyecto de exploración Punta Piedra II que no haya sido previamente consultada;

B.- poner en marcha los mecanismos necesarios de coordinación entre instituciones con el fin de velar por la efectividad de las medidas dispuestas;

ii) como Compensación Colectiva, crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de los miembros de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra;

²⁰² *Ídem.*

iii) como medidas de Satisfacción, realizar las publicaciones y transmisión radial;

iv) como Garantías de no repetición:

a) adoptar las medidas suficientes y necesarias, a fin de que sus disposiciones reglamentarias sobre minería no menoscaben el derecho a la consulta, y

b) crear mecanismos adecuados para regular su sistema de Registro de Propiedad;

v) en relación con la Investigación, el Estado debe continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación por la muerte de Félix Ordóñez Suazo y demás denuncias interpuestas en la jurisdicción interna, y en su caso, sancionar a los responsables;

vi) como Indemnización, pagar el reintegro de costas y gastos, así como el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, por los gastos incurridos.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

5.1.1.9. Breve conclusión del Capítulo.

Luego de un breve análisis a los casos insignes que emanan de la jurisprudencia de la CIDH en materia de derechos de pueblos indígenas y tribales, podemos ver que las tendencias y criterios de interpretación adoptados por dicho Tribunal, reconocen “la estrecha vinculación de los integrantes de dichos pueblos con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran. Se reconoce, asimismo, el hecho de que entre los indígenas existe una

tradición comunitaria sobre una forma comunal de la Propiedad Colectiva de la tierra”.²⁰³

De lo anterior, se colige que el vínculo entre los miembros de aquellas comunidades y el territorio que han ocupado tradicional y ancestralmente, no encuentra su límite en la concepción liberal-industrial que se tiene de Propiedad y Posesión. La que, por un lado, implica indefectiblemente una apropiación individual de los bienes”,²⁰⁴ sumada al señorío que sobre los mismos tiene el titular de este Derecho para disponer en forma libre de ellos, y por otro, una lógica centrada en la explotación y productividad de la tierra como base del sistema económico de las sociedades.

La CIDH, desde el año 2001, con el fallo del caso Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua*, no sólo ha aceptado la existencia del Derecho de Propiedad Consuetudinario Ancestral, colectivo indígena y tribal, sino también la de un elemento espiritual que los territorios implican para supervivencia de culturas diferentes y que, por ello se deben respetar y preservar en el tiempo.

En este sentido la Corte en su labor interpretativa ha ampliado los alcances que el Derecho a la Propiedad previsto en el Artículo No. 21 de la CADH solía tener y así, ha logrado “adaptarse a las situaciones y casos respectivos. la CIDH adoptará un método dinámico de interpretación que autores como el profesor *Hennebel* llamarán ‘dinámico’ o ‘sociológico’ y que consistirá en interpretar el derecho aplicable en el contexto y en relación estrecha con la realidad del peticionario”.²⁰⁵ La importancia de lo anterior es que “se trata de una mirada universal multicultural profunda que hará florecer teorías y técnicas de interpretación novedosas a fin de adaptar la Convención al particularismo cultural”.²⁰⁶ En definitiva, reconocer y aplicar el derecho como un instrumento vivo.

²⁰³ DEL TORO, Mauricio. *Op. Cit.*

²⁰⁴ *Ídem.*

²⁰⁵ *Ídem.*

²⁰⁶ *Ídem.*

De esta manera, se ha incluido dentro del Artículo No. 21 de la CADH, “la protección y reconocimiento tanto de la Propiedad sobre las tierras y recursos naturales de carácter ancestral pertenecientes a las comunidades en cuestión, como el derecho a que las mencionadas extensiones de suelo sean correctamente delimitadas y demarcadas por los Estados”.²⁰⁷ El Tribunal Regional, ha entendido así mismo que dentro de la protección a la propiedad indígena y tribal, “se encuentra la obligación de restituir o reivindicar los territorios de que han sido históricamente despojados los pueblos”²⁰⁸ y a la “indemnización por pérdida o traslado”²⁰⁹ de que son titulares dichos grupos humanos.

Con el objeto de sustentar dicho criterio, la CIDH se ha apoyado en diferentes cuerpos normativos complementarios pertenecientes al Derecho Internacional de los Derechos humanos, los que han servido precisamente para superar viejos y arraigados paradigmas y gracias a ello, proteger a sectores de la población que ven especialmente vulnerados sus derechos en nuestros días. Con todo, gracias a tratados internacionales como el Convenio No.169 de la OIT, la perspectiva indígena ha ido paulatinamente aceptándose e incorporándose en el funcionamiento interno de las instituciones de los Estados, quienes, instados por los fallos del Tribunal, han evolucionado hacia tendencias legislativas y administrativas, comprensivas de los colectivos humanos divergentes que los componen.

5.2. El Derecho a Consulta y Participación Indígena.

Como ya hemos visto en el capítulo preliminar de este trabajo, la Consulta y la Participación, constituyen un mecanismo democrático para la adopción de decisiones, es decir, una obligación que el Derecho Internacional a impuesto a los Estados y que estos deben realizar indefectiblemente, por otro lado, “la Consulta representa un Derecho de los pueblos indígenas alrededor del mundo, prevista en el Convenio No.

²⁰⁷ *Ídem.*

²⁰⁸ *Ídem.*

²⁰⁹ *Ídem.*

169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.²¹⁰

Ambas instituciones, implican que los gobiernos tienen el deber de escuchar y considerar las opiniones de los pueblos indígenas y tribales y que estos, “tienen la posibilidad de emitir su opinión y decidir, en virtud del Artículo No. 6 del mismo Convenio”²¹¹, cada vez que existan medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Gracias a este derecho, además, “los pueblos pueden empoderarse y confrontar la marginación histórica de la que son objeto. En especial, en los casos relacionados a las actividades extractivas, cuya ejecución y expansión sobre territorios ancestrales, genera y perpetúa relaciones desiguales de poder, lo cual agrava la situación de vulnerabilidad de sus Derechos Humanos”.²¹²

Es debido a los “grandes retos a que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales -incluidos la regularización de la propiedad de la tierra y el acelerado aumento de la explotación de recursos naturales”²¹³- que la participación de aquellos en estos y otros ámbitos que les atañan, es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el consenso. De esta manera, la importancia de “las consultas, es que pueden ser un instrumento de diálogo auténtico y de cohesión social y por lo mismo, pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos dentro de los Estados Americanos”.²¹⁴

²¹⁰ *Ídem.*

²¹¹ Artículo No. 6.- Convenio No. 169 Organización Internacional del Trabajo.:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

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

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

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

²¹² DEL TORO, Mauricio. *Op. Cit.*

²¹³ *Ídem.*

²¹⁴ *Ídem.*

Los derechos de “los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones, constituyen la piedra angular del Convenio No.169 de la OIT”²¹⁵ y la base para aplicar el conjunto más amplio de derechos consagrados en él. Tal es el caso del Derecho a la Propiedad Comunal sobre los territorios tradicionalmente ocupados, cuyo análisis vimos largamente en el capítulo anterior.

La Consulta y el Derecho a la Participación son principios fundamentales de la gobernanza democrática y del desarrollo incluyente, ya que constituyen el medio por el cual las comunidades indígenas y tribales pueden incidir plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan de manera directa, como por ejemplo la “prospección o explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación o enajenación de las tierras”²¹⁶, toda vez que aquello implique la decisión de un modelo de desarrollo.

El hecho de “no realizar estas consultas, impidiendo a las comunidades participar, tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas o proyectos específicos de desarrollo”²¹⁷, puesto que “resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales, quienes, en pie de igualdad, deben gozar de los mismos derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”.²¹⁸

Ahora bien, en cuanto a la región, para nadie es un secreto que, en América Latina, “a partir de los años noventa del Siglo XX, se ha promovido la inversión privada en la extracción intensiva de recursos naturales como parte del modelo de desarrollo económico en la región”²¹⁹. Dicha expansión ha sido facilitada en gran parte por

²¹⁵ *Ídem.*

²¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.* p 13.

²¹⁷ *Ídem.*

²¹⁸ *Ibid.*, p. 14.

²¹⁹ *Ídem.*

diversas y complejas modificaciones legislativas internas “como privatizaciones, exenciones tributarias y flexibilización del licenciamiento ambiental”.²²⁰

En el “marco de un modelo económico dependiente de la exportación de recursos naturales, la industria extractiva ha entrado en un nuevo ciclo de expansión que se ha acompañado de la capacidad cada vez más pronunciada de las empresas transnacionales de incidir en procesos políticos domésticos”.²²¹ No obstante lo anterior, no es menos cierto que en varios países de la región ha tenido lugar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Aquello, sumado a las demandas de los mismos y los múltiples y largos procesos de reivindicación de su libre determinación en el ámbito internacional, demandas que, gracias a la adopción de tratados internacionales como el Convenio No. 169 de la OIT han obtenido el reconocimiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es que “en los instrumentos internacionales referidos y en los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano, se ha otorgado un lugar central al Derecho a la Consulta y Consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas”.²²²

Así las cosas, a modo de ejemplo, la Corte Interamericana ha exigido consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas o tribales en casos de elección y entrega de tierras tradicionales o alternativas en caso de que las primeras no pudieran reivindicarse, en el pago de una justa indemnización, en el erigimiento de monumentos que conmemoren vulneraciones a sus miembros, en asuntos de participación política, entre otras. Aquellas decisiones “no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, por el contrario, deben realizarse conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de Consulta, valores, usos y Derecho Consuetudinario.”²²³

²²⁰ *Ibid.*, p. 5.

²²¹ *Ídem.*

²²² *Ibid.*, p. 6.

²²³ *Ibid.*, p. 28.

En el siguiente capítulo, se tratarán precisamente los criterios que la CIDH ha seguido en materia de Consulta y Participación Indígena, teniendo en consideración que los cuestionamientos más recurrentes por parte de las organizaciones aborígenes y de las sociedades civiles americanas, se encuentran vinculados, junto a la omisión de la misma por supuesto, a la restricción del contenido del Derecho a la Consulta en las normas internas aprobadas o por aprobarse, a la adopción de textos legales contrarios a este Derecho, y a la realización de procesos de Consulta que no representan mecanismos efectivos de garantía de derechos.

5.2.1. Comunidad *Moiwana* vs. Suriname. (2005).

a) De los antecedentes generales del caso y origen del conflicto.

Este fallo del año 2005, establece que cuando los territorios indígenas o tribales se han perdido “por la violencia ejercida por terceros, o por actos legislativos o administrativos no consentidos por los pueblos indígenas; entonces el Derecho Territorial no se vincula a la posesión actual, sino a la Posesión Indígena Tradicional”²²⁴ y ancestral de los mismos.

Los hechos se refieren a la Comunidad *N'djuka*, que está conformada por personas originarias del África que habitan en la zona oriental de Suriname desde el siglo XVII. Esta Comunidad tiene su propio idioma e historia, así como tradiciones culturales y religiosas que la distinguen de otras comunidades indígenas que habitan en el mismo territorio. Dentro de dicha Comunidad, se ubica la Aldea de *Moiwana*, fundada por clanes *N'djuka* a fines del siglo XIX.

En 1986, el Régimen Militar de Desire Bouterse se enfrentó al grupo armado opositor conocido como el *Jungle Commando*, y en noviembre de ese mismo año, se llevó a cabo “una operación militar en la aldea de *Moiwana* donde agentes militares y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros de la Comunidad, entre los cuales

²²⁴ *Ibíd.*, p. 29.

había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros tantos”.²²⁵ Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la comunidad y forzó a los sobrevivientes a huir. Desde su partida de la aldea de *Moiwana*, los pobladores sufrieron condiciones de pobreza y se vieron impedidos de practicar sus medios tradicionales de subsistencia.

La aldea de *Moiwana* y sus tierras tradicionales circundantes quedaron abandonadas desde el ataque, “[...] mientras que a los miembros de la Comunidad les fue imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque”.²²⁶

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Para la Corte, uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales, pero, ¿Qué ocurre cuándo comunidades indígenas han sido desplazadas de manera forzosa de los mismos? ¿Qué rol juega el deber de Consulta Previa e Informada en la reubicación y reivindicación de territorios y en la reparación de los derechos vulnerados?

Si bien el caso de la Comunidad *Moiwana* es conocido como un fallo paradigmático del Derecho de Propiedad, específicamente del traslado forzoso y violento de personas miembros de comunidades indígenas. Lo cierto es que en el presente trabajo se ha querido analizar desde otra perspectiva y es que el deber de Consulta y Participación que se analiza en este capítulo, no sólo sirve como medio de protección previa de los derechos de los pueblos originarios y tribales, por el contrario, muchas veces también se yergue como un arma de reivindicación de los derechos de propiedad y otros que ya han sido vulnerados y de los que ya han sido despojados. Así, la Consulta también debe realizarse respecto de las formas de reparación a las transgresiones efectuadas por los Estados.

²²⁵ *Ibid.*, p. 6.

²²⁶ *Ibid.*, p. 6.

El Artículo No.16 de Convenio No. 169 de la OIT, junto con establecer la prohibición del traslado de grupos indígenas de las tierras que ocupan, dicta ciertas reglas para que dicho traslado y reubicación sea consentido. Este último aspecto es relevante, pues la reubicación y reivindicación de territorios, aun cuando estos hayan sido violenta y arbitrariamente arrebatados, debe realizarse de conformidad a la norma citada, es decir, con el consentimiento previo de las colectividades aludidas dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

De esta forma, el Párrafo No. 212 del fallo, prescribe:

La Corte está consciente de que los miembros de la comunidad no desean regresar a sus tierras tradicionales hasta que: 1) el territorio sea "purificado" de acuerdo con los rituales culturales; y 2) ya no tengan temor de que se presenten nuevas hostilidades en contra de la comunidad [...] Cuando los miembros de la comunidad estén satisfechos de que se ha hecho lo necesario para que puedan regresar, el Estado deberá garantizar la seguridad de aquéllos. A tales efectos, cuando los miembros de la comunidad regresen a dicha aldea, el Estado deberá enviar representantes oficiales cada mes a la aldea de Moiwana durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales los miembros de la comunidad expresan preocupación en relación con su seguridad, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas.

Por último, el Tribunal en su Párrafo No. 218 establece que incluso respecto de otras formas de reparación, ajenas a materias de territorio, como lo es la construcción de un monumento conmemorativo de la masacre, también es necesaria la realización de la Consulta;

Finalmente, la Corte también observa con satisfacción lo manifestado por Suriname en el sentido de que "no tiene objeciones a establecer un monumento para señalar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana [...] este monumento debe ser un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y no deberá repetirse en el futuro". Por esas mismas razones – para recordar los hechos del 29 de noviembre de 1986, así como para prevenir que hechos tan graves ocurran en el futuro – el Estado deberá construir un monumento y colocarlo en un lugar público apropiado. Dicho monumento deberá ser instalado dentro del año siguiente a la notificación de la presente Sentencia.

El diseño y la ubicación deberán ser resueltos en consulta con los representantes de las víctimas.

5.2.2. Caso Comunidad Yatama vs. Nicaragua (2005).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Si bien el deber de Consulta y Participación de los pueblos indígenas y tribales, es un presupuesto *sine qua non* para el establecimiento de la debida protección al Derecho de Propiedad Consuetudinaria sobre las tierras y territorios ancestrales, lo cierto es que “la Consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de Propiedad Indígena, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas”.²²⁷

El presente fallo “sentó precedente para la creación de jurisprudencia sobre la participación de los pueblos indígenas en las elecciones de representantes municipales gubernamentales”²²⁸. Los hechos se derivan de la “adopción de Ley Electoral No. 331 en enero de 2000. Esta nueva ley no contempló la figura de las asociaciones de suscripción popular para que las comunidades indígenas participaran en las elecciones”²²⁹, “sólo se permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos”.²³⁰

“En marzo de 2000 miembros de la organización indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (Yatama)* intentaron obtener la autorización para ser reconocidos como partido político regional”.²³¹ No obstante, a pesar de los diversos recursos presentados, la solicitud fue denegada. Ello generó que el grupo *Yatama* no pudiera participar de las elecciones respectivas.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 6.

²²⁸ *Ídem.*

²²⁹ *Ídem.*

²³⁰ *Ídem.*

²³¹ *Ídem.*

Los alegatos de los representantes de las víctimas solicitaron que el Estado de Nicaragua tomara en primer lugar las medidas legislativas necesarias para “asegurar la representación de las comunidades indígenas en las distintas estructuras de poder”²³² y en segundo puso de manifiesto la necesidad de consultar previamente a dichas comunidades, respetando además sus formas de organización. “El Estado debe establecer circunscripciones electorales que tomen en cuenta los territorios indígenas, y fijar una ‘cuota étnica’ a favor de los pueblos indígenas en la Asamblea Legislativa”.²³³ Sobre todo, “si se tiene en cuenta que la Costa Atlántica de Nicaragua, lugar donde se desencadenan los hechos relatados, ocupa el 50% del territorio nacional y tiene una población aproximada de medio millón de personas, de las cuales 170.000 mil son indígenas”.²³⁴

Finalmente, en 2005 la CIDH falló por unanimidad en favor del partido Yatama, exponiendo: “El Estado Nicaragüense violó los derechos a garantías judiciales, a la protección judicial y los derechos políticos y de Igualdad ante la Ley”²³⁵.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

El concepto de Participación está estrechamente vinculado al de Consulta. De esta forma, el Artículo No.6 del Convenio establece en términos generales que los gobiernos deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan libremente participar, “por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.²³⁶

²³² *Ídem.*

²³³ *Ídem.*

²³⁴ *Ídem.*

²³⁵ *Ídem.*

²³⁶ *Ídem.*

Asimismo, el Artículo No.7 del Convenio dispone específicamente que los pueblos indígenas deberán participar “en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”²³⁷

De esta forma vemos como el Derecho a la Consulta no se limita a dar a conocer su reacción a medidas iniciadas o impuestas desde el exterior, sino que existiría una interrelación de los conceptos de Consulta y Participación. Lo anterior implica que los pueblos indígenas y tribales no deben dar a conocer sólo su reacción y ser capaces de influir sobre las propuestas dadas, sino que deben participar activamente y proponer medidas que construyan su desarrollo. En este sentido los conceptos entrelazados de “Consulta y Participación son los mecanismos que aseguran que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus propias prioridades, lo que incluye a la participación política y controlar su propio desarrollo económico social y cultural”.²³⁸

Los párrafos No. 184 y 185 “se pronuncian en razón del Artículo No.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos”²³⁹, sobre el Principio de Igualdad en el Derecho Internacional, mientras el párrafo siguiente, establece la necesidad de adoptar disposiciones en el Derecho Interno, consagrada normativamente en el Artículo No.2 de la Convención.

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens [...]

²³⁷ *Ídem.*

²³⁸ *Ídem.*

²³⁹ Artículo No. 1.- Convenio No. 169 Organización Internacional del Trabajo: Obligación de Respetar los Derechos.
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

[...] Por consiguiente, los estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. ²⁴⁰

En cuanto a la Participación propiamente tal, los párrafos Nos. 207 y 218 establecen respectivamente:

Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

*La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política.*²⁴¹

5.2.3. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Tal y como se trató en el capítulo anterior, este fallo reconoce a los pueblos afrodescendientes como titulares de derechos tribales extendiendo la protección de ciertas prerrogativas antes relegadas sólo a los pueblos indígenas.

²⁴⁰ Artículo No. 2.- Convenio No. 169 Organización Internacional del Trabajo. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²⁴¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.*

En Surinam, el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el Pueblo *Saramaka*, pero gracias a una clase de aprobación tácita de aquel, éste había obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos hasta que el mismo Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en el territorio de la Comunidad. Asimismo, “las concesiones madereras y la instalación de una planta hidroeléctrica dañaron gravemente el medio ambiente y el hábitat donde se asentaban”.²⁴²

Asimismo, ya se ha mencionado que “cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, debe estar basada en un proceso de participación plena”²⁴³, este debe tener como base un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la Comunidad Indígena en su conjunto, requiriendo, “como mínimo, que todos los miembros de la Comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual y colectivamente”.²⁴⁴

Sin embargo, son tantas las decisiones que deben tomarse sobre los territorios en cuestión y que deben ser consultados a las comunidades respectivas, que ciertamente tampoco existe una sola forma de llevar a cabo este deber de consulta previa e informada, por el contrario, “habrá gran diversidad de modalidades de aplicación práctica”²⁴⁵.

En el caso del Pueblo *Saramaka*, la CIDH a modo de innovación “dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren Consulta Previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con la Comunidad”²⁴⁶;

²⁴² *Ídem*.

²⁴³ *Ibid.*, p 115.

²⁴⁴ *Ibid.*, p 116.

²⁴⁵ *Ibid.*, p 117.

²⁴⁶ *Ibid.*, p 110.

Así por ejemplo, se ordenó consultar sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al Derecho de los integrantes del Pueblo *Saramaka* al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas “[...] para reconocer y garantizar el Derecho del Pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; sobre los estudios previos de impacto ambiental y social”.²⁴⁷

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

En primer lugar, la Corte Interamericana ha dicho que el reconocimiento del Derecho de Propiedad de los pueblos indígenas y tribales debe ser pleno y debe tener certeza jurídica sobre su estabilidad; así, los preceptos de la Convención Americana no se cumplen al intentar sustituirlo por otras figuras, tales como las concesiones forestales, que otorgan derechos limitados y son revocables. La Corte Interamericana ha dictaminado que no satisface los artículos No.21, 2 y 1.1 de la Convención Americana un marco legal que les otorga a los miembros de los pueblos indígenas y tribales un mero privilegio para usar la tierra, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su territorio. Un ejemplo de lo anterior, son los denominados permisos de ‘bosques comunitarios’ al pueblo *Saramaka* que, en esencia, son efectivamente concesiones forestales revocables que transmiten derechos de uso limitado y restringido y que, por lo tanto, no representan un reconocimiento adecuado de los derechos de los integrantes de la comunidad a la propiedad, pues no tienen efecto jurídico real alguno.

En segundo lugar, el Deber de Consulta, Consentimiento y Participación Previo e Informado, cobra especial vigencia, a la hora de materializar y otorgar verdadera certeza al Derecho de Propiedad Comunal Ancestral sobre tierras y recursos naturales, sobre todo ante la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o la

²⁴⁷ *Ídem.*

implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas o tribales, cuando tales planes, proyectos o concesiones puedan afectar los recursos naturales que allí se encuentran. “La participación de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones y formas propias de organización es requerida antes de la aprobación de planes o proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales”.²⁴⁸

En este sentido, el Párrafo No.133, se pronuncia de la siguiente forma:

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes de pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar. Activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procesos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado [...]

En el mismo sentido, el Párrafo No.134 establece:

*Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.*²⁴⁹

²⁴⁸ *Ídem.*

²⁴⁹ *Ídem.*

5.2.4. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador (2012).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

En el capítulo de Propiedad Colectiva Indígena, se expusieron los hechos que rodearon al caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* contra Ecuador, este versó principalmente sobre el otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en su territorio en la década de los 90, sin Consulta Previa, y por lo tanto, sin su consentimiento.

La exploración petrolera se inició, inclusive con el uso de explosivos de alto poder, en varios puntos del territorio indígena, creando una situación de riesgo para la población que, en ocasiones, le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y expresión de su cultura.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

La Corte concluye al igual que en el caso *Saramaka* que, si existe falta de adecuación cultural, entonces el Deber de Consulta no está cumpliendo con el estándar que se ha establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, la adecuación supone, “en términos generales, que el proceso sea acorde y respetuoso de las particularidades culturales propias del pueblo o comunidad indígena consultada”²⁵⁰. El carácter propicio de la Consulta, “está determinado por múltiples factores, como la Participación de los Pueblos Indígenas a través de sus instituciones representativas, la designación de traductores e intérpretes, de ser necesario, y la entrega de información inteligible para las comunidades”.²⁵¹

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 100.

²⁵¹ *Ídem.*

Otro de los aspectos que merece destacarse en este fallo, es que por “primera vez en la historia de la práctica judicial de la CIDH, para lograr una mayor convicción a la hora de emitir la sentencia, realizó una diligencia en el lugar de los hechos”.²⁵² De este modo, en abril de 2012, una delegación de jueces acompañada por integrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las víctimas y sus representantes y el Estado, visitó el territorio del Pueblo *Sarayaku* y escuchó “declaraciones de personas de la Comunidad, quienes compartieron sus experiencias y expectativas acerca de sus modos de vida, cosmovisión y sus vivencias en relación con los hechos del caso. Además, las delegaciones emitieron sus criterios y, al sobrevolar el territorio, observaron los lugares en que ocurrieron los hechos. Finalmente, el Estado reconoció su responsabilidad por medio de su representante”.²⁵³

El Convenio No.169 de la OIT tiene como una de sus finalidades, terminar con las guerras civiles tan arraigadas debido a la exclusión de ciertos sectores de la población. De esta forma, la Consulta se ha erguido como un, “mecanismo para establecer dialogo y facilitar acuerdos”²⁵⁴. Asimismo, La CIDH a través de sus fallos y la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de otros tratados internacionales como el ya citado Convenio, ha logrado paulatinamente el reconocimiento de la situación de desventaja en la que a menudo se encuentran los pueblos originarios en los Estados de que forman parte, impidiendo su participación equitativa en las decisiones que les afectan directamente.

El Párrafo No.159 se pronuncia de la siguiente forma:

La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y

²⁵² *Ibíd.*, p 82.

²⁵³ *Ídem.*

²⁵⁴ *Ídem.*

*respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del Derecho a la Consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática*²⁵⁵.

En este sentido, se pronuncia también el Párrafo No.160:

*Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su Derecho a la Propiedad Comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio No. 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios*²⁵⁶.

²⁵⁵ En relación con esto, a modo de ejemplo, en su Sentencia C-169/01 la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “Ya ha dicho la Corte que “el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior” (sentencia C-089/94, ibídem). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”.

²⁵⁶ *Ídem*.

5.2.5. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras (2015).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Honduras tiene una composición multiétnica y pluricultural, integrada principalmente por personas mestizas, indígenas y afrodescendientes. Existen estimaciones diversas sobre el número total de la población que compone el Pueblo *Garífuna* en Honduras. De acuerdo al censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística en 2001, "aproximadamente 49.000 personas se auto-identificaron como garífunas, mientras que otras fuentes estiman una población aproximada de 98.000 personas, aunque otras, han estimado de forma diferente el número de garífunas".²⁵⁷

En este caso, tal y como se expuso en el capítulo de propiedad, el Estado, otorgó a la comunidad un título de propiedad sobre una superficie de 800 hectáreas, respecto de la cual se solicitó con posterioridad, la ampliación a 3.000, sin embargo, sólo fueron tituladas 1.513 de forma adicional a las ya indicadas. Así, el Estado se reservaba el derecho de poner a disposición de la comunidad, en momentos venideros, las tierras que se encontraban en poder de privados. Incumpliendo con su obligación de saneamiento e introducción de mejoras a los pobladores de Río miel, tampoco cumplió con la reubicación de los privados mencionados.

En el año 2014, la Empresa Minera Caxina S.A., obtiene concesión minera no metálica otorgada por el Estado sobre la Propiedad que se prometió sería reivindicada a la Comunidad Indígena, y sobre la que recaían los títulos que se otorgaron, a saber, tanto en lo solicitado en una primera instancia, como en la ampliación de la petición. Al respecto, el Estado presenta una excepción por falta de recursos, es decir, por agotamiento de los recursos internos para dar solución al caso en cuestión, mas, éste reconoce parcialmente que no garantizó la posesión pacífica en los territorios de la Comunidad, no permitiendo, de esta manera, ejercer todos los atributos que el dominio da a sus miembros.

²⁵⁷ *Ídem.*

Junto a lo anterior, durante la diligencia *in situ* la delegación del Tribunal fue informada de la falta de regulación del proceso de Consulta para el caso de los miembros de las comunidades de Punta Piedra y Cosuna sobre el proyecto de exploración minera, “ya que según el Estado, dicha consulta se realizaría en momentos previos a iniciarse las actividades de explotación y no así de exploración, conforme a su legislación interna, en particular el Artículo No.82 del Reglamento de la Ley General de Minería”²⁵⁸

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

El Párrafo No.216 se pronuncia del siguiente modo;

*Sobre la consulta previa, [...] el Estado debe garantizar la misma, mediante la participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo. En este sentido, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas o tribales puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes*²⁵⁹.

En cuanto a sus características, “la Corte ha establecido que la Consulta debe ser realizada con carácter previo, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo, adecuada, accesible e informada”²⁶⁰. En particular, en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador*, “la Corte determinó que el Estado responsable por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, sin haberle consultado previamente”²⁶¹.

²⁵⁸ *Ídem.*

²⁵⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.* p. 167.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.178.

²⁶¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.*

En este mismo sentido, el Párrafo No.217 dice:

En particular, respecto del momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio No.169 de la OIT señala que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras²⁶².

En el presente caso, la Corte constató que el 4 de diciembre de 2014 la Corporación Minera Caxina S.A., “obtuvo una concesión para la exploración minera no metálica por un período de 10 años, sobre una extensión territorial de 800 ha, que abarca territorio que resulta ser parte de lo enmarcado en los dos títulos de propiedad otorgados a la Comunidad”²⁶³ (*supra* párr. 125). Dicha concesión “autoriza expresamente a la Empresa el uso del subsuelo y la realización de actividades mineras, geológicas, geofísicas y otros trabajos en el área de la concesión”²⁶⁴. En este sentido, la Corte considera que por el objeto de dicha concesión, ésta podría generar una afectación directa sobre el territorio de la Comunidad en sus siguientes fases, a lo largo del período de los 10 años en que fue otorgada, por lo que esta situación, en el caso concreto, exigiría la realización de una Consulta Previa a la misma.

5.2.6. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay (2010).

a) Del origen del conflicto y antecedentes de la comunidad.

Los hechos del presente caso se desarrollan una vez más en la región del Chaco paraguayo. En de julio de 2009 “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó, de conformidad con los artículos Nos. 51 y 61 de la Convención”²⁶⁵, una demanda contra la

²⁶² *Ídem.*

²⁶³ *Ídem.*

²⁶⁴ *Ídem.*

²⁶⁵ Artículo No. 51.- Convención Americana de Derechos Humanos.

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

República del Paraguay por responsabilidad internacional del Estado, debido a la falta de Garantía del Derecho de Propiedad Ancestral de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek* y sus miembros. Lo anterior, “ya que desde 1990 se encontraba tramitándose una solicitud de reivindicación territorial sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente” ²⁶⁶

A fines del Siglo XIX, el Estado vendió gran parte del territorio, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba y desde entonces, las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores, como es la del caso en cuestión, a desplazarse y concentrarse en un espacio considerablemente menor al ocupado tradicionalmente.

Además del despojo de sus tierras, la Comunidad, compuesta por cerca de 60 familias, se vio fuertemente limitada al uso del territorio al cual se vieron forzados a migrar, debido al carácter de propiedad privada que revestían las estancias donde se asentaron. De esta forma, se vieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales.

En el año 1990 los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo con el fin de recuperar parte de los territorios que habían ocupado tradicional y ancestralmente, y cerca de nueve años después, ante el fracaso de dicha vía administrativa luego de distintos intentos de negociación, “se acudió al Congreso de la República para solicitar la expropiación de las tierras en reivindicación”.²⁶⁷

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Por su parte el Artículo 61.- Convención Americana de Derechos Humanos; versa de la siguiente manera:

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

²⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.*

²⁶⁷ *Ídem.*

Finalmente, en 2008 la Presidencia de la República declaró 12.450 hectáreas de una de las Estancias de dominio privado, como un Área Silvestre Protegida, una vez más sin consultar previamente a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial alguno.

b) Análisis del fallo de la CIDH y párrafos de consideración.

Los procesos de Consulta a los pueblos indígenas, “son una obligación internacional de los Estados de acuerdo con las disposiciones del Convenio No.169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales”²⁶⁸. Sin embargo, estos procesos participativos afrontan limitaciones ante las cuales los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han hecho informes y emitido sentencias para contribuir a la garantía de sus derechos individuales y colectivos con base en estándares internacionales.

En el Párrafo No.273 del fallo la Corte reconoce como uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, al establecimiento por parte de los Estados, de consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales”. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el Derecho a la Identidad Cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe, “respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos”²⁶⁹.

En el presente caso “está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal”²⁷⁰; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios

²⁶⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.*

²⁶⁹ *Ídem.*

²⁷⁰ *Ídem.*

privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, “quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria”²⁷¹.

En el mismo sentido, se pronuncian los párrafos Nos. 273 y siguientes:

*Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena.*²⁷²

Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte.

En el presente caso se encuentra debidamente probado que no se tomó en cuenta la reclamación indígena sobre las tierras declaradas como reserva natural al momento de emitirse el Decreto No. 11.804 y aprobarse la justificación técnica que las declaraba como tal; que no se informó a los miembros de la Comunidad sobre los planes para declarar parte de la Estancia Salazar como reserva natural privada, y que dicha declaratoria ocasionó perjuicios a la forma de vida de los miembros de la Comunidad.

²⁷¹ *Ídem.*

²⁷² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op.Cit.*

5.2.7. Breves conclusiones del Capítulo.

La Consulta, es un mecanismo democrático para la adopción de decisiones obligatoria para los Estados e impuesta por el Derecho Internacional en el Convenio No. 169 de la OIT, como un Derecho de los pueblos indígenas.

Sin embargo, existe un concepto un poco más amplio, equívoco y abstracto que el de Consulta, tal es el de Participación. Este concepto “está vinculado estrechamente al de Consulta”²⁷³ y se ha entendido de diversas maneras. Así, algunos entienden a la participación como “un mecanismo por medio del cual los individuos pueden acceder a cargos de elección popular y para otros está formada por todas aquellas acciones de los ciudadanos dirigidas a influir en sus representantes o a tomar parte en los procesos de formulación, decisión e implementación de las políticas públicas”²⁷⁴.

La interrelación que existe entre ambas figuras radica en “que el Derecho de los pueblos indígenas a la Consulta no se limita al de dar a conocer su reacción a medidas iniciadas o impuestas desde el exterior, sino de deben influir y participar activamente ante dichas medidas”²⁷⁵. La Participación significa, asimismo, más que una mera Consulta, una verdadera apropiación de las iniciativas que se relacionen con su desarrollo.

Así las cosas, el Derecho a la Participación y a ser consultado es fundamental en primer lugar para garantizar el Derecho a la Propiedad Comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, de esta manera, para la CIDH, “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las

²⁷³ *Ídem.*

²⁷⁴ *Ídem.*

²⁷⁵ *Ídem.*

comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales”²⁷⁶.

No obstante lo anterior, hemos visto, tras el análisis de los casos de la CIDH, “[...] que el Derecho de Consulta y Participación no sólo sirve como una herramienta eficaz para garantizar al Derecho de Propiedad Comunal y Consuetudinaria de los pueblos originarios, por el contrario, en muchas ocasiones se yergue también como un medio para proteger otros Derechos Fundamentales como el de Participación Política”²⁷⁷- Caso pueblo *Yatama* vs Nicaragua del año 2005- e incluso, como un ente reparador, a la hora de reivindicar y garantizar derechos que ya han sido vulnerados por el Estado o terceros. Tal es el caso del fallo que se pronuncia sobre la Comunidad *Garifuna* de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras.

El Derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el Derecho a la Identidad Cultural. Por lo tanto, el Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos y, por lo tanto, debe hacerse de modo que sea inteligible para todos los actores involucrados.

La obligación estatal de desarrollar procesos de Consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el Derecho la Identidad Cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio. En este sentido, los conceptos entrelazados de Consulta y Participación son los “mecanismos que aseguran que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, controlando tanto el aspecto económico, como el social y el cultural”²⁷⁸

²⁷⁶ *Ídem.*

²⁷⁷ *Ídem.*

²⁷⁸ *Ídem.*

CAPÍTULO VI: JURISPRUDENCIA DE LA TRIBUNALES NACIONALES CHILENOS EN MATERIA DE CONSULTA Y PROPIEDAD INDÍGENA. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El Convenio No. 169 de la OIT guarda gran relevancia para las comunidades indígenas que habitan el territorio de la República, pues desde su entrada en vigencia ha sido considerado como un mecanismo necesario para ‘exigir jurídicamente sus derechos, frente a los Tribunales de Justicia’.

El profesor Claudio Nash, afirma que la aplicación del Convenio por parte de los Tribunales de Justicia puede caracterizarse de dos formas; “aquellos tribunales que aplican directamente las normas del Convenio, y aquellos en los que el Convenio se emplea como instrumento o estándar interpretativo de otras normas”²⁷⁹. A su vez, dicho estándar interpretativo, se distingue entre aquellas resoluciones en que el Convenio es utilizado como argumento principal, y aquellas cuya utilización es simplemente ilustrativa.

En nuestro país, la jurisprudencia en su mayoría ha utilizado el Convenio mencionado, como un instrumento normativo relevante para fallar, mas, la aplicación del mismo se realiza tanto directamente como instrumento estándar de interpretación. No existe por tanto un criterio de hermenéutica único. Ahora bien, es claro que la jurisprudencia ha ido avanzando desde una “enunciación del Convenio como una más de las normas jurídicas a considerar, hacia la aplicación sustantiva de sus estándares”²⁸⁰.

En este sentido, en algunos casos, siguiendo un camino similar al de la evolución de la jurisprudencia de la CIDH, el Convenio ha sido utilizado para incorporar obligaciones adicionales al Estado y para interpretar la normativa nacional desde una perspectiva de derechos colectivos.

²⁷⁹ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, 38.

²⁸⁰ *Ídem.*

Tal y como sucede en el resto del mundo, la mayor parte de los conflictos en materia de Derecho Indígena que ocurren en nuestro país, se relacionan tanto con la omisión de la Consulta Previa ante resoluciones administrativas que aprueban proyectos de inversión, como asimismo con vulneraciones al Derecho de Propiedad Indígena sobre territorios que ancestralmente han sido habitados por estas comunidades.

A continuación, realizaremos un repaso por los principales pronunciamientos judiciales relacionados con la utilización del Convenio No. 169 de la OIT, con el objeto de ilustrar sus modalidades de uso y ámbitos de aplicación, identificando los avances y desafíos que representa su incorporación sustantiva. Esta visión general de la aplicación jurisprudencial del Convenio nos permitirá identificar sus potencialidades como herramienta normativa en Chile.

6.1. El Convenio No. 169 de la OIT y su aplicación en materia de Consulta Previa.

Tal y como ya se mencionó, una de las materias fundamentales donde se ha invocado y aplicado el Convenio, es en relación a la obligación de realizar este mecanismo jurídico de forma previa e informada. Así, el Derecho de Consulta que consagra dicho Tratado Internacional, “supone una Garantía a la integridad de los pueblos indígenas y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir los términos de relación con otros grupos humanos”²⁸¹. Por lo mismo, “constituye una norma ‘primordial’ del Tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)”²⁸².

Pese a que la Consulta está establecida para todo tipo de medidas administrativas y legislativas que pudieren afectar a las comunidades en cuestión, en el caso chileno la judicialización de los casos referidos a este tema, se ha relacionado

²⁸¹ *Ídem.*

²⁸² *Ídem.*

casi exclusivamente con proyectos de inversión privada aprobadas por la autoridad competente (administración) y conflictos medioambientales generados por lo anterior. En este sentido, de manera precedente al estudio de la jurisprudencia propiamente tal, es necesario hacer una breve introducción al Sistema de calificación de los proyectos aludidos.

6.1.1. Sobre la contextualización de los casos chilenos: El Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, los proyectos de inversión y la Consulta Previa.

Sabemos ya que un grupo importante de casos que se han judicializado en base al Derecho de Consulta Previa se dan en el contexto de dictación de medidas administrativas emanadas de la autoridad ambiental. Las que aprueban proyectos de inversión que tienen impacto en los territorios habitados por pueblos indígenas. Esto, en el marco de proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación Ambiental (en adelante SEIA).

El SEIA es un instrumento que permite introducir la dimensión ambiental en el diseño y la ejecución de los proyectos y actividades que se realizan en el país; a través de él, se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto en el sector público como el privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables. En este sentido, el SEIA “consiste en un conjunto de procedimientos cuyo objetivo es identificar y evaluar los impactos ambientales que un proyecto o actividad generará o presentará, permitiendo diseñar las medidas que reduzcan dichos impactos”²⁸³.

Ahora bien, la Evaluación de Impacto Ambiental corresponde “una serie de actos administrativos y técnicos vinculados entre sí, que posibilitan al titular del proyecto el perfeccionamiento de sus planteamientos iniciales y de esta forma”²⁸⁴, el

²⁸³ *Ídem.*

²⁸⁴ *Ídem.*

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) pueda tomar la decisión de aprobar o rechazar dicho proyecto sobre la base del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Declaración de Impacto Ambiental (DIA) presentada, las evaluaciones de las respuestas a las diversas observaciones formuladas por el SEA, y por último de las presentaciones hechas por el titular, y las observaciones ciudadanas.

Dentro de este procedimiento, se contempla la llamada Participación Ciudadana, compuesta por los derechos de acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la Evaluación en cuestión, así como formular observaciones y obtener una respuesta fundada de ellas. “A partir de diciembre de 2013, empezó a regir el nuevo reglamento del SEIA, que contempla un procedimiento especial de Consulta en el marco de aquel”²⁸⁵.

La Evaluación se inicia una vez que el titular de un proyecto o actividad ingresa al SEIA ya sea a través de una DIA o EIA. Así, para determinar la admisibilidad del ingreso, habrá que establecer si el mencionado proyecto está contenido o no en el Artículo 10 No. de la Ley N° 19.300. Es decir, en caso de estar regulado, se aplicará el procedimiento y deberá ingresar necesariamente al Sistema.

Ahora bien, para determinar en qué modalidad debe hacerlo (EIA o DIA), se deberá analizar si el proyecto o actividad presenta o genera algunos de los efectos descritos en el Artículo No.11 de la Ley N° 19.300, en cuyo caso deberá presentarse al sistema como un EIA o caso contrario, lo hará a través de una DIA.

La Evaluación de Impacto Ambiental concluye con una resolución dictada por la autoridad (resolución de calificación ambiental, RCA) respectiva, la que certifica que el proyecto o actividad cumple, o no, con todos los requisitos ambientales aplicables.

En el caso de los pueblos indígenas, los casos que se han judicializado corresponden en su mayoría a acciones de protección que buscan impugnar las RCA

²⁸⁵ *Ídem.*

dictadas por la autoridad ambiental, bajo la consideración de que en estos procesos no se ha realizado una Consulta Previa debiendo hacerse, o si se ha realizado, esta no ha sido conforme a los lineamientos del Convenio No. 169 de la OIT, al haber homologado el deber de Consulta Indígena a otro tipo de institución o mecanismo. Tal es el caso de la llamada Consulta Ciudadana establecida en materia ambiental que se tratará en el acápite siguiente.

6.1.2. Sobre la suficiencia e insuficiencia de los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental.

Un aspecto central en la jurisprudencia nacional ha sido determinar si los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental del SEIA, satisfacen o no los estándares del Convenio respecto al deber de realizar una Consulta Previa. En este punto, nuestros Tribunales han sido vacilantes y encontramos sentencias que estiman que el deber general de Consulta referido a procedimientos de evaluación ambiental ya se encuentra incorporado en la legislación, a través de los mecanismos de participación ciudadana; mientras que otras resoluciones indican que la Consulta Indígena prevista en el Convenio No. 169 de la OIT es diferente a los procedimientos de participación de la Ley Ambiental.

La tendencia jurisprudencial en Chile, fue, al menos en un primer momento y en consideración al carácter flexible de la Consulta, que era suficiente con las normas de participación ciudadana contempladas en la normativa ambiental existente, para dar por cumplida la obligación impuesta por Artículo No. 6 del Convenio No. 169 de la OIT.

Hay que considerar que gran parte de estas sentencias, corresponde a casos anteriores a las modificaciones al reglamento del SEIA. En ese sentido, la regulación vigente no contemplaba una normativa especial respecto a la Consulta Indígena en el marco del SEIA. Sin embargo, los casos reseñados son útiles para identificar cómo se concibe dicho deber en la jurisprudencia e identificar los estándares bajo los cuales se ha aplicado.

Si bien es cierto que, tanto la jurisprudencia como las recomendaciones de Organismos Internacionales no determinan un modelo específico de normativa para dar aplicación al deber de realizar una Consulta Previa y, en este sentido, se ha indicado que este mecanismo puede ser flexible y debe adecuarse a la realidad de cada país, aquello no significa que dicho proceso y regulación no deban cumplir con ciertos parámetros mínimos, los que son determinados en el mismo Convenio. De esta manera, fueron desafortunadas las conclusiones a las que llegó la Excelentísima Corte Suprema en torno los mecanismos de participación ciudadana de la Ley Ambiental y su aparente satisfacción al deber de Consulta, puesto que aquellos no fueron diseñados para considerar las particularidades culturales, ni tampoco has sido desarrollados con el propósito de llegar a acuerdos vinculantes entre las partes.

Favorablemente a las pretensiones de los pueblos autóctonos, el mencionado criterio de nuestros Tribunales Superiores de Justicia se revirtió. Lo anterior, se puede apreciar, al analizar la evolución de los fallos que se expondrán a continuación. A saber, Caso Comunidad Mapuche Huilliche Pepiuquelén, y caso Comunidad Mapuche- Lafkenche, entre otros.

6.2. De la Jurisprudencia en materia de Consulta Previa.

6.2.1. Caso Planta Celulosa Arauco con Comunidad Mapuche-Lafkenche (Ducto Celco). , Rol N° 148-2010, sentencia de 26 de mayo de 2010 de Corte de Apelaciones de Valdivia.

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

El conflicto se origina por la calificación favorable de la Comisión Regional del Medioambiente del Estudio de Impacto Ambiental, concerniente al proyecto «Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados en Planta Valdivia» y con ello, posteriormente, su aprobación. A partir de ahí, “más de una decena de

comunidades indígenas presentaron un Recurso de Protección contra dicha Resolución (en adelante RCA)”²⁸⁶.

Se reclaman principalmente dos cosas. En primer lugar, la infracción al deber de Consulta del Convenio No. 169 de la OIT y segundo, que en el EIA no se considera la afectación al uso consuetudinario del espacio costero marino de los pueblos originarios, es decir, se omite la dimensión antropológica del daño. De esta manera, la RCA es en efecto ilegal y también arbitraria, vulnerando diversas Garantías Constitucionales.

La Corte de Apelaciones rechaza la Acción de Protección, en virtud tanto de la flexibilidad con la que el Convenio debe ser aplicado, “como de la auto-ejecutabilidad de las normas de Consulta, que al tener el contenido suficiente, pueden ser aplicadas sin otros trámites como Fuente de Derecho Interno”²⁸⁷. Finalmente, la Corte Suprema ratifica la decisión aduciendo principalmente que el deber Consulta, (no vinculante), ya se encuentra recogido en la Ley 19.300, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

El 14 de octubre de 2010 la Corte Suprema ratifica la decisión de Corte de Apelaciones de Valdivia respecto del caso tratado, basando su fallo en dos puntos centrales, la relevancia de la participación ciudadana, y la homologación de la misma con el deber de Consulta.

El fallo comienza manifestando en el Considerando Segundo, la importancia de la participación de todos los habitantes de la Nación, en el marco de la igualdad de oportunidades, consagrado además en el Artículo Nos. 1 inciso 2 y 3 de la CPR. Lo planteado con antelación, para los Ministros de Corte, se logra gracias a una adecuada

²⁸⁶ EXELENÍSIMA CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 4078-2010, en autos caratulados “Caso Ducto Celco”. Sentencia del 14 de octubre de 2010.

²⁸⁷ *Ídem*.

aplicación del Convenio No.169 de la OIT, pues éste, viene a concretar el ámbito de protección de los Derechos Humanos en nuestro país, al permitir que, y bajo el tenor del articulado citado, “todos los habitantes de la comunidad nacional participen con igualdad de oportunidades en su mayor realización espiritual y material posible”²⁸⁸.

Por otra parte, el fallo prescribe que el deber de Consulta, contenido en el Artículo No. 6.1 del Convenio citado, tiene como finalidad provocar acuerdos sobre medidas propuestas, teniendo presente que la misma no puede ser bajo ningún aspecto «una Consulta Popular Vinculante», pues el hecho de hacerlo afectaría las atribuciones privativas que la Carta Fundamental otorga a las autoridades y a la esencia de nuestra soberanía, radicada esencialmente en la Nación y no en determinados grupos. Es por esto que, todos los habitantes, incluidas las comunidades indígenas deben someterse al mismo Ordenamiento Constitucional, de acuerdo al Artículo No. 8, 9 y 11 del Convenio.

El Artículo No. 8 del Convenio No. 169 de la OIT, permite que los pueblos indígenas conserven sus costumbres e instituciones propias, siempre y cuando estas no sean incompatibles con los Derechos Fundamentales erigidos por nuestro Sistema Jurídico Nacional, ni tampoco contra los Derechos Humanos internacionalmente protegidos. De esta forma si la Consulta fuera considerada vinculante se estaría dotando de potestades públicas a las comunidades indígenas, vulnerando con ello, incluso las normas del Tratado Internacional que reivindica y regula sistemáticamente sus derechos.

El Tribunal declara además, que este deber general se encuentra incorporado a la legislación ambiental, en lo relativo a procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental. Por esto, es la Ley 19.300, la que comprende instancias de participación para personas naturales y organizaciones con personalidad jurídica que se vean directamente afectadas. Asimismo, para el caso concreto, la debida participación se llevó a cabo, en diversas juntas de vecinos de los alrededores al Río Mehuín y a las

²⁸⁸ *Ídem.*

comunidades del sector de Maiquillahue, recepcionándose las observaciones ciudadanas que se hicieron al Proyecto.

Para complementar lo precedente, se afirma que la Participación existente dado que sigue el mismo procedimiento que la Consulta, se iguala u homologa a ella, posibilitando del mismo modo la integración armónica de las normas del Convenio y el Ordenamiento Jurídico Nacional.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que es imposible verificar privación perturbación o amenaza de las garantías que la parte recurrente considera vulneradas.

Pese a la decisión de Corte Suprema, existió al respecto un voto disidente, perteneciente al ministro Haroldo Brito, que es relevante mencionar, puesto que sienta un precedente para casos similares que pudiesen ocurrir en un futuro cercano.

El Ministro Brito, era partidario de revocar la sentencia impugnada pues para comenzar, supone que si bien el proceso de participación se llevó a cabo, “y no obstante las formas”, lo cierto es que no se realizó el proceso de Consulta que consagra el Convenio No. 169 de la OIT, pues ambos no son instituciones homologables, muy por el contrario, son diversas, por el fin último del deber de Consulta, que es proteger a las comunidades indígenas por ser minorías vulnerables y que por tanto, el Ordenamiento Constitucional, como el Internacional deben propender a proteger. Así, se debe “salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, culturas y medio ambiente, perteneciente a pueblos originarios interesados”²⁸⁹. Se debe hacer una especie de discriminación positiva, ya que las normas que generalmente son aplicadas, no sirven para dar determinada protección.

Por otra parte, la Consulta no sólo se lleva a cabo a través del mero ofrecimiento de información, pues esto únicamente entrega antecedentes, impidiendo a los implicados que se formen una opinión fundada capaz de influir en las decisiones para

²⁸⁹ *Ídem.*

llegar finalmente a acuerdos. Todo lo anterior dado que no se encuentran, en palabras del Sr. Brito, 'acreditadas las condiciones que se indican'.

También, el deber de Consulta no tiene el efecto de otorgar a las minorías étnicas facultades que limiten las potestades públicas de administración que la Constitución Política da las autoridades, como tampoco permite que sean solamente las comunidades indígenas quienes tomen las decisiones de forma unilateral quienes tomen las decisiones. Lo que en realidad se busca es la posibilidad de un dialogo que lleve a puerto, es decir la probabilidad de alcanzar un acuerdo en pos de proteger a las comunidades mencionadas al ser sujetos de Derecho en especial situación de vulnerabilidad.

Ahora bien, la ausencia del proceso de Consulta torna a la decisión administrativa en arbitraria, porque lesiona la Igualdad ante la Ley, y no da correcta fundamentación para la existencia del Acto Administrativo. En consecuencia, no se da un trato digno a las comunidades indígenas recurrentes, ello porque la omisión del proceso de Consulta, no permite, «igualar para resolver».

6.2.2. Caso Comunidad Mapuche Huilliche- Pepiuquelén V.S Los Fiordos S.A (2010).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

El caso Comunidad *Huilliche- Pepiukelen*, versa sobre una Acción de Protección impetrada por el *Lonko* de la mencionada Comunidad en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos S.A. La recurrida habría iniciado la instalación de una piscina con depósito de aguas contaminadas en territorio indígena, omitiendo el deber de realizar Consulta Previa, tal y como lo exige el Convenio No. 169 de la OIT. En dicha oportunidad, la autoridad ambiental alegó que no era necesario ingresar el proyecto al SEIA, pues éste, ya había sido objeto de evaluación favorable en una oportunidad anterior. En dichas circunstancias, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló:

[...] Así las cosas, ya sea una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que, el Convenio consagra el Derecho a la Participación. En efecto, una cuestión es el Derecho a Participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y otra distinta es el derecho a Participación que consagra el artículo No. 6. 1 y 2 del Tratado. Aquel, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra Ley para que pueda invocarse ante los Tribunales. La consulta entonces, no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta²⁹⁰.

Es menester precisar, que el mencionado tribunal, no sólo reconoció en su sentencia, que existen diversos instrumentos de participación de la normativa ambiental, diferente de la Consulta Indígena establecida en el Convenio, sino que también, recoge los estándares bajo los cuales debe realizarse esta última, a saber, en el marco de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o un acuerdo de los Pueblos Indígenas interesados. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido ya en sentencias previas, “la autoejecutabilidad de la Consulta, asunto relevante, dado que reconoce la obligatoriedad de realizarla independiente de si se encuentra regulada o no en el Derecho Interno”²⁹¹.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

La sentencia de la ilustrísima, que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia, es muy relevante pues reconoce expresamente cuatro puntos:

- i. Amplía el concepto de tierras indígenas, más allá de lo establecido por la Ley 19.253, ello por aplicación del Artículo 13 N° 2 del Convenio No.169 de la OIT. Se comprende en el concepto mencionado, además, “la totalidad del hábitat de

²⁹⁰ EXCELENTÍSIMA CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 5757-2010 en autos caratulados “Comunidad Pepiukelén con Los Fiordos”. Sentencia del 14 de octubre de 2010.

²⁹¹ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 36-2010 en autos caratulados “Comunidad Pepiukelén con Los Fiordos”. Sentencia del 27 de julio de 2010.

las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera".²⁹²

- ii. La importancia de la Consulta Previa toda vez que se trate tanto de una Declaración, como de un Estudio de Impacto Ambiental.
- iii. Se debe distinguir a la Consulta Indígena, de la Participación en materia de afectación del medioambiente, así se expone que, "una cuestión es el Derecho a Participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y otra distinta es el Derecho de Consulta que consagra el Artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio No.169".²⁹³
- iv. La norma que consagra a la Consulta Indígena como Derecho, es autoejecutable, y por tanto, "no requiere de una Ley para invocarse el Tribunales de justicia"²⁹⁴.

Así las cosas, "la sentencia del caso, ha marcado un precedente para la exigencia y ejercicio de derechos, ante incumplimientos de obligaciones por parte de las instituciones públicas"²⁹⁵.

6.2.3. Caso Consejo de los Pueblos Atacameños vs. Comisión Regional de Medio Ambiente de Arica (2010).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

En el caso Consejo de Pueblos Atacameños, la Asociación Indígena del mismo nombre, y la Comunidad Atacameña 'Toconao', buscaban impugnar a través de una

²⁹² Cctt.cl. (2016). Centro de Trabajadores Mapuche. [En Línea] Disponible en: http://www.cctt.cl/correo/index.php?option=com_content&view=article&id=1532:pueblo-mapuche-corte-aplica-convenio-169-y-acoge-recurso-a-favor-de-comunidad-mapuche-williche-hit&catid=25 [Última visita 17 de agosto de 2016].

²⁹³ *Ídem.*

²⁹⁴ *Ídem.*

²⁹⁵ *Ídem.*

Acción de Protección, la Resolución Exenta No.275- 2010, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, que calificó favorablemente el Proyecto ‘Actualización del Plan Regulador San Pedro de Atacama’, ello porque estimaban en primer lugar, que la actualización de dicho proyecto, requería de una EIA y en segundo, dado que se había vulnerado su Derecho de Participación al omitir el deber de Consulta.

La Comisión Regional de Medioambiente (COREMA), señaló que se había considerado la participación de los pueblos indígenas en el proyecto, a través de las normas de las Ordenanzas de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

La Asociación, consideraba arbitraria e ilegal la aprobación de la COREMA, toda vez que, como se expuso en el párrafo anterior, el Proyecto en cuestión debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al Artículo No. 11 de la Ley No. 19.300, y al no haberse dispuesto así por la referida autoridad, se afectarían las Garantías Constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del Artículo No.19 de la Constitución Política de la República.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

La Corte Suprema en este caso (Resolución 29.806 de 13 de julio de 2011), no sólo indicó las características especiales que debe tener la Consulta, sino que además, “resaltó la insuficiencia de los instrumentos de participación que establece la normativa nacional”²⁹⁶, estableciendo un criterio interpretativo relevante (que será acogido con posterioridad por la jurisprudencia), y es que todas las medidas que puedan afectar la realidad de los pueblos indígenas deben ser llevadas a cabo en consideración de sus particularidades culturales:

²⁹⁶ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 29.806-2011 en autos caratulados “Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao con COREMA Arica”. Sentencia del 13 de julio de 2011.

Que conviene dejar consignado que el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del Derecho esencial que la Constitución Política consagra en su Artículo Primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.²⁹⁷

Así, cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad, es decir, centrado al caso concreto, ello porque “las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”²⁹⁸.

En el sentido anterior, se señala en el Considerando octavo:

Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el Artículo No. 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del Instrumento de Planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la Consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, los mecanismos jurídicos en este procedimiento de evaluación, consistieron en informar a los vecinos acerca de las singularidades del Instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos el Plan Regulador Comunal; implicaron además, la realización de audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y finalmente se consultó la opinión del Consejo Económico y Social comunal en sesión citada expresamente para este efecto²⁹⁹.

Sin embargo, el Tribunal en cuestión, considera que “desplegar información no constituye un acto de Consulta a los afectados”, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, por lo que la gestión realizada por la COREMA debió haber tenido su objetivo en la protección de los derechos de los pueblos y garantizar el respeto de

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

su integridad. Lo anterior, atendiendo especialmente “a elementos propios de su realidad colectiva y antropológica, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”³⁰⁰.

En suma, cabe destacar que el Considerando décimo, versa de la siguiente manera:

Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio No. 169 de la OIT contempla, lo cual permitirá asegurar el Derecho antes aludido.³⁰¹

De esta forma, la Corte Suprema “fija un estándar más amplio que el que había desarrollado el Tribunal Constitucional en un comienzo”³⁰², y de manera concordante con lo que ha indicado la CIDH, señala que la Consulta no es sólo una forma de despliegue de información, sino que tiene por objeto la real participación e influencia de los afectados en el proceso de toma de decisiones.

6.2.4. Caso Comunidad Indígena Antu- Laftquen de Huentetique vs. Comisión Regional de Medioambiente de Los Lagos (2011).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

La Comunidad indígena *Antu- Laftquén de Huentetique*, habita en un pequeño sector de Chiloé, específicamente al oeste de Ancud llamado ‘Mar Brava’, dicho territorio es escenario de una disputa que enfrenta al mencionado grupo con un proyecto de desarrollo energético de gran envergadura llamado el ‘Parque Eólico Chiloé’, de la Empresa chileno- sueca Ecopower.

³⁰⁰ *Ídem.*

³⁰¹ *Ídem.*

³⁰² *Ídem.*

La iniciativa contó con una fuerte oposición de las comunidades locales, las que temían ver afectada un área de interés turístico y de explotación de recursos pesqueros por parte del sector artesanal.

Ecopower pretendió construir en el sector mencionado, “42 aerogeneradores de 91 metros de altura cada uno, que en su conjunto, tendrían una potencia de 100,8 megawatts (MW), los que serían inyectados al Sistema Interconectado Central”.³⁰³

Uno de los aspectos relevantes, para el caso, es la ubicación del Proyecto, pues se encontraría en las cercanías del Monumento Natural Islotes de Puñihuil, área silvestre protegida en la cual habitan diferentes especies marinas como los pingüinos de Humboldt y de Magallanes, chungungos y gran cantidad de aves costeras. Cabe destacar, que el sector de Puñihuil, fue galardonado como el destino turístico más sustentable de Chile por la Federación Nacional de Turismo. Es por lo anterior, la comunidad en cuestión, comenzó vivir del turismo en la zona, y de la extracción de recursos marinos. Sumado a lo expuesto, las aguas dulces que se encuentran en la localidad, han sido el sustento que han heredado de sus antepasados.

En este sentido, la Comunidad manifiesta que para la realización del EIA no se realizó Consulta Previa y que la Comisión Regional de Medioambiente de la Región de Los Lagos actuó de manera ilegal y arbitraria, por lo que decidieron entablar la respectiva Acción de Protección en contra de ésta. Según el EIA del Proyecto, la habilitación del sector donde se instalarían los aerogeneradores, así como del despeje para una línea de transmisión eléctrica, significaría la tala de 51,6 hectáreas de bosque nativo, Sin embargo, esto no repercutiría en mayor medida con el modo de vida de la comunidad.

³⁰³ EXELENÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 10.090-2011 en autos caratulados “Comunidad Indígena Antu- Laftquen de Huentetique”. Sentencia del 22 de marzo de 2012.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y considerandos más importantes.

La Corte Suprema en fallo unánime (Causa Rol 10.090- 2011), estimó que al aprobar el Proyecto, se incumplió con la obligación de fundar correctamente y de manera justa los actos administrativos, “por no ser fruto de un proceso de Consulta en el que se hayan tenido en consideración las aspiraciones y formas de vida de las comunidades”³⁰⁴.

La Resolución de la Comisión Regional de Medioambiente, tampoco contempló un proceso de Consulta, pese a que el Proyecto se encontraba en un lugar de hallazgos arqueológicos de un pueblo originario y que también constituía el modo de subsistencia de la comunidad y de sus ritos funerarios.

La Corte además de reiterar la importancia de realizar la Consulta Previa, señala que la decisión es ilegal pues lesiona la Garantía de Igualdad ante la Ley, consagrada en el Artículo 19 No. 3 de la Constitución Política.

Lo anterior, al igual que en el fallo de Pueblos Atacameños, constituye un avance muy importante para el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas y para la implementación del Convenio No. 169 de la OIT en Chile, ya que se reconoce la obligatoriedad del procedimiento aludido y la importancia que tiene este para que las comunidades indígenas puedan influir en las decisiones administrativas que puedan alterar su entorno y condiciones de vida.

El reconocimiento de la identidad cultural y la importancia del deber de Consulta para el diseño de proyectos y políticas públicas, va en la línea que se ha destacado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos de pueblos autóctonos. Se valoran especialmente los fines de aquella, y se la reconoce como un instrumento distinto a los métodos de participación ciudadana que contempla la legislación ambiental.

³⁰⁴ *Ídem.*

6.2.5. Descendientes de Comunidad Aymara vs. Comisión Regional de Medioambiente de Arica (2011).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Richard Fernández Chávez, César Apata Loyza, y Nolberto Rivera Bustos, entre otros representantes de ‘Comunidad Aymara’, deducen Acción de Protección en contra de la Presidenta de la República de Chile, doña Michelle Bachelet, además del Ministro Secretario General de la Presidencia señor José Antonio Vera Gallo y la Comisión Nacional del Medio Ambiente de Arica. Fundan la misma, en que con fecha 28 de diciembre de 2009 han tomado conocimiento a través de una carta enviada por el Director Regional de la Corporación Regional del Medio Ambiente (en adelante COREMA), del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) presentado por la *Minera Southern Cooper Corporation* respecto del proyecto ‘Exploración Minera Proyecto Catanave’, dentro del marco del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental (SEIA).

Dadas las circunstancias, previo a la aprobación del EIA, no se pone en práctica lo que el Convenio No.169 de la OIT en sus artículos 6, 7 y 15 exige, a saber, “contempla la obligación de Consulta a los Pueblos Indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”³⁰⁵.

Por otra parte, se reclama la intervención de privados en dicho territorio, porque además de formar parte importante de la vida de la Comunidad Aymara y sus descendientes, en dicho perímetro, se encuentran especies herbáceas, que la misma ha recolectado por años y que ha servido como recurso alimenticio y medicinal. Sumado a lo anterior, lo reclamado se enmarca dentro del Parque Nacional Vicuña,

³⁰⁵ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Causa Rol 09-2011 en autos caratulados “Comunidad Aymara y Descendientes”. Sentencia del 24 de enero de 2011.

que, por poseer la cualidad de tal, merece ser protegido, independientemente de que su flora y fauna endémicas, sean de utilidad para las comunidades en cuestión.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

Señala la Ilustrísima al respecto, que el Convenio No.169, es un Tratado Internacional de Derechos Humanos vinculante, conforme el artículo 5° de la Constitución Política de la República, y que por ende, deben sus normas ser aplicadas y respetadas. Añade además, “[...] que el Derecho de la Consulta previa, se encuentra amparado en diversos instrumentos internacionales, contraviniendo para el caso los Artículos Nos.12, 13 y 34 de la Ley Indígena si la misma no se aplica, más aún, cuando se desarrolla el mencionado proyecto minero en territorio indígena ancestral protegido”³⁰⁶, en el que se encuentra en medio de un Parque Nacional.

Los hechos descritos precedentemente, ponen en riesgo gravemente a las Comunidades Aymaras del sector, “su Derecho a la Vida digna, a las tradiciones y cultura, sus Derechos Territoriales como así mismo las aguas existentes en el lugar”³⁰⁷.

Por su parte, los recurrentes solicitan, “la suspensión o revocación definitiva de la participación que establece la Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente, por ir la aplicación de dicha institución en contravención con el Convenio No.169 de la OIT; la anulación de la concesión de exploración minera en el territorio del Parque Nacional las Vicuñas; y toda otra medida que tenga por objeto reestablecer el debido imperio del derecho a los afectados”³⁰⁸.

Pese a lo expuesto, la Corte Suprema en febrero del año 2012, concluye que si bien existe alteración del hábitat ancestral de las Comunidades Indígenas al construirse el proyecto minero mencionado, existe además, afectación de las tierras

³⁰⁶ Ídem.

³⁰⁷ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa Rol 289-2010 en autos caratulados “Comunidad Mapuche Chilcoco”. Sentencia del 10 de agosto de 2010.

³⁰⁸ Ídem.

que han pertenecido por años a las mismas (Propiedad colectiva ancestral) y que se encuentran aledañas al Parque Nacional Vicuña. Pese a lo expuesto, dicho tribunal, decide fallar basándose en un aspecto de forma, manifestando que la Acción de Protección desde un comienzo, fue interpuesta extemporáneamente .

6.2.6. Comunidad Indígena *Mapuche- Chilcoco* vs. Municipalidad de Arauco (2010).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Comunidad Indígena *Mapuche- Chilcoco*, en conjunto con un grupo de vecinos del sector de Arauco, Octava Región, tras el terremoto de 2010 y por las malas condiciones del medio en el que viven, cercano a Cerro Colo- colo, solicitan informe técnico a Sernageomin, el que en su parte medular versaba, “en cuanto a la potencial caída de árboles, en la ladera norte del cerro, se recomienda encarecidamente talar a la brevedad y con carácter de extrema urgencia, los árboles. Una zona de seguridad de al menos 50 m debe ser considerada frente a bosques similares a los de este caso en toda la región”³⁰⁹.

Atendido a que la propiedad del Cerro Colo- colo corresponde a Bienes Nacionales y tan sólo la administración del mismo corresponde a la Municipalidad de Arauco, ésta última aclara que fue imprescindible requerir a dicho organismo para adoptar las medidas que permitieran aminorar el riesgo de deslizamientos en las zonas de sus laderas.

Por otra parte, debido a que el Cerro en cuestión, fue declarado Monumento Nacional en 2008, se habría recurrido al Organismo Estatal citado, para dar el visto bueno e iniciar los trabajos de intervención que tenían por objeto alivianar la carga de las zonas de pendiente y evitar así los derrumbes que afectasen a las viviendas aledañas.

³⁰⁹ *Ídem.*

La Municipalidad de Arauco decide intervenir el Cerro Colo- colo mediante el corte de algunos árboles ubicados en las zonas de pendiente, respondiendo a razones de seguridad, acción que habría sido recomendada por los organismos técnicos relativos a la materia. La medida mencionada de acuerdo a las comunidades, se considera puso en peligro su subsistencia, dado que dicho pueblo vive de la recolección de frutos y semillas que sólo se dan en la región (endémicos). Se vulnera también, el deber de consulta.

Por lo anterior, la Comunidad y sus representantes interpusieron Acción de Protección, para el cese efectivo de la vulneración de las Garantías Constitucionales del Artículo 19 No. 1 y 8 de la Carta Magna.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia Rol 289-2010, del 10 de agosto de 2010, aplicó el Convenio No.169 de la OIT, acogiendo Acción de Protección impetrada por la comunidad mencionada, en contra de la Municipalidad de Arauco, por intervención carente de consulta del cerro Colo- colo, como ya fue expuesto.

Dicho Tribunal, considera que el Municipio, realizó labores de mantención del lugar por fallas geológicas producidas por el terremoto del 27 de febrero, sin embargo, “las obras se realizaron sin consulta a las comunidades, talando indiscriminadamente árboles sagrados, removiendo restos arqueológicos y realizando faenas que produjeron un profundo impacto en las mismas”³¹⁰. El cerro sagrado además, había sido recientemente recuperado por las comunidades tras años de reivindicaciones. Así las cosas, la sentencia de la Corte de Concepción señala:

No es excusa al respecto, lo manifestado por la recurrida, en cuanto a que las comunidades a que había que consultar eran numerosas (diez), ni la idea

³¹⁰ *Ídem.*

preconcebida de la dificultad de contar con su consenso. Es entonces la actuación del Municipio arbitraria, por cuanto no es razón para ello estimar que la comunicación con todas ellas era dificultosa, conducta que, además, resulta ilegal, al atentar contra lo dispuesto en los artículos 6 y 13 del Convenio N° 169, que constituye ley de la República.³¹¹

Lo anterior, se agrega a la positiva jurisprudencia que ha emanado últimamente de los tribunales chilenos ante la cual, las Comunidades Indígenas han invocado el Convenio No.169 de la OIT.

De forma unánime, las cortes sobretodo del sur de nuestro país, han reafirmado el deber estatal de consultar a los Pueblos Indígenas tal como dispone el Artículo No. 6 del Convenio No.169 de la OIT.

Ahora bien, lo novedoso de la sentencia en cuestión, es la aplicación del Artículo No.13 del Convenio No. 169, en relación a la protección de los lugares sagrados, y que dispone que:

Los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera". La Corte establece que "no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones³¹².

6.2.7. Comunidad Indígena *Palquín* vs. Comisión Regional de Medioambiente de la Araucanía. (2009).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

En este caso se entablan Acción de Protección, por parte de don Mariano Puelman Ñanco, en su calidad de *Lonko* de la Comunidad Indígena Palquín Bajo, y Manuel del Carmen Rivera Huilipán, agricultor, Presidente de la comunidad indígena

³¹¹ *Ídem.*

³¹² *Ídem.*

Antonio Huenuñanco, en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, representada por su Presidenta doña Nora Barrientos Cárdenas, con motivo de la Resolución Exenta No.242 del 9 de Octubre de 2009, que calificó favorablemente la declaración de impacto ambiental del proyecto 'Piscicultura Palguín', cuyo titular es la Sociedad Agrícola Terratur Limitada, por no cumplir con la normativa legal y reglamentaria al efecto, como también por falta de fiscalización; actos y omisiones que conculcan las garantías constitucionales del Artículo No.19 (del derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la protección de la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al ejercicio de una libre actividad económica), además de la ausencia de Consulta Previa.

Con fecha 18 de noviembre de 2007 se ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental de la IX Región de La Araucanía, el proyecto mencionado, gracias al que, "se pretendía construir una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmonoides por año"³¹³, que se ubicaría en el sector Palguín de la comuna de Pucón, ochocientos metros aguas arriba por el Río Palguín y de las comunidades mapuches de Palguín Bajo, en la que habitan cerca de 200 familias y Antonio Huenuñanco en la que habitan cerca de 110 familias, que se verían directamente amenazadas por el proyecto.

Posteriormente, el día 7 de diciembre de 2007 la Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante COREMA), "dictó el Oficio Ordinario N°261, mediante el cual solicitó el pronunciamiento de los diversos organismos del Estado involucrados respecto del proyecto, cuyas observaciones se comprendieron en el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones a la DIA"³¹⁴, elaborada por COREMA con fecha 28 de enero de 2008, en el cual los principales focos de preocupación de los órganos públicos son los referidos a la eliminación de sustancias contaminantes en el cauce del Río Palguín y el manejo de éstos, la eliminación de residuos sólidos a causa de la mortandad de peces, así como

³¹³ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 1705-2009 en autos caratulados "Comunidad Mapuche Palguín". Sentencia del 21 de enero de 2009.

³¹⁴ *Ídem*.

también la utilización de medicamentos para el tratamiento de la mortandad de los mismos, la preocupación por el hecho de que el proyecto se emplaza en una ZOIT (Zona de Interés Turístico) y asentamientos indígenas en el territorio.

Se aduce además, que tras el informe de COREMA, la Empresa proponente entregó el documento 'Adenda N°1', en el cual respondió parcialmente a las preocupaciones manifestadas por los organismos públicos, lo que derivó en que se presentaran nuevas observaciones al proyecto por parte de los organismos públicos las que quedaron comprendidas en el Informe de fecha 17 de junio de 2009. En el anterior, "se detallan observaciones a las que la empresa debía contestar, pero antes que ello ocurriera las organizaciones y comunidades mapuches amenazadas por el Proyecto, ingresaron una serie de documentos mediante los cuales manifestaban su oposición al proyecto"³¹⁵.

También se presentó un recurso de invalidación contra el Test de Admisibilidad del 'Proyecto Piscicultura Palguín', argumentando que, "la evaluación del Proyecto correspondía a Estudio de Impacto Ambiental, dado que recaía sobre la zona de interés turístico de las comunas de Villarrica y Pucón, decretada por Resolución Exenta No. 57 de 10 de abril de 2003 del Servicio Nacional de Turismo"³¹⁶. Este recurso, "fue rechazado por la COREMA indicando que la declaración de ZOIT, es sólo un 'principio', que debe materializarse mediante un decreto"³¹⁷.

La Empresa presentó un segundo documento, 'Adenda N°2' en respuesta a la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la Declaración de Impacto Ambiental, en el cual se responde en forma parcial las observaciones de los organismos públicos, lo que motivó que la Ilustre Municipalidad de Pucón siguiera presentando observaciones basadas en, "que en el área de influencia directa de la piscicultura es una zona de interés turístico, y que no existen antecedentes que

³¹⁵ *Ídem.*

³¹⁶ *Ídem.*

³¹⁷ *Ídem.*

permitan afirmar que no se afectará el ecosistema fluvial y la fauna íctica”³¹⁸, quedando de manifiesto que las comunidades son vulnerables en términos de opinión frente a la falta de oferta laboral en el sector o frente a la oferta de bienes escasos y vitales para ellos como es el agua, y que es necesario que las comunidades emitan sus opiniones con cabal conocimiento de la situación, por lo que se estima necesario un proceso de participación ciudadana normada y regulado a través de un EIA más ahora con la reciente entrada en vigencia del Convenio No.169 de la OIT.

Con fecha 23 de septiembre de 2009, la COREMA calificó favorablemente el Proyecto, otorgando su Resolución de Calificación Ambiental, Resolución Exenta No. 242 de fecha 9 de octubre de 2009, la que autoriza al funcionamiento de la Piscicultura Palguín.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

La Corte de Apelaciones de Temuco, acoge recurso de protección por los siguientes motivos:

1) No es posible declarar inadmisibles este recurso, como pretende la recurrida. Ello porque a ninguna persona puede prohibírsele que utilice los instrumentos jurídicos para su defensa que establece la Constitución. Asimismo cada persona como estrategia ponderará cuales son las mejores herramientas para su íter procesal. En la misma línea, es un tema acabado tanto en doctrina y jurisprudencia que toda la administración pública aparece como sujeto pasivo de esta acción constitucional. Es decir, “la Administración está sujeta a revisión por los Tribunales de Justicia”³¹⁹. Finalmente, en este punto no hay que olvidar que el Artículo 20 de nuestra carta política establece claramente que “la acción de protección es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valerse ante las autoridades o los tribunales correspondientes”³²⁰.

³¹⁸ *Ídem.*

³¹⁹ *Ídem.*

³²⁰ *Ídem.*

2) Se debe dejar en claro, que la parte recurrente precisó que no estaba discutiendo los antecedentes técnicos del proceso, sino que la ilegalidad y la arbitrariedad del procedimiento, en cuanto no se habría respetado por la autoridad la Constitución ni la Ley, “debido a que correspondía realizar el trámite de la consulta a los pueblos indígenas de acuerdo a lo que estatuye tanto la Ley 19.253 y el Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes”³²¹.

Ahora bien, la Corte Suprema, en virtud de vicios de forma de que adolecería la Acción de Protección (presentada extemporáneamente), y pese a lo dispuesto en fallo de Corte de Apelaciones, decide rechazar Acción de Protección interpuesta por las comunidades indígenas.

6.2.8. Caso Linconao v/s Sociedad Forestal Palermo Ltda. (2009).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Francisca *Linconao*, *Machi* perteneciente a la Comunidad Mapuche de Rahue, en representación de la misma, exige a la justicia chilena el cese de la tala de árboles dentro del ‘Fundo Puerto Chico’, de propiedad de Sociedad Forestal Palermo Limitada, manifestando que aquello resultaba ilícito. Lo descrito, se realizaba dentro del perímetro de 400 metros próximos a tres manantiales, cuyos nacimientos estaban en los cerros del sector, todos territorios que ancestralmente habían pertenecido a su comunidad. Se denuncia además, la violación de un sitio de significación cultural, denominado ‘*Menokos*’, humedales donde habitan fuerzas que en la cosmovisión mapuche tienen el carácter de sagrados. Donde existen también plantas medicinales, vitales para trabajos medicinales o de *Machi*.

Linconao, gracias a la asesoría jurídica de la Fundación Instituto Indígena, interpone Acción de Protección con el fin de poner término a vulneraciones a las

³²¹ *Ídem*.

Garantías Constitucionales del Artículo 19 No. 8 de la Carta Magna. Para ello, se apoya, en la existencia el Convenio No. 169 de la OIT, ratificado por Chile durante el año 2008. Ya un año más tarde, la Corte de Apelaciones de Temuco emitió fallo en su favor, el que fue ratificado más tarde por la Corte Suprema de Justicia.

Esta sentencia es de gran relevancia, y resulta ser un hito en cuanto a la aplicación del Convenio No.169 en Chile, su reconocimiento expreso se realiza aquí por primera vez, manifestándose específicamente, “en el reconocimiento de su Artículo No.13, donde se plasma la obligación que el Estado tiene de respetar la importancia especial que posee para los pueblos indígenas su cultura y valores espirituales, ligadas a su relación con las tierras o territorios”.³²²

Se presenta así, la primera Acción de Protección ante un tribunal chileno, invocando el Convenio No. 169 de OIT, y cimentado en la creencia de la existencia de un derecho ancestral a la propiedad colectiva que tienen los pueblos indígenas.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

En la Acción de Protección, se expresa que la tala realizada por la Empresa Forestal, era ilícita, por cuanto, “se realizaba dentro de un perímetro de 400 metros más próximos a manantiales, protegidos por el artículo 5 de la Ley de Bosques”³²³, como ya se mencionó en el acápite anterior. Además, se sostiene la violación de un sitio de significación cultural (Menokos), humedales donde habitan fuerzas que en la cosmovisión mapuche tienen el carácter de sagrados, se encarece la pérdida de plantas medicinales, vitales para el trabajo de la recurrente como *Machi*, y por último la recolección de alimentos propios para la subsistencia de la Comunidad Indígena.

El Fallo del Caso *Linconao*, confirmado por la Excm. Corte Suprema, pasará a la historia de los precedentes chilenos, por ser y como ya fue expuesto, el primer fallo

³²² EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, Causa Rol 7287-2009 en autos caratulados “Linconao con Sociedad Forestal Palermo”. Sentencia del 30 de noviembre de 2009.

³²³ *Ídem.*

que incluye en sus considerandos las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, que entra en plena vigencia el día previo a la fecha de la sentencia y fue ratificado exactamente un año antes del fallo. En segundo lugar, cabe destacar que es el puntapié inicial en materia jurisprudencial, para debatir acerca de la repercusión e influencia del Derecho Indígena en el marco de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Interno chileno, como instrumentos amparados por el Artículo No. 5° Inciso 2° de la Constitución. Además, se pronuncia sobre conceptos como “territorio” y su directa relación con el “hábitat”, la interdependencia con los Derechos Culturales y la protección del medio ambiente, también la necesidad de la aplicación de la Consulta Indígena, cuestiones esenciales en el desarrollo de los derechos indígenas y que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con la ratificación del Convenio.

Por otra parte, la Corte Suprema ordena que “a Empresa Forestal recurrida deberá cumplir con abstenerse de cortar árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de los 400 metros más próximos a los manantiales existentes, ya que estos tienen un carácter sagrado para el Pueblo Mapuche”³²⁴. No podrá a su vez, realizar corte de árboles y arbustos sin que cuenten con plan de manejo aprobado por la CONAF.

Se señala también, la importancia de realizar la Consulta Indígena, en virtud del Convenio No.169 de la OIT, toda vez que se quiera disponer de los recursos que afecten al sustento de las comunidades indígenas y que ancestralmente han formado parte de su cosmovisión. Es de esta forma, como se acoge Recurso fundamentado en el Convenio 169 de la OIT, los conceptos de “territorio” en sentido amplio, y la necesidad del reconocimiento de las instituciones que el convenio trae aparejado.

³²⁴ *Ídem.*

6.2.9. Conclusiones en materia de Consulta Previa.

Como primer punto, cabe destacar que el último de los casos tratados (Linconao), resulta ser puntapié inicial del reconocimiento de las normas del Convenio No. 169 de la OIT como quedó ya de manifiesto. Fue el primero en dar reconocimiento a dicho Tratado en virtud de la letra de la Constitución, específicamente a través del Artículo No. 5 inciso 2. Así, se reconocieron conceptos como Territorio, y se comenzaron a aplicar mecanismos que aseguraban los derechos de los pueblos indígenas como colectivo, a saber, y a modo de ejemplo, la consulta indígena.

Por su parte, los casos Huilliche y Consulta de Pueblos Atacameños, constituyen un avance para el reconocimiento del Convenio No.169 de la OIT en Chile, ya que se hace mención en ellos la obligatoriedad y relevancia de la Consulta y la importancia que tiene ésta, para las posibilidades de las comunidades indígenas de influir en las decisiones administrativas que puedan alterar su entorno y condiciones de vida. El reconocimiento de la identidad cultural y la importancia de ésta para el diseño de proyectos y políticas públicas ha sido destacado por la jurisprudencia interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos cuando los titulares son pueblos indígenas, mismo criterio que se ha esforzado por seguir paulatinamente nuestra jurisprudencia. Se valoran especialmente en los fallos nacionales, los fines de la consulta y se la logra reconocer a través del tiempo como un instrumento para garantizar la Igualdad, distinto a los métodos de participación ciudadana.

Por otra parte, es relevante precisar que en Chile el año 2012, entran en vigencia los Tribunales Ambientales, por lo que, en diversas sentencias, la Corte Suprema ha indicado que la competencia para conocer de las ilegalidades en materia de protección medioambiental, estaría radicada en aquellos, sin perjuicio de que, por la Acción de Protección común, se pueda conocer de situaciones que requieran una cautela inmediata. Pese a ello, no debemos olvidar que si bien los Tribunales Ambientales han asumido la competencia para calificar la legalidad en materia

ambiental, la Consulta es un Derecho Humano y, como tal, siempre debe tener la posibilidad de ser garantizado a través de una acción tutelar que sea rápida y efectiva.

Ahora bien, aún estamos al debe en la implementación de la Consulta en el marco del SEIA y en que su desarrollo se ajuste completamente a los estándares internacionales a que hemos hecho referencia, pudiendo uniformar así el criterio evaluador. Los ejemplos exitosos que hemos analizado, y pese a que en ciertos casos se desestimaron las pretensiones por asuntos de forma, lo cierto es que en su mayoría constituyen una manifestación de evolución hacia un criterio integrador. Si bien nos falta avanzar en materia de consulta previa y reconocimiento cabal de los Derechos Indígenas en general, a través de la incorporación sustantiva del Convenio No.169, el razonamiento judicial ha hecho posible la realización una interpretación de la normativa nacional ajustada a las obligaciones internacionales que ha asumido Chile con los Derechos Humanos. Lo anterior por tanto, ha permitido llenar los vacíos de la normativa interna realizando una hermenéutica de lo existente con un criterio mucho más inclusivo.

6.3. Tierras y Propiedad Indígena Ancestral.

Uno de los aspectos centrales del Convenio, y que ha influido en avanzar hacia una nueva concepción del Derecho de Propiedad en la jurisprudencia de la CIDH y en los demás países de la región, es el concepto de tierras que este introduce. El No.13.2 aclara que “la utilización del término tierras en los Artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”³²⁵.

A este respecto, la Corte ha valorado positivamente la incorporación de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de

³²⁵ NASH, Claudio. *Op.Cit.* 46.

acceso”³²⁶. “Esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como con los recursos naturales y el medio ambiente en general”³²⁷.

Este concepto amplio también ha tenido recepción en la jurisprudencia nacional. En efecto, el mismo ha sido utilizado para interpretar y complementar nuestra legislación interna.

6.3.1. Caso Comunidad Chusmiza Usmagama vs. Embotelladora Chusmiza (2008).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Los poblados de *Chusmiza* y *Usmagama* en el norte de Chile, están ubicados a 140 Km. de la ciudad de Iquique y a 3.200 metros sobre el nivel del mar, en la provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá. Cada pueblo cuenta con alrededor de 25 habitantes, y su población pertenece a la etnia Aymara. La mayor atracción de la zona son sus baños termales ubicados a 500 metros al sureste del pueblo, y a los cuales se les atribuyen poderes curativos. Ésta, es también la principal fuente de abastecimiento de agua de los poblados mencionados.

En 1915 llegó desde el poblado cercano de Huara, Natalio Papic Bonacic, un inmigrante croata, quien se dio cuenta del negocio que había detrás de las medicinales aguas del socavón termal y decidió instalar una embotelladora, la que supuestamente traería progreso y desarrollo para ambos pueblos. Papic cedió los derechos de agua de sus predios a cambio de que la comunidad lo dejara extraer y procesar una pequeña cantidad de agua del socavón. El acuerdo fue sólo de palabra, ya que en ese entonces no se inscribían aún los derechos de agua y no existía el Código de Aguas, sino sólo se concedía una ‘merced de ésta’.

³²⁶ *Ídem.*

³²⁷ EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, Causa Rol 2840-2008 en autos caratulados “Chusmiza y Usmagama”. Sentencia del 25 de noviembre de 2009.

A la muerte de Papic en 1991, su hijo Alejandro Papic Domínguez formó la Sociedad de Agua Mineral Chusmiza. El camino público a la vertiente fue nuevamente cerrado, esta vez con un portón metálico y los pobladores quedaron sin agua. Se desconocieron los derechos ancestrales de uso del agua de la comunidad y se prohibió el uso del baño termal comunitario. Con posterioridad, volvió a funcionar, la planta embotelladora con la incorporación de un nuevo socio.

Ante esta situación, la Comunidad indígena reaccionó, inscribiendo sus derechos sobre el manantial en la Dirección General de Aguas, pero equivocadamente solicitaron aquello, cuando lo que correspondía era pedir una regularización del 'reconocimiento de sus derechos ancestrales'. Por este hecho el trámite demoró 8 años.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

En Sentencia de Causa Rol No. 1.194-1996, se declaran admisibles las pretensiones de la comunidad, en virtud de la aplicación de los artículos Nos. 15.1 y 13.2 del Convenio No.169 de la OIT. La Corte Suprema interpretó la Ley Indígena y se reconoció el derecho de la comunidad aimara sobre las aguas que han utilizado ancestralmente. Esto, sobre la base del siguiente razonamiento:

Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión terrenos de la comunidad, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas.³²⁸

Resulta orientador, en este sentido, determinar la correcta aplicación del Artículo No. 64 considerando el Convenio, cuyo Artículo 15.1, preceptúa que: “Los

³²⁸ Ídem.

derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, disposición que debe relacionarse con el Artículo 13.2”³²⁹.

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante de ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Vertiente Chusmiza, cabe destacar que se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, y que tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el Artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas. Ello, ya que no resulta acorde con el espíritu de la Ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos terrenos de la comunidad debe interpretarse en consideración de garantizar el abastecimiento del recurso hídrico. De acuerdo a la sentencia de Corte de Apelaciones, en su Considerando 7, se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta Ley, aquellas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. “No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”³³⁰.

Precisamente lo que pretendía la comunidad peticionaria, era coherente con entender que la protección debía alcanzar, “a todas las aguas que se emplazan en los

³²⁹ *Ídem.*

³³⁰ ÍLUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, Causa Rol 618-2011 en autos caratulados “Comunidad Huascoalinos”. Sentencia del 17 de febrero de 2011.

territorios que, desde tiempos precolombinos, fueron ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas”³³¹.

Es así, como éste este es uno de los casos en que el Convenio No.169 de la OIT es incorporado de manera sustantiva en la resolución del tribunal competente quien realiza una interpretación conforme de la legislación nacional.

6.3.2. Caso Comunidad Huascoaltinos vs. Comisión Regional de Medioambiente de la III Región de Atacama.

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

En representación de la Comunidad Indígena Diaguita Huscoaltinos, Sergio Campusano Vilches, interpone Acción de Protección en contra de la Comisión de Evaluación de III Región de Atacama, representada por la Intendenta de la misma región, señora Ximena Matas Quilodrán, con motivo de la Resolución Exenta N°049/2011 de fecha 14 de marzo de 2011, la que calificó favorablemente el proyecto ‘Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro’, pidiendo se deje sin efecto dicha resolución y se ordene al organismo realizar un nuevo Estudio de Impacto Ambiental que asegure a la comunidad diaguita, las Garantías Constitucionales, consagradas en el Artículo 19 Nos. 2, 8, 21, 24 y 26 de la Constitución Política de la República, reconociéndoseles sus derechos territoriales, culturales y participativos a la luz de la Ley Indígena y el Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como también de los derechos consagrados en la Ley N° 19.300 y el resto de la normativa ambiental.

El proyecto de la Sociedad Minera El Morro Goldcorp, consistía en la construcción y posterior operación de obras cuyo objetivo sería la producción de concentrado de cobre mediante su extracción, a través de la explotación del yacimiento de cobre La Fortuna y su posterior procesamiento, obras que serían emplazadas en

³³¹ *Ídem.*

tres lugares distintos: Área Mina-Planta, ubicada en el sector de El Morro, Estancia Huasco Altina, “en la cuenca de las quebradas Larga y Piuquenes, ambas tributarias de la cuenca del Río Cazadero, el cual confluye al Río Conay”³³²; Área Quebrada Algarrobal, que comprende desde la alta cordillera hasta el mar; y, Área Totoral, que se ubica en la zona costera de El Huasco.

Cabe destacar, que los impactos ambientales de mayor relevancia que generarán dichas obras, descritos por el titular del proyecto son: daños en la cuenca de las quebradas Larga y Piuquenes, ambas tributarias de la cuenca del Río Cazadero, que confluye al Río Conay, con pérdida de flora usada por los comuneros en sus ciclos de trashumancia, además la pérdida de un número importante de senderos tradicionales que siguen los cursos de las quebradas y ríos; afectación de recursos hídricos superficiales desviando el cauce original de las aguas ‘no contactadas’.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, considera que la Resolución de Calificación Ambiental es arbitraria e ilegal, porque desconoce los derechos participativos establecidos en los artículos Nos. 6, 7, 15 y 16 del Convenio No.169 de la OIT, de los cuales es titular la Comunidad recurrente y sus miembros. El proyecto aprobado significa el desplazamiento de miembros del Pueblo Indígena de las tierras en que se emplazan, asunto que debe realizarse, con el consentimiento libre e informado de los afectados, lo que no fue considerado en el estudio de impacto ambiental. Aquí la medida de mitigación consistente en el traslado de la comunidad, ha sido propuesta de manera unilateral por el titular del proyecto, pues pese a que hubo una mesa de diálogo en que participaron las mencionadas, no se contó con la recurrente pese a que eran sus miembros quienes hacían uso de las tierras afectadas. El Tribunal superior cuestionó el criterio de evaluación aplicado por el Organismo Estatal ya que el informe no fue visado, y sí confirmando por las mesas técnicas,

³³² *Ídem.*

asunto que no constituye un procedimiento de consulta, sino que resulta meramente informativo. Aclara que el proyecto se emplaza en tierras indígenas, por lo que requiere la aplicación de los estándares que en materia de derechos participativos ha establecido el citado Convenio No.169 de la OIT.

En síntesis, la Comisión de Evaluación Ambiental de la III Región de Atacama ha realizado un acto ilegal al haber dictado una Resolución de Calificación Ambiental sin haber obtenido el consentimiento previo, libre e informado de la Comunidad diaguita de Huasco Altinos en relación al reasentamiento de sus miembros y la alteración de los ciclos de trashumancia.

La Corte plantea en su Considerando Tercero que la Resolución de Calificación Ambiental es arbitraria además, porque “no utiliza para la aprobación del EIA un razonamiento bien fundado, a saber, basado en el Derecho Nacional e internacional existentes. Se prescinde de una determinación de impacto y daños posibles al respecto, a la altura de los requerimientos para la subsistencia de la comunidad en cuestión”³³³.

6.3.3. Comunidad *Wente- winkul* vs. Comisión Regional de Medioambiente del Biobío (2010).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

Representante de la Comunidad indígena *Wente Winkul*, deduce recurso de protección en contra de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región del Biobío, representada por doña Jacqueline Van Rysselberghe Herrera, motivado por la Resolución Exenta No. 147 de 28 de julio de 2010, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del Proyecto Mini-Central Hidroeléctrica Cayucupil. Por este acto, se conculcan las Garantías Constitucionales del Artículo No. 19 de la Constitución Política de la República, específicamente, el No.1, Derecho a la

³³³ *Ídem*.

vida e integridad física y psíquica de los miembros de la comunidades; el No. 2, la Igualdad ante la Ley, el No. 6, la Libertad de Conciencia; No.8, el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; el No.21, Derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; y el No. 24, esto es el Derecho de Propiedad.

La Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda. presentó como ya se hizo mención, a la COREMA del Biobío, una Declaración de Impacto Ambiental, del proyecto de "Mini-Central Hidroeléctrica de Cayucupil", solicitando una serie de oficios y pronunciamientos de los demás organismos del Estado sobre la misma. Dicha central Hidroeléctrica se emplaza en un sector prioritario de protección a la humanidad, por constituir un Santuario de Biodiversidad, asimismo se le considera patrimonio histórico, cultural, desde tiempos ancestrales por el Pueblo Mapuche y además de actuó como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo Mapuche.

La parte recurrente, aduce que el proyecto de Central Hidroeléctrica de Cayucupil no ha sido asentado en un Estudio de Impacto Ambiental en el marco de la Ley 19.300, procedimiento que obliga a que dicho proyecto describa pormenorizadamente las características del mismo y que éste pase por un proceso de Consulta de las comunidades afectadas. Además, existe un Tratado Internacional vinculante para el Estado de Chile, que es el Convenio No. 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, que entró en vigencia el 16 de septiembre de 2009. El Proyecto en suma no ha sido consultado en los términos que exige el artículo 6.1 a) y b), a las comunidades indígenas del territorio.

c) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

Cabría destacar, que en materia de Propiedad se estaría vulnerando el concepto de la misma en el marco de la Ley Indígena y del Convenio No. 169 de la OIT, que es más amplio (Propiedad Indígena Ancestral). Así, se afectan territorios, que

desde tiempos inmemoriales son utilizados por los Mapuche, en este caso para el desarrollo de una serie de actividades de enorme significación, como lo es el uso medicinal. Culmina, esta parte pidiendo que se declare ilegal y arbitraria la Resolución Exenta No. 147 de 28 de julio de 2010, y en consecuencia se la deje sin efecto, ordenando a la autoridad ambiental realizar las consultas pertinentes a las comunidades a través de un Estudio de Impacto Ambiental y se condene en costas a la recurrida.

Lo anterior se explica porque la impugnación tiene como sustento una interpretación sobre el sentido y alcance del Convenio, para luego en base a su propia interpretación, permitir terminar con una vulneración al Derecho a la Consulta previa. Por otro lado, no se ha configurado ninguno de los presupuestos constitucionales para dar lugar a la Acción interpuesta ya que la COREMA no incurrió en ilegalidades al dictar la Resolución, en cuanto a omitir la Consulta en cuestión, ello porque el Artículo No. 6.1 letra a) del Convenio N° 169 impone el trámite de consultar, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, lo que en este caso no corresponde ya que el procedimiento que conduce a la Declaración de Impacto Ambiental no la contempla. En definitiva, la resolución no es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, desarrollando una serie de argumentos tendientes a demostrar su aseveración.

6.3.4. Comunidad Paillalef con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. (2010).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto

Antonio Cadin Huentelao, en representación de la Comunidad Indígena Mapuche- Huilliche 'Juan Paillalef', y en su calidad de Autoridad Tradicional *Werkén* de la mencionada, interpone Acción de Protección contra de Resolución No. 1.180 de fecha 6 de mayo de 2009, emanada del Subdirector Nacional de la CONADI, Nelson Huaiquipán Painen. La anterior, "dispuso dejar sin efecto las resoluciones exentas

mediante las cuales se determinaba la superficie de goce de terreno de las Comunidades en cuestión”³³⁴.

Juan Paillalef, “es propietaria de un bien raíz de aproximadamente 30 hectáreas situado en la comuna de Cunco”³³⁵.

El año 2005, los miembros de la mencionada, postularon a un programa denominado ‘Subsidio Habitacional Rural SERVIU’ perteneciente al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de la IX Región de la Araucanía, resultando finalmente beneficiados con tales subsidios, lo que se materializó en resoluciones exentas, beneficiando a 13 comuneros, permitiendo que ingresase a sus patrimonios el derecho de goce sobre los territorios que ocuparon ancestralmente. Es por lo expuesto, que Jefe de la Unidad Jurídica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, solicitó un informe de legalidad de las mencionadas resoluciones exentas, “las que habían sido visadas por la abogada Sra. María Triviño Vargas, sin embargo, mediante memorando de 1 de febrero de 2007 tal profesional desconoció las medias firmas de visaje”³³⁶.

En cuanto al Derecho aplicable al caso de autos, se señala que la conducta arbitraria e ilegal de la recurrida (CONADI), al encargar realización de informes de manera descuidada a funcionarios carentes de idoneidad, se traduce en la privación, perturbación o amenaza del Derecho de Propiedad de los miembros de la Comunidad Indígena, Derecho de goce del subsidio habitacional; citando al efecto además, el Artículo No. 1 del Convenio y los artículos Nos.1, 7 y 34 de la Ley 19.253.

Se solicita en consecuencia, se acoja el Recurso interpuesto, y se deje sin efecto lo decretado por la Resolución recurrida N° 1180 de 6 de mayo de 2009, que dispone la invalidez de los subsidios mencionados, por estar la primera resolución sin una firma verídica y reconocida por quien da cuenta de la existencia de dicho aporte,

³³⁴ ÍLUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 318-2010 en autos caratulados “Paillalef”. Sentencia del 11 de febrero de 2010.

³³⁵ *Ídem*.

³³⁶ *Ídem*.

buscando entonces, retrotraer la situación al estado anterior de la decisión en que se les adjudican los subsidios rurales.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

En cuanto al Derecho de Propiedad, lo más relevante del caso, es que se logra explicar que la figura del 'Derecho de goce' junto con el de uso, "fueron creadas por la Ley Indígena para permitir el acceso de las comunidades indígenas a los beneficios del subsidio habitacional rural, asunto que se tramita y otorga en conjunto por CONADI y SERVIU"³³⁷. Sin embargo, además de desconocer según la parte demandada, su firma el funcionario competente de emitir informe, para declarar admisible postulación al citado subsidio de los 13 miembros del conglomerado en cuestión, cabe destacar, que no era procedente en este caso el aporte gubernamental, pues la comunidad a la que pertenece el recurrente no era propietaria exclusiva del inmueble, sino que compartía el dominio con doña Rosa Calfunao Paillalef, quien no había sido parte de la solicitud de acceso a la ayuda dada a conocer. Dicho asunto no había sido informado por la comunidad de forma previa. Se añade que, "esta situación se develó a propósito de un reclamo de la Sra. Calfunao Paillalef, en CONADI y Contraloría General de la República, y lamentablemente cuando las resoluciones de goce ya habían sido dictadas"³³⁸, sin que hubieran sido aquellas revisadas por la unidad jurídica competente, lo que dio lugar a un sumario administrativo y una denuncia ante el Ministerio Público. Tras lo anterior, "se elaboraron por la unidad 97 noventa y siete jurídica informes respecto de las resoluciones exentas, concluyendo que su tramitación no se había ajustado a Derecho"³³⁹.

En Sentencia de Corte Suprema, de causa Rol No. 3.178 del año 2010, expone en su Considerando Segundo que, "es requisito indispensable de la Acción Cautelar de Protección la existencia indubitada de un Derecho consagrado en la Carta Magna,

³³⁷ *Ídem.*

³³⁸ *Ídem.*

³³⁹ *Ídem.*

y que por un acto u omisión ilegal, contrario a la Ley o arbitrario, se vea afectado”. Es así, como el Tribunal citado continúa su razonamiento:

Como puede advertirse, en la especie [a la acción], le falta uno de los requisitos que precedentemente se indicó como básico para dar por acogido dicho recurso de naturaleza cautelar, esto es, a existencia de un derecho indubitado susceptible de ser protegido, pues el que se invoca no está definido ni determinado [...] [Derecho real de uso sobre un goce, a saber para el saso, subsidio rural].³⁴⁰

Que bajo tales condiciones, el Recurso de Protección no puede prosperar y debe ser desestimado.

6.3.5. Comunidad Indígena *Tragun Mapu Maile Allipen* vs. Comisión Evaluadora Ambiental, Región De La Araucanía (Proyecto Melipeuco- Freire) (2012).

a) De los antecedentes generales del caso y el origen del conflicto.

La Asociación Indígena *Tragun Mapu Maile Allipén*, asentada en la localidad de Freire, y que se conforma, por Comunidad Indígena Juan Huenchumil, Comunidad Indígena Francisco Huentro Painemil, Comunidad Indígena José Luis Carimán, Comunidad Curihuinka Romero, Comunidad Juan Caniupan, Y don Florentino Daniel Painemil Catrilaf, deduce Acción de Protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía representada por el Intendente de la misma Región, señor Andrés Molina Magofke, con motivo de la Resolución Exenta No. 127, de fecha 4 de octubre de 2011, la que se mostró favorable al Proyecto ‘Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire’, perteneciente a la empresa Enacon S.A. La mencionada Acción, “encuentra su fundamento tanto en el hecho de que la resolución recurrida no cumple con la normativa constitucional y legal para el caso, como también por la vulneración de las Garantías Constitucionales”³⁴¹

³⁴⁰ *Ídem.*

³⁴¹ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 349-2012 en autos caratulados “Tragún Mapu”. Sentencia del 20 de enero de 2012.

establecidas en los numerales 2, 6, 8 y 24 del Artículo No. 19 de la Constitución Política de la República de Chile, esto es, la Igualdad ante la Ley y la Libertad de Conciencia y el Derecho a Vivir en un Medioambiente limpio y libre de contaminación, y el Derecho de Propiedad. Se solicita que dicho acto administrativo sea dejado sin efecto, que el Proyecto en cuestión sea ingresado al Sistema de Evaluación Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA), que se imponga a los órganos Estado de Chile vinculados la obligación de materializar su deber de consultar a los Pueblos Indígenas contemplado en el artículo No. 6 del Convenio No. 169 de la OIT.

Cabe destacar, que el Proyecto de la Empresa en cuestión pretende la construcción de una línea de transmisión Eléctrica aérea de 110 Kv de tensión construida con postes de hormigón y de 98.9 kilómetros de longitud. Esta red, “se inicia en la comuna de Melipeuco, en el sector cercano al río Triful Triful, y la red se proyecta de oriente a poniente hasta interceptar con la línea existente de 220 KV de Transelec, red perteneciente al Sistema Interconectado Central (SIC), ubicada en la comuna de Freire”³⁴². Dicho proyecto, “se emplaza en el espacio faja férrea de la ramal Freire – Cunco, y atravesaría 11 comunidades indígenas: Mauricio Montiel, Juan Caniulaf, Quiñetrur Morales, Bartolo Pilquinao, Francisco Huentro, Curihuinca Romero, José Luis Carimán, Juan Painemil, Juan Huenchumil, Antonio Epuñan e Isidro Antinao, y además, se emplazaría colindante a 21 comunidades Mapuche”³⁴³, que utilizan dichos lugares para su subsistencia.

b) Reflexiones de Tribunales Nacionales y principales considerandos.

Luego de la Interposición de la Acción de Protección mencionada, y siendo desestimada con posterioridad por Corte de Apelaciones de Temuco, pasa el caso a manos de la Corte suprema vía Casación en el Fondo. La Excelentísima, considera en su Considerando Quinto, que el Proyecto recurrido debió haber sido evaluado por Estudio de Impacto Ambiental y no por Declaración de Impacto Ambiental, ello porque

³⁴² *Ídem.*

³⁴³ *Ídem.*

como es sabido, el Artículo No. 9 de la Ley 19.300 establece que, “el titular de todo proyecto comprendido en el Artículo No. 10 de esa misma Ley, deberá presentar una DIA o un EIA según corresponda”³⁴⁴. Se complementa lo anterior con el Artículo No. 11 de la misma, que especifica que, “se deberá presentar un EIA cuando los proyectos generen o presenten a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias que enumera”³⁴⁵ En este orden de cosas, y en palabras del Tribunal:

*De una somera lectura del expediente ambiental, se hace evidente que en el caso sub-lite se dan los supuestos suficientes para que se debiese haber realizado un Estudio de Impacto Ambiental, por lo que, al haber sido aprobado el proyecto por medio de una Declaración de Impacto Ambiental.*³⁴⁶

Por tanto, la Comisión De Evaluación Ambiental, incurriría en una ilegalidad.

Es menester precisar, que el Artículo No. 11 letra c), estipula la necesidad de un EIA cuando el proyecto cause, "reasantamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos"³⁴⁷, como es el caso.

Por otra parte, el Art. 8 del Reglamento del SEIA establece en su literal c) que:

³⁴⁴ *Ídem.*

³⁴⁵ Artículo No.11.- Ley 19.300.

Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasantamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

³⁴⁶ LUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. *Op.Cit.*

³⁴⁷ *Ídem.*

*Para evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, se debe considerar para ello la dimensión antropológica, esto es, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados.*³⁴⁸

Asimismo, en su letra e) del mismo Artículo se encuentra que también se deberá considerar, “la dimensión de bienestar social básico, relativo al acceso del grupo humano a bienes, equipamiento y servicios, tales como vivienda, transporte, energía, salud, educación y sanitarios”.³⁴⁹

Además de lo expuesto, se considera que el proyecto se emplaza en un espacio que afecta a lo menos a siete sitios de significación del Territorio *Maile- Allipén*, viéndose amenazados por la instalación del tendido eléctrico en cuestión, y que, “de llegar a materializarse tal situación, significarían una seria amenaza para el ejercicio de la religiosidad mapuche, especialmente en la realización del Nguillatun, por cuanto el proyecto se encontraría a menos veinte metros de un espacio simbólico trascendental para la realización de este”.³⁵⁰

Lo precedente, conjuntamente demuestra que la recurrida incumplió lo establecido en el Artículo No. 15 letra c) del Reglamento del SEIA, en el sentido de que debía indicar los antecedentes necesarios para determinar que el Proyecto no requería la presentación de un EIA, dejando en evidencia que, “sí habría alteración de los sistemas de vida y de costumbre, en su dimensión antropológica, de las comunidades recurrente en estos autos. De igual forma, al considerar dicha alteración”³⁵¹. Se debió tener presente, “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera,

³⁴⁸ *Ídem.*

³⁴⁹ *Ídem.*

³⁵⁰ *Ídem.*

³⁵¹ *Ídem.*

y en particular los aspectos colectivos de esa relación"³⁵², como prescribe el Artículo No. 13.1 del Convenio No. 169 de la OIT.

Por lo demás, al prohibirse a las comunidades indígenas del sector transitar por los lugares citados, se estaría vulnerando su Derecho de Propiedad Ancestral sobre las tierras que han servido para la subsistencia desde tiempos inmemoriales. A saber, se vulnera el Artículo No.19 No.24 de la Constitución Política, toda vez que las comunidades no pueden hacer efectivo el uso del territorio mencionado.

6.3.6. Reflexiones y Conclusiones en materia de Propiedad.

Transcurridos algo más de cinco años desde la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT, la jurisprudencia chilena cuenta con sentencias referentes a los derechos de los Pueblos Indígenas que han ido asentando alguna especie de 'precedentes' en relación con derechos territoriales.

Si bien los fallos no logran definir líneas definitivas, se han abordado asuntos que han ayudado a poner en la palestra la aplicación de instituciones como la propiedad indígena ancestral, relevante para la evolución de un criterio más justo y uniforme en materia jurisprudencial. En este contexto, las sentencias en cuestión, se han centrado en la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile, buscando identificar algunos problemas centrales que se han suscitado desde la entrada en vigencia en 2009 de este Tratado Internacional, en relación con el alcance de los derechos territoriales, los debates relativos al valor de la ocupación ancestral frente al derecho de propiedad y el amparo de ambos en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

Los derechos de los Pueblos Indígenas a su territorio no empecen a la existencia de otros titulares de derechos formales sobre los mismos, privados o del Estado, total o parcialmente. Asimismo, son precedentes a actos formales de

³⁵² *Ídem.*

reconocimiento de administración estatal y abordan dimensiones más amplias como la de los recursos naturales que existan en éstos, o como los del subsuelo o los hídricos, que tienen un sistema de constitución y registro diferenciado y amparado constitucionalmente.

Es necesario realizar una hermenéutica más armoniosa en la relación de la jurisprudencia interamericana estudiada, con el Derecho Interno, tomando en cuenta, la Ley Indígena 19.253, Convenio No.169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando así la existencia de un Área de Desarrollo Indígena (establecida por el Estado), de modo que para los casos expuestos en este acápite, los derechos de naturaleza territorial de los pueblos indígenas operen por sobre el Derecho de Propiedad del Estado y/ o de particulares, según las circunstancias y sin perjuicio de la necesaria obligación de ponderación caso a caso cuando fuere procedente. Así, en los espacios que comprenden los territorios ancestrales indígenas, aunque pueden ser a un mismo tiempo propiedad fiscal o particular, tanto sobre tierras o aguas, y sin perjuicio de que la o las comunidades indígenas pueden no tener derechos de propiedad inscritos registralmente sobre los mismos, corresponde a los organismos del Estado actuar en favor de ellas porque le cabe un deber de protección que se funda de iure en los derechos de los pueblos indígenas al territorio y sus recursos hídricos, por sobre la existencia de propiedad registral constituida.

CONCLUSIÓN.

Las culturas de los pueblos indígenas y tribales comprenden un patrimonio de conocimientos diversos, que representa un recurso valioso para todo el mundo. Sin embargo, “estos pueblos constituyen el sector más pobre de las sociedades en las que viven y constituyen un porcentaje desproporcionado entre las víctimas de Derechos Humanos”.³⁵³ Así las cosas, durante las últimas décadas. Tras una intensa y larga lucha por la reivindicación, “los pueblos indígenas han surgido como nuevos actores políticos relevantes y han reclamado de los Estados el respeto de los derechos colectivos que les son inherentes a su condición de minoría étnica”³⁵⁴

Los Estados de Latinoamérica hoy enfrentan grandes retos en materia indígena, pues debido a los planes de desarrollo extractivo o al modelo económico regional. El territorio ocupado por los pueblos autóctonos se ve constantemente expuesto a intervenciones ambientales profundas, que afectan de manera directa sus modos de vida tradicionales. Así, una vez agotados los recursos en el ámbito nacional, los pueblos indígenas “muchas veces se han visto en la necesidad de recurrir a instancias supranacionales, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para resolver pacíficamente los conflictos”³⁵⁵

El Convenio No. 169 de la OIT, fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el año 1989 y es casi el único Tratado Internacional específico sobre derechos de los pueblos indígenas. Si bien surge en el marco de la OIT, no cabe duda alguna que es un Tratado de Derechos Humanos, en tanto consagra y da contenido a Derechos Humanos y, “como tal, ha sido incorporado a la normativa aplicable utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para interpretar sus propias normas” .³⁵⁶

³⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.* p.3.

³⁵⁴ NASH, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago. Chile: Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile, 2012. pp. 9. ISBN 978- 19- 0784- 3.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p.5.

³⁵⁶ *Ídem.*

Este Tratado Internacional vino, “a cambiar el paradigma y la visión que se tenía de los Pueblos Originarios hasta ese momento, desde la asimilación a la autonomía”³⁵⁷. Mejorando de manera consistente el trato hacia ellos por parte de los Estados y reivindicando sus Derechos como sociedades permanentes. “Ha incorporado asimismo derechos y estándares para la protección de las prerrogativas de los pueblos indígenas”³⁵⁸, consagrando definitivamente la existencia de derechos colectivos, es decir, se reconoce finalmente en un Instrumento Internacional, que el ejercicio de ciertas facultades sólo puede entenderse en una perspectiva colectiva cuando nos encontramos ante comunidades autóctonas o tribales.

Lo cierto, es que el criterio impuesto por los fallos de tribunales internacionales, entre ellos la CIDH -y que resguarda el cumplimiento de la CADH por los estados ratificantes- ayudado por ciertos Instrumentos Internacionales auxiliares como el Convenio No. 169 de la OIT. Han contribuido en gran medida a dejar atrás los paradigmas tradicionales de las sociedades, para dar paso a nuevos conceptos que el derecho interno, a pesar de las dificultades, ha debido asimilar. Ejemplo de aquello es la superación del concepto liberal de Propiedad, entendida como un atributo inherente al individuo, por aceptación de la propiedad colectiva indígena o el principio autodeterminación de los pueblos que tiene como piedra angular al derecho a la participación y consulta previa en aquellas medidas legislativas y/o administrativas o proyectos de desarrollo que les afecten directamente.

En el presente trabajo, se realizó un análisis de algunos de los fallos paradigmáticos que la CIDH ha dictado en materia indígena, específicamente respecto de Propiedad, Participación y Consulta. Lo anterior, con el fin de descubrir cuáles han sido los criterios que ha seguido en dicho ámbito y asimismo de qué forma, las normas del Convenio No.169 de la OIT ha contribuido e influido en aquella valoración.

En este sentido, podemos decir en primer lugar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ejercido su labor a través de una interpretación *pro-homine* o

³⁵⁷ NASH, Claudio. *Op. Cit.*, 28.

³⁵⁸ *Ídem.*

evolutiva, es decir, que las normas de la CADH se interpretan a la luz de las circunstancias del caso concreto y no de forma estatutaria. Reconociendo al derecho como ciencia reaccionaria a los hechos, mostrando así las conquistas o reivindicaciones de los nuevos actores sociales y, permitiendo por ejemplo la protección efectiva de los derechos colectivos indígenas, como lo es la propiedad sobre los territorios que ancestralmente han sido ocupados por sus miembros, o el derecho de decidir sobre aquellas medidas que afecten sus modos de vida de manera directa.

En cuanto al Derecho de Propiedad Indígena, hemos visto a través de los casos expuestos, la complejidad y multiplicidad de prerrogativas que implica y que por cierto se encuentran consagradas en el Convenio. Entre ellas podemos mencionar, la posesión ancestral de las tierras y recursos naturales, el deber de titulación que los estados tienen en virtud de dicha posesión, la obligación de garantizar el derecho de propiedad e impedir todo tipo de turbación y, por último, las reparaciones que derivan del traslado forzoso o violento que las comunidades hayan realizado en virtud de intervenciones en su medio.

De esta manera, la Corte “ha sabido concluir que el vínculo entre los miembros de aquellas comunidades y el territorio que han ocupado tradicional y ancestralmente, no encuentra su límite en la concepción liberal-industrial que se tiene de propiedad y posesión. La que, por un lado, implica indefectiblemente una apropiación individual de los bienes”,³⁵⁹ y por otro, una lógica centrada en la explotación y productividad de la tierra como base del sistema económico. Brindando en primer lugar, un alcance amplio al Artículo No. 21 de la CADH que reconoce las distintas acepciones posibles del derecho de dominio o propiedad, y en segundo, proporcionando protección efectiva a todas las dimensiones que dicho derecho tiene en materia indígena.

Respecto a la participación y consulta, existe una relación de género especie y asimismo una relación de interdependencia que hace imposible la subsistencia de una facultad sin la otra. Así, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre

³⁵⁹ *Ídem.*

las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural y consiste en respetar, proteger y promover las tradiciones de los pueblos indígenas, permitiendo en última instancia, participar y decidir de las decisiones que les afecten directamente, ya de forma exclusiva, ya de manera conjunta al resto de la sociedad.

El Derecho de Consulta Previa guarda estrecha relación con la protección al Derecho de Propiedad Indígena. Hemos visto en los casos citados, como la falta u omisión de aquella, ha generado serios perjuicios a las comunidades en cuestión, forzándolas muchas veces a emigrar a centros urbanos o a otros ajenos a sus modos de vida tradicionales. Sin embargo, hemos visto también que este derecho no sólo resguarda lo anteriormente dicho, sino todas aquellas medidas legislativas o administrativas que pudieren transgredir la identidad cultural de los pueblos, entre ellas, la participación política como asociación en elecciones locales o los modos de reparación establecidos como sanción a derechos ya vulnerados.

Otro aspecto importante de la presente memoria es la realización del mismo ejercicio anterior, pero esta vez enfocado en nuestros Tribunales de Justicia. Saber si las directrices seguidas por los Tribunales Nacionales han sido similares a las impuestas por el Derecho Internacional o si han evolucionado hacia dicho camino, es esencial para el fortalecimiento de los derechos de nuestros propios pueblos autóctonos y con ello, el cese de los conflictos en diversas zonas de nuestro país.

En cuanto al análisis de la jurisprudencia en materia de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, dentro del sistema del SEIA ya expuesto en acápites precedentes, nos permite concluir que ésta parecía evolucionar en la perspectiva de asumir los lineamientos definidos por los órganos internacionales, y que se apoya en los tratados internacionales de Derechos Humanos existentes, en particular, para las materias mencionadas, el Convenio No.169 de la OIT. No obstante, podemos observar una tendencia 'involuntiva' en nuestra jurisprudencia, pues vuelve a subordinar las normas de tratados de Derechos Humanos, para el caso concreto,

Convenio No.169, a la legislación interna, a saber, Ley en sentido amplio. Lo anterior, ocurre, pese a que ésta última, restrinja el libre ejercicio de los Derechos Humanos, que internacionalmente han logrado ser reconocidos e incorporados al ordenamiento jurídico nacional, a través de la ratificación y del Artículo No. 5 de nuestra Carta Magna. Asimismo, cabe destacar la existencia de una “latente disparidad de criterios entre las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, e incluso dentro de la misma Corte Suprema, dependiendo de la conformación de la sala, a modo de ejemplo, llamada a pronunciarse sobre un caso en concreto”³⁶⁰. El fenómeno explicado, “genera incertidumbre jurídica para todos los actores concernidos en dichos conflictos, y debilita la institucionalidad en materia de Derechos Humanos de los pueblos indígenas”³⁶¹, acrecentando las condiciones de vulnerabilidad de las mencionadas comunidades indígenas.

Es por todo lo expuesto que hoy, se requiere estandarizar los criterios jurisprudenciales de un modo consistente “con las directrices internacionales y lo que parece ser la jurisprudencia mayoritaria reflejada en otros casos conocidos en Chile, a saber, ‘Estación de Transferencia de Residuos Sólidos LancoPanguipulli’, y Comunidad Indígena Puquiñe, Comunidad Mapuche–Huilliche AntuLafquen de Huentetique,[...] [todos a modo de ejemplo].³⁶²

Por otra parte, y refiriéndonos a la evolución jurisprudencial chilena en materia de propiedad, cabe destacar la relevancia del caso ‘Linconao’, puesto que, gracias al mismo, es que se logran amparar derechos tradicionales indígenas, “sobre la base de una concepción territorial, tal cual lo expresa el Convenio No.169 de la OIT, aplicándose a su vez, sobre propiedad particular”³⁶³. Incluso, el caso precedente, ha servido “de base para sostener la existencia de un Derecho a la Protección del territorio y de sus aguas de uso ancestral en particular”³⁶⁴.

³⁶⁰ YÁÑEZ, Nancy. Jurisprudencia y protección ambiental. [En Línea]. Universidad de Chile. 2010. Disponible en:http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Proteccion_Derecho_Ambiental_Nancy_Ya%C3%B1ez.pdf

³⁶¹ *Ídem.*

³⁶² *Ídem.*

³⁶³ *Ídem.*

³⁶⁴ *Ídem.*

Por otra parte, es menester precisar, que existe hasta el día de hoy, una diferencia de criterios jurisprudenciales en el escenario chileno, puesto que Estado de Chile no ha actuado de forma correcta en propender a hacer efectivos los Derechos de las Comunidades Indígenas, sin cumplir con su deber de protección de los derechos de las mismas.

Ahora bien, en cuanto a la Acción de Protección como mecanismo de reclamo de los derechos territoriales contemplados en el Convenio No. 169 de la OIT (Artículo No. 12 del Convenio en cuestión, y Artículos Nos. 25 y 8 de la CADH), cabe destacar que ha sido aplicado de manera distinta en esta materia. A modo de ejemplo, es patente al observar que en el fallo de la *Machi* Francisca Linconao, se establece que el Recurso de Protección Constitucional, contemplado en el Artículo 20 de nuestra Constitución, “es un recurso sencillo y eficaz que permite amparar los Derechos Territoriales de los pueblos indígenas”, mas por otro lado en casos como el ‘Pilmaiken’, se niega la procedencia de la acción mencionada. el cual niega el recurso, ello porque “las comunidades recurrentes habrían desarrollado acciones de autotutela, y además, las cuestiones referidas a la propiedad indígena pueden ser reclamadas mediante juicio ordinario o especial de lato conocimiento”³⁶⁵.

Debemos tener claro, que el criterio que debiese aplicarse es el del uso de la Acción de Protección como vía legítima y efectiva para reclamar la protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas contemplados en el Convenio No. 169 de la OIT, ello, por la urgencia en el cese de la vulneración de los Derechos afectados. Lo anterior, se ampara en “el mandato del Artículo No. 12 del Convenio, y el Artículo No. 25 de la CADH”³⁶⁶. Es así, como la acción descrita, resulta el medio idóneo para cautelar los Derechos Indígenas que se vulneren.

³⁶⁵ *Ídem.*

³⁶⁶ *Ídem.*

Al restar validez a la acción expuesta y negar su posible aplicación, se estaría negando el reconocimiento que por el solo ministerio del Derecho se otorga a estos recursos, y además, se estaría permitiendo la consumación de la situación fáctica vulneratoria, pues ninguna otra vía resulta tan rápida en ocasionar el cese de la vulneración de derechos.

Si bien es cierto, debiesen existir otros medios que presten el mismo fin que la acción de protección en el caso chileno, pero es en concreto el único idóneo que nuestro Derecho Interno provee como mecanismo eficaz para la protección de la Identidad Cultural y de los Derechos Ancestrales de las comunidades indígenas. La protección constitucional, resulta imprescindible entonces.

Ahora bien, si volvemos al Convenio No. 169 de la OIT, y a modo de suma, es relevante destacar que éste ha tenido vital importancia lograr el resguardo efectivo de las minorías étnicas, pues es en primer lugar gracias a sus normas aplicadas por los tribunales nacionales de los Estados ratificantes, y utilizadas a modo de guía en el trabajo interpretativo de la Corte en segundo, que se ha logrado la concientización popular de la cuestión indígena moderna y asimismo, diversas medidas de protección a las garantías de dichos pueblos tanto a nivel administrativo como legislativo, y por supuesto judicial.

BIBLIOGRAFÍA.

i. Doctrina.

- AYLWIN, José. Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. 2004. Temuco. Chile: Universidad de La Frontera, 1994. p.29. ISBN. 956-236-161-6.

- CENTRO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESARROLLO DEMOCRÁTICO DE MONTREAL. Pueblos indígenas y tribales. Guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT. 2009. Vol. I. Montreal, Canadá.

- GAJARDO, Jaime. Reflexiones Sobre El Derecho A La Propiedad Colectiva Indígena. Comentario Del Informe De Fondo N° 125/12 De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos En El Caso De Los Pueblos Indígenas Kuna De Madungandí Y Emberá De Bayano Y Sus Miembros Con Panamá. [En línea]. 2015, Vol. XIII. Madrid. España: Revista Scielo. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-5200201500010001

- COURTIS, Christian. Apuntes Sobre La Aplicación Del Convenio No 169 De La OIT Sobre Pueblos Indígenas Por Los Tribunales De América Latina. Boletín Aplicación Del Convenio No 169 De La OIT Sobre Pueblos Indígenas Por Los Tribunales [En línea]. 2008, Vol. XXXII. Ginebra. Suiza: Organización Internacional del Trabajo. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Aplicacion%20del%20C169%20por%20tribunales%20en%20America%20Latina.pdf

- DEL TORO. Mauricio. El Derecho De Propiedad Colectiva De Los Miembros De Comunidades Y Pueblos Indígenas En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. [En línea]. 2013, Vol.I. Ginebra. Suiza: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM . [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

- DONOSO, Sebastián. Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. Temas de la Agenda Pública. [En línea]. 2008, Vol. III (16). Santiago. Chile: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/chile-y-el-convenio-169-de-la-oit-reflexiones-sobre-un-desencuentro.pdf>.

- FERRERO, Ricardo. Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana. [En línea]. 2016, Vol. LXIII. Ginebra. Suiza: Revista IDH. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35518.pdf>

- FIGUEROA, María Angélica. Etapa de Expansión del Derecho Común en los Siglos XVI al XVIII. Características Esenciales del periodo. Santiago. Chile: Universidad de Chile, 2010.

- FIGUEROA, María Angélica. Estatutos Jurídicos de la población hispanoamericana durante la vigencia del Derecho Indiano. Santiago. Chile: Universidad de Chile, 2010.

- DE LA CRUZ, Alicia. Teoría Constitucional. Santiago. Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2010.

- BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago. Chile: Editorial Lexis Nexis, 2004. ISBN 956-238-486-1.

- GÓMEZ, Magdalena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En: Mikel Berraondo, Los Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, 2º Ed. Bilbao, España: Universidad de Deusto. 2006. Vol XIV. ISBN 84-9830-058-4.

- INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA. *Derechos de los pueblos indígenas de Chile. Informe del programa de Derechos indígenas*. Santiago. Chile: LOM Ediciones, 2003. ISBN. 956-282-608-2.

- MARTÍNEZ Nelson “et al”. La cuestión territorial indígena en América Latina: algunas perspectivas desde Chile y Argentina. Revista Scielo. [En línea]. 2015, No. 62. Santiago, Chile. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34022015000300001.
- MILLÓN, Paula. y CÉSPEDES, Rodrigo. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Doméstico Chileno, Revista Derecho Público Iberoamericano. [En línea]. 2015, Vol. VII. Santiago. Chile: Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2015/10/Paula-Millon-y-Rodrigo-Cespedes-Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-y-derecho-dom.pdf>
- NASH, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago. Chile: Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile, 2012. ISBN 978- 19- 0784- 3.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Boletín Anual. La Organización Internacional del Trabajo y Los Pueblos Indígenas y Tribales. 2009. Vol. III. Santiago. Chile.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender El Convenio Sobre Los Pueblos Indígenas Y Tribales. [En línea]. 2013, Vol.I. Ginebra. Suiza: oficina Internacional del Trabajo. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf
- ROULAND, Norbert, “et al”. Derecho de las Minorías y Pueblos Autóctonos. México D.F. México: Siglo XXI Editores, 1999. ISBN 968- 23- 2201- 4.
- STAVENTHAGEN, Rodolfo. *Actas: 51° Congreso Internacional de Americanistas*. Santiago. Chile: LOM Ediciones, 2003. ISBN 9978-04-361-6.

- UNIVERSIDAD DE ROSARIO. ¿Qué es la Consulta Previa? Cátedra Viva Intercultural. [En línea]. 2010, Vol. I. Bogotá. Colombia: Universidad DE Rosario. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- VALENCIA, Ana María. Los derechos ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Andalucía. España: Universidad Internacional de Andalucía, 2012.
- VELÁSQUEZ, César. Las transformaciones del Estado–nación en el contexto de la globalización. Revista Chilena de Antropología. [En línea]. 2011, Vol. VIII. Santiago, Chile. [Fecha de Consulta: 04-08-2016]. Disponible en: <http://www.revistadeantropologia.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewFile/17597/18362>
- VIAL, Gonzalo. Teoría y práctica de la igualdad en América. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1964.
- YÁÑEZ, Nancy. Jurisprudencia y protección ambiental. [En Línea]. Universidad de Chile. 2010. Disponible en: http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Proteccion_Derecho_Ambiental_Nancy_Ya%C3%B1ez.pdf

ii. **Legislación.**

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Publicaciones Colaborativas, 50 años de los Derechos Humanos. [En línea]. 2010, Vol. I. Madrid. España: Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. [Fecha de Consulta:

04-08-2016]. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 24 de octubre de 1980. Artículo N° 66.

iii. **Jurisprudencia.**

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v.s Paraguay”, de 17 de junio de 2005 (Vulneración de Garantías), Serie C, N° 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v.s Paraguay”, 29 de marzo de 2006 (Vulneración de Garantías), Serie C, N° 137.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, de 03 de Abril de 2009 (Vulneración de Garantías), Nota 25, N° 25. P. 143.
- EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, Causa Rol 2840-2008 en autos caratulados “Chusmiza y Usmagama”. Sentencia del 25 de noviembre de 2009.
- EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, Causa Rol 7287-2009 en autos caratulados “Linconao con Sociedad Forestal Palermo”. Sentencia del 30 de noviembre de 2009.
- EXCELENTÍSIMA CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 4078-2010, en autos caratulados “Caso Ducto Celco”. Sentencia del 14 de octubre de 2010.
- EXCELENTÍSIMA CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 5757-2010 en autos caratulados “Comunidad Pepiukelén con Los Fiordos”. Sentencia del 14 de octubre de 2010.

- EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Causa Rol 10.090-2011 en autos caratulados “Comunidad Indígena Antu- Laftquen de Huentetique”. Sentencia del 22 de marzo de 2012.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 1705-2009 en autos caratulados “Comunidad Mapuche Palguín”. Sentencia del 21 de enero de 2009.
- ÍLUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 318-2010 en autos caratulados “Paillalef”. Sentencia del 11 de febrero de 2010.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, “Caso Ducto Celco”, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol N°148- 2010.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 36-2010 en autos caratulados “Comunidad Pepiukelén con Los Fiordos”. Sentencia del 27 de julio de 2010.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa Rol 289-2010 en autos caratulados “Comunidad Mapuche Chilcoco”. Sentencia del 10 de agosto de 2010.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Causa Rol 09-2011 en autos caratulados “Comunidad Aymara y Descendientes”. Sentencia del 24 de enero de 2011.
- ÍLUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, Causa Rol 618-2011 en autos caratulados “Comunidad Huascoalinos”. Sentencia del 17 de febrero de 2011.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 29.806-2011 en autos caratulados “Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao con COREMA Arica”. Sentencia del 13 de julio de 2011.
- ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Causa Rol 349-2012 en autos caratulados “Tragún Mapu”. Sentencia del 20 de enero de 2012.

iv. **Sitios Web.**

- Sea.gob.cl. (2016). *SEA Chile*. [En Línea] Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/sea/quienes-somos> [Última visita 17 de agosto de 2016].

- Cctt.cl. (2016). Centro de Trabajadores Mapuche. [En Línea] Disponible en: http://www.cctt.cl/correo/index.php?option=com_content&view=article&id=1532:pueblo-mapuche-corte-aplica-convenio-169-y-acoge-recurso-a-favor-de-comunidad-mapuche-williche-hit&catid=25 [Última visita 17 de agosto de 2016].