

COSMOVISIÓN MAPUCHE, TERRITORIOS Y

DERECHO

Erasmus Alejandro Collao González

Ignacio Alejandro Gálvez Camus

Profesora guía: Gisella López Rivera

Enero de 2021

Índice

Glosario	5
Aclaración sobre el uso del gentilicio.....	9
Introducción.....	11
Capítulo I.....	12
Las poblaciones indígenas y los territorios.....	12
1.1 ¿Qué entendemos por mapuche?	12
1.2 Elementos de la cosmovisión mapuche	15
1.2.1 Taiñ Mapuchegen Mew: Una manifestación de autodeterminación	15
1.2.2 Chegen o Chegeam: Persona en la sociedad mapuche.....	17
1.2.3 Az	18
1.2.4 AzMapu	18
1.2.5 El Kuyfi	20
1.2.6 Mogen.....	21
1.3 Aproximación a la normatividad en la sociedad mapuche	21
1.3.1 Sistema normativo mapuche	21
1.3.2 Importancia de los ancestros	22
1.3.3 El ser, origen y proyección mapuche como identidad colectiva	23
1.4 Los Territorios	25
1.4.1 ¿Qué se entiende por territorios?.....	25
1.4.2 La relación entre las poblaciones indígenas y los territorios	26
1.4.3 La relación entre los mapuches y el territorio	27
1.4.4 Breve historia de las reducciones	27
Capítulo II.....	30
Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad desde la teoría de hegel y su relevancia para la relación entre el mapuche y los territorios	30
2.1 Fundamentación de Hegel sobre la propiedad	30
2.2 Análisis de la relación del humano con el territorio en la cosmovisión mapuche desde la teoría de Hegel	34
Capítulo 3	38
Manifestaciones jurídicas de la concepción mapuche de propiedad	38
3.1 Introducción	38
3.2 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	38

3.2.1 ¿Qué es el Convenio?.....	38
3.2.2 ¿Obliga el convenio a Chile?	40
3.2.3 Contenido obligacional del convenio.....	40
3.2.4 Jerarquía jurídica del convenio	41
3.2.5 Artículo 13.....	44
3.2.6 Artículo 14.....	45
3.2.7. Artículo 15.....	47
3.3 Ley 19.253 o Ley Indígena	48
3.3.1 Artículo 1.....	49
3.3.2. Artículo 13.....	51
3.3.3. Artículo 19.....	52
3.3.4. Artículo 34.....	53
3.4 Problemas de la normativa vigente: Insuficiencias del sistema jurídico para comprender la relación del mapuche con los territorios	54
3.4.1 Antecedentes sobre propiedad de la tierra y (des) protección de derechos indígenas sobre los recursos naturales	54
3.4.2 La fragmentación legal de los componentes del territorio como un problema para su protección	54
3.4.3 La Ley 19.253 y la (des)protección de recursos naturales indígenas.....	55
3.4.4 Situación de concesiones de aprovechamiento y control de recursos naturales en la región mapuche, en especial la situación de la actividad minera.....	57
3.4.5 Protección de los derechos indígenas sobre el subsuelo. La historia hacia la ley indígena: políticas públicas y cuestión indígena.....	58
3.4.6 Derechos indígenas sobre los recursos naturales: posiciones frente al problema	60
Capítulo 4	62
Análisis de jurisprudencia civil	62
4.1 Valoración de la costumbre mapuche en la solución de conflictos de derecho privado	62
Capítulo 5	65
Análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	65
5.1 Análisis de casos	65
Capítulo 6	70
Algunas consecuencias de la superposición de la tradición jurídica chilena sobre la cosmovisión mapuche	70

6.1 Contradicciones del modelo económico amparado por el derecho	70
Conclusiones.....	74
1.-Sobre los fundamentos filosóficos de la tradición jurídica chilena y el caso de Hegel	74
2.- Sobre la legislación chilena que se refiere al territorio desde la cosmovisión mapuche	75
3.- Sobre la jurisprudencia civil	76
4.-Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH	77
5.-Palabras finales	77
Bibliografía.....	79
Otras fuentes:	83
En línea:	84
Legislación citada:	84
Jurisprudencia Nacional:.....	84
Jurisprudencia internacional:	85

GLOSARIO ¹

Antv: Sol, día, luz del sol, o a la claridad que este produce.

Aylla rewe: Forma de organización sociopolítica amplia del territorio mapuche que está compuesta por nueve rewe. Espacio territorial mapuche.

Chachay: Utilizada para tratar con respeto y de manera afectiva a un hombre mayor, sin embargo, también se utiliza para tratar con respeto a un hombre, que aunque sea muy joven, por su condición de machi, se le dará el trato de chachay.

Che: Persona o gente.

Chegen: Otorga a un hombre o a una mujer la calidad de persona, el ser persona.

Fvtal mapu: Espacio territorial conocido desde el castellano como las identidades territoriales.

Fvchakeche: Personas que han llegado a una edad madura, y que por lo tanto, pueden ser relacionados con personas mayores que se encuentran dentro del rango de edad correspondientes a los ancianos y ancianas.

Gillatufe: Autoridad tradicional mapuche ligado al ámbito religioso o espiritual, de esta forma, el rol que cumple dice relación con la experticia que tiene en realizar rogativas. Su existencia tiene directa relación con el linaje al cual pertenece, de esta forma su presencia obedece a su pertenencia a un linaje que tiene origen de Gillatufe, por lo tanto, su rol es hereditario.

Guillatún: Ceremonia sociocultural en la cual se realizan rogativas espirituales organizadas por un territorio, y que permite agradecer y solicitar ayuda espiritual a los diferentes newen que componen el mundo espiritual mapuche. Concurren allí relaciones sociales y culturales propias y que puede durar de dos o cuatro días.

Gvlam zugu: Proceso de realizar el consejo.

Gvlam: Elemento del proceso de formación de la persona mapuche que incide directamente en las cualidades que tendrá una persona al final de su proceso de formación, también permite corregir comportamientos negativos, contrarios a los requeridos bajo el modelo de persona mapuche.

¹ Conceptos traducidos en MELIN, Miguel, COLIQUEO, Patricio, CURIHUINCA, Elsy, ROYO, Manuela. AZMAPU: Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio. Primera Edición. Territorio Mapuche, Chile, 2016 pp. 127 a 130.

Inaramtun: Proceso de indagación desarrollado a través de la modalidad de preguntas.

Inatuzugun: Proceso de indagación desarrollado a través de la modalidad de realizar seguimiento a la temática, elemento o aspecto de la vida mapuche que se está investigando o sobre el que se está buscando información.

Kamarikun: Forma alternativa de referirse a la ceremonia conocida actualmente como guillatún.

Kimche: Persona mapuche, hombre o mujer, que a través de su proceso de maduración ha construido una amplia gama de conocimientos de los diferentes ámbitos en que se ordena la vida mapuche, y que además, le obliga a mantener un buen comportamiento al interior del territorio al cual pertenece.

Kuifikeche: Personas que por pertenecer al rango etario de las personas ancianas o mayores, se les denomina como personas antiguas.

Kulxug: Instrumento de percusión mapuche, relacionado con el aspecto espiritual que permite conectar el mundo terrenal y espiritual al ser utilizado por la o el machi, tomando en este caso el nombre de kawĩnkura o rali.

Kuyfi: Alusión al tiempo pasado, que narra acontecimientos ocurridos antiguamente, y que actúa como referente y modelo en el o los discursos mapuches (nvxam, wewpin, vl).

Kyme che: Explica la tenencia de bienes económicos de una persona cualquiera. Por otro lado, refiere a la bondad o a lo dadivoso que puede ser una persona al compartir sus bienes, del mismo modo, al interactuar de manera afectiva con otra persona.

Lofmapu: Espacio territorial mapuche compuesto principalmente por personas pertenecientes a un mismo linaje y dirigidos por una autoridad denominada como logko. Un lofmapu puede abarcar muchas comunidades.

Logko: Autoridad tradicional mapuche ligada principalmente al ámbito político, aunque en situaciones puede cumplir también un rol religioso. El espacio donde ejerce su dominio se denomina lofmapu. Su existencia obedece a su pertenencia a un linaje que tiene origen de logko, por lo tanto, su rol es hereditario y patrilineal. Entonces, su espacio jurisdiccional va más allá de las actuales comunidades jurídicas emanadas de la Personalidad Jurídica entregada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Mapuche kimvn: Cúmulo de conocimiento mapuche que ha sido construido a través del tiempo y como consecuencia de la interacción de la persona mapuche con el medio social, natural y sobrenatural.

Nvxam: Forma comunicacional mapuche de carácter oral que permite abordar y desarrollar diferentes temáticas a través de la conversación.

Papay: Utilizada para tratar con respeto y de manera afectiva a una mujer mayor, sin embargo, también se utiliza para tratar con respeto a una mujer casada, aunque ésta sea muy joven, por su condición de casada se le dará el trato de papay, igual situación ocurrirá si una mujer, aunque sea muy joven, tiene el rol de machi.

Purun: Baile mapuche.

Rakizuam: Proceso de reflexión mapuche que permite traer al presente diferentes temas o necesidades que tiene una persona con el fin de ordenarlos y buscar sus posibles soluciones.

Rekvlwvn: Fuente desde donde se origina una información, en el ámbito de la investigación o al dar a conocer la fuente desde donde se originan los datos que se incorporan en una conversación. Por otro lado, esta palabra puede también tener relación con apoyo, afirmarse de algo concreto.

Rewe: Elemento de la espiritualidad mapuche ubicado en el lugar denominado gillatuwe en el cual se reúne un grupo de personas pertenecientes a un territorio determinado con el fin de realizar rogativas.

Vi: Forma comunicativa mapuche enunciada a través del canto, construida de manera espontánea.

Wechekeche: Grupo de personas que pertenecen al grupo etario de los jóvenes.

Werken: Referencia al rol que cumple un mensajero del logko, cuyo rol principal era llevar mensajes enviados desde un logko a otro, el que debía ser entregado literalmente utilizando las mismas palabras, las entonaciones y gestualidades para enfatizar las partes que el enviado consideraba realizar en el mensaje que enviaba. En la actualidad, su función se ha extendido a otros ámbitos, como la vocería política de los procesos reivindicativos y de recuperación territorial. Todo esto implica una mayor responsabilidad en la práctica de su cultura y manejo de la lengua mapuchezugun.

Wigka zugun: Forma de referirse a través de la lengua mapuche a la lengua derivada del castellano y actualmente conocida como español.

Xawmen: Lugar donde se juntan dos o más territorios y que desde el habla castellana son consideradas como límites.

Xawvn: Reunión de personas con una intención y objetivos a desarrollar en dicha reunión.

Yafkan: Conflicto generado entre dos o más personas, por diversas situaciones, que generalmente puede derivar en problemas de convivencia.

Zugu: Referente a diferentes ámbitos temáticos existentes en la vida mapuche. También permite identificar el tema o diligencia que pueda movilizar a una persona para satisfacer una necesidad.

ACLARACIÓN SOBRE EL USO DEL GENTILICIO

Se han suscitado discusiones respecto de la correcta utilización del gentilicio mapuche/mapuches. Hay quienes señalan que la utilización de la palabra “mapuches” con el morfema de número (-s al final) no corresponde por redundante, en tanto la construcción de la palabra mapu: tierra; y che: gente; ya contiene la pluralidad de la palabra en sí misma.

Hay quienes señalan que hay palabras que contienen en sí la pluralidad como “gente” y “chusma” por lo que no llevan el morfema de pluralidad (-s). También tienen otras características propias, por ejemplo:

“-Se emplean siempre con determinante singular: mucha gente en vez de *muchas gente; la chusma en vez de *las chusma.

-Son modificadas por adjetivos singulares: gente simpática en vez de *gente simpáticas.

-Cuando funcionan como sujeto, el verbo se conjuga en singular: la gente asistió en vez de *la gente asistieron; la chusma aplaudió en vez de *la chusma aplaudieron”

La palabra mapuche no funciona de esta manera. Comparémosla con gente:

-La gente comprometida –más de 100 personas en total– asistió a la reunión.

-*El mapuche comprometido –más de 100 personas en total– asistió a la reunión.

-*El mapuches comprometido –más de 100 personas en total– asistió a la reunión.

Está claro que mapuche no funciona como gente: su plural –ya sea mapuche, ya sea mapuches— no puede ir con determinantes, adjetivos ni verbos singulares. Ahora comparemos mapuche(s) con personas:

-Las personas comprometidas –más de 100 personas en total– asistieron a la reunión.

-Los mapuche(s) comprometidos –más de 100 personas en total– asistieron a la reunión.

En estos casos, todo cuadra: con determinantes, adjetivos y verbos plurales, todo resulta de lo más gramatical en el caso de las dos palabras. A la luz de todo lo anterior, debemos concluir que mapuche no pertenece a la misma clase de sustantivos que gente.”²

Por último, hay quienes señalan que la partícula che en realidad significa exclusivamente persona y que en el mapudungun la pluralización viene con el prefijo pu, de modo que el equivalente en mapudungun de la palabra mapuches sin conjugación sería “pu mapuche”.

² SADOWSKY (2013)

Nosotros consideramos que, en un contexto de lectores no parlantes del mapudungun, la utilización del gentilicio mapuches con el morfema de número agregado permitirá una óptima comunicación con el lector o lectora, de modo que la preferimos.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis trabaja sobre la hipótesis de que la relación de las poblaciones indígenas, en particular los mapuches, con el territorio es diferente a la relación entre las poblaciones no indígenas y el territorio. En virtud de dichas diferencias, la primera relación estaría particularmente regulada por un régimen especial de protección por parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y por la ley 19.253, más conocida como la Ley Indígena; en tanto la segunda relación se encontraría regulada por las reglas generales del derecho civil relativas al derecho de los bienes.

Este trabajo pretende identificar el carácter que hace necesaria una protección especial y distinta a la primera relación y analizar críticamente el contenido de dicha protección especial con el fin de dilucidar si esta es o no suficiente.

Sin embargo el objetivo de este trabajo no es caracterizar la referida relación de forma completa y fiel a la cosmovisión mapuche, pues consideramos que ello escapa a las capacidades de la investigación académica de pregrado, sino que se pretende ofrecer una definición de esa relación y una caracterización de la misma desde una perspectiva filosófica y basada en la antropología de dicho pueblo, permitiendo tanto a la doctrina como a la jurisprudencia contar con herramientas para interpretar correctamente la especial regulación indígena y los conflictos con la ley general.

CAPÍTULO I

LAS POBLACIONES INDÍGENAS Y LOS TERRITORIOS

“Para nosotros los indígenas, la tierra no es sólo el objeto de nuestro trabajo, la fuente de los alimentos que consumimos, sino el centro de toda nuestra vida, la base de nuestra organización social, el origen de nuestras tradiciones y costumbres” (Carlos Ordoñez, 2º Congreso Nacional de la ANUC)³.

En este capítulo se analizará de manera general la relación entre las poblaciones indígenas latinoamericanas y los territorios con el fin de dilucidar su carácter y brindar una aproximación a la comprensión de los mapuches del territorio. Para ello es necesario dilucidar qué se entiende por mapuches, por territorios y cuál es la vinculación de los mapuches con ellos en tanto poblaciones indígenas.

1.1 ¿Qué entendemos por mapuche?

Antes de analizar la relación propiamente tal de los mapuches con los territorios es necesario establecer que es “lo mapuche”. Advertimos que establecerlo es un problema, pues no existe un concepto único o una definición acabada al respecto. En términos generales, varía su alcance según el contexto en el que se utiliza.

Podríamos referirnos o bien a la cosmovisión, o bien al gentilicio, o bien a la persona que se identifica con la cosmovisión, o bien a quién posee vinculación sanguínea, entre otros. Por nuestra parte, por lo acabado de su análisis conceptual, nos remitiremos al trabajo desarrollado por el investigador Alejandro Saavedra en su trabajo *La cuestión mapuche* (1971).

En opinión de Saavedra, el mapuche, como gentilicio, es definido corrientemente en términos extra sociales como una raza distinta a la chilena, rodeándola de diferentes

³ ORDOÑEZ (1996), p. 223.

estereotipos, tanto positivos como negativos. Caracterizaciones sobre cualidades permanentes e inmutables que generan un importante recurso para legitimar las relaciones que los grupos dominantes mantienen con ellos. Las definiciones y estereotipos raciales constituyen recursos para sancionar y legitimar estructuras de dominación.⁴

Otro criterio para definir al mapuche es considerarlo como una etnia distinta, o como una cultura o una subcultura particular y diferente de otras. La consideración étnica muchas veces pone énfasis en aspectos que pueden ser de escasa utilidad para una definición adecuada a la situación actual, llevando a errores en la ocupación del problema indígena. Se considera al mapuche como sujeto a resabios o vestigios de una cultura mapuche, y los criterios definitorios se buscan más bien en aquellos rasgos distintivos de la cultura mapuche típica, que, en los verdaderos rasgos de la actual subcultura mapuche, definida básicamente por las relaciones con la sociedad chilena.

El problema pareciera ser el origen y desarrollo de la cultura mapuche, considerada como una unidad la cual es solo aparente, pues los actuales grupos araucanos no constituyen una etnia homogénea en términos de rasgos culturales, sino que tienen una multiplicidad de rasgos combinados.

Saavedra, siguiendo a Ximena Bunster, opta por clasificar a la población como una subcultura. “La población mapuche constituye una verdadera lengua autóctona, el mapudungun, y un sistema político administrativo de reducciones. Aparejadas a estas diferencias básicas con el resto de la población chilena, es dable anotar otras características como la práctica del chamanismo, la celebración de ceremonias colectivas, la creencia en dioses y espíritus de la naturaleza y en la práctica de la hechicería”⁵.

La relación del Estado chileno con las poblaciones mapuche ha disimulado durante mucho tiempo la naturaleza de las estructuras socioeconómicas en las que estas están integradas. Sus relaciones con la cultura chilena no son un fenómeno de simple contacto cultural, sino que son de integración de una cultura a otra, ejemplos de ello son la asimilación de los territorios de la nación mapuche a territorio jurisdiccional chileno, la imposición de rasgos culturales como la lengua castellana, legislación, calendario, entre otras. Las cuales brindan al mapuche una calidad social de indio convirtiéndolo en un paria.

⁴ SAAVEDRA (1971), p. 18.

⁵ BUNSTER (1964), p. 96.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el mapuche es definido estatutariamente, con el objeto de identificar a aquellas personas que tienen un trato especial en la legislación, considerándose mapuche tanto a los chilenos de origen mapuche o araucano, como los que siendo de otro origen étnico están amparados por un título de merced. Se define al mapuche en términos de “origen étnico” y en términos formales de sujeción a un título de merced. Parece ser que este segundo elemento de la definición es el decisivo en términos jurídicos. De acuerdo con los criterios legales, sería “mapuche” la población de las “reducciones” y la de las “reducciones divididas”. Y ser parte de la “población mapuche” (en su uso estrictamente jurídico) sería importante sólo para algunos efectos como la enajenación de las tierras, celebración de ciertos contratos, organización de la familia (aceptación de la poligamia), etc. Por otra parte, cabe señalar que estos criterios definen al mapuche incluyéndolo dentro de la categoría general de “indígena”⁶.

Para objetos de nuestro trabajo, ofreceremos una definición funcional más que una propiamente conceptual. Entendemos por mapuche a todas las personas que han nacido en (i) una reducción o comunidad indígena, desde la provincia de Bio-Bio a la de Llanquihue, cualquiera sea el estatus legal de dichas comunidades, reducción o comunidad con título de merced, o sin ninguno de ellos y (ii) en “ex -reducciones” o reducciones divididas. Esta definición incluye, como mapuche, tanto a las personas que actualmente viven en las comunidades como a las que, habiendo nacido en ellas, han emigrado a otros sitios, pues pensamos que en toda esta población encontraremos ciertos rasgos comunes que nos permiten identificarla como tal.

Es preciso hacer notar que la idea de que exista una sola comunidad mapuche en Chile es bastante discutible. Si bien es cierto que puede considerársela como una subcultura, no es verdad que todos los mapuches actúan organizadamente como una unidad social característica. El que haya similitudes en el comportamiento de la población mapuche, por considerables que éstas sean, no nos permite hablar de una comunidad afín a todos ellos. La comunidad es algo más concreto que una abstracción que reúne a personas que tiene características similares. No existe una comunidad mapuche, sino múltiples comunidades mapuches integradas en una subcultura común. Estas comunidades revisten las formas de

⁶ SAAVEDRA (1971), p. 21.

“reducciones, “ex reducciones” y “comunidades sin título” y, asimismo, presentan diferentes grados de “comunitarismo” o “colectivismo”⁷.

Las comunidades mapuches son grupos de familias asentadas en un territorio establecido, organizadas básicamente en torno a sus relaciones con el exterior, a la mantención de ciertos rasgos culturales y a algunas relaciones económicas entre las familias. En las comunidades mapuches se desarrollan todas las actividades de trabajo, así como el resto de las actividades sociales⁸.

Las relaciones entre la sociedad mayor (sociedad chilena) y las comunidades mapuches han sido relaciones de dominación y colonización, por lo que las comunidades mapuches, al organizarse sobre la base de sus relaciones con el exterior, se han visto a merced de la coacción, mediante diversos instrumentos del Estado, por reproducir formas de vida que son contrarias al plan (y tradición) de la elite política y económica chilena. Las comunidades araucanas aparecen organizadas como unidades sociales por estos hechos: que existe una tenencia común de la tierra y que se comprenden a sí mismos como unidades íntegras.

Por otra parte, las comunidades perduran a través de varias generaciones, constituyendo verdaderos microsistemas sociales que se actualizan en los grupos mapuches que viven en dichas comunidades. Estos microsistemas sociales, definidos por la permanencia de nuevas relaciones con el exterior y por la permanencia de las comunidades mapuches, involucran que sus miembros tengan una historia común. Dentro de las comunidades, las personas se perciben y definen como miembros de ellas. Asimismo, las familias tienen entre sí un grado de interrelación e independencia⁹.

1.2 Elementos de la cosmovisión mapuche

1.2.1 Taiñ Mapuchegen Mew: Una manifestación de autodeterminación

⁷ SAAVEDRA (1971), p. 24.

⁸ SAAVEDRA (1971), p. 35.

⁹ SAAVEDRA (1971), p. 35.

La expresión *Taiñ Mapuchegen Mew* se relaciona con la idea de autorreconocimiento en lo colectivo por parte de las personas mapuche, se aprecia, además, en diferentes *fvtaľmapu* (grupos de wallmapu que se identifican con la misma cosmovisión, como los lafkenche, pewenche y williche), lo cual da cuenta de la integralidad, vigencia y alcance que posee esta afirmación. Constituye una idea recurrente y permanente en las expresiones de distintos niveles y tipos o formas de enunciación discursiva al interior de la lengua mapuche, cuando se quiere reafirmar su condición de mapuche, de pertenencia al pueblo, de fundamentar un pensamiento y reflexión desde lo propio. En definitiva, busca dar cuenta de lo que se aproxima a las nociones de nación mapuche y, por lo tanto, de libre determinación.

“*Taiñ mapuchegen mew ta wiñokintumeketuyñ ta kuyfike zugu*” y “*taiñ mapuchegen mew ta wiñotutuayñ taiñ mapu*”, corresponden a dos expresiones utilizadas por los *kimche* (sabios de la comunidad) en su *nvxam* (conversación) en que se reflejan a lo menos cuatro elementos, a saber: 1) la autoafirmación del ser mapuche colectivo en tanto *taiñ* (traducido literalmente como “aquello que es de nosotros todos” y figurativamente como “nación”); 2) el mirar hacia el *kuyfi* (pasado) como modelo que permite el *wiñokintun* (existir) en el mapu; 3) la construcción del futuro a partir del pasado, recuperando el territorio; 4) el *mapuchegen mew* (la voluntad de seguir existiendo como conjunto y decidir qué hacer en tanto tal)¹⁰.

“*Taiñ mapuchegen mew*” constituye una de las definiciones previas de carácter identitario, sociocultural y geopolítico, porque presenta el marco desde el cual se habla cuando se habla desde lo mapuche, el posicionamiento que determina la voluntad colectiva como mapuche.

Por tanto, se podría aproximar a la idea occidental de libre determinación o independencia, incorporando un principio que determina una condición política desde un *Taiñ* como punto de partida para orientar cualquier tipo de decisión en distintos niveles de su vida propia y de la relación con el “otro” como puede ser con la sociedad nacional chilena. Se trata de una voluntad fundada en el carácter de pertenencia colectiva, aquello que expresa el derecho de ser pueblo.

El derecho de ser mapuche se presenta en todo tipo de expresiones y manifestaciones cuando se habla en la lengua propia. En rigor, *taiñ mapuchegen mew* podría abarcar a todo el wallmapu, en la medida que se expresa en cada evento sociocultural y ceremonial como

¹⁰ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 18.

los kamarikun y guillatún, en diferentes lof y donde se encuentra el AzMapu como marco regulador de vitales y trascendentales actos de reproducción y revitalización territorial en la vida mapuche actual ¹¹.

1.2.2 Chegen o Chegeam: Persona en la sociedad mapuche

A continuación, se abordará la idea del ‘yo’ y de ‘persona’ dada su configuración diferenciadora respecto del mundo occidental y las implicancias que tiene, especialmente en el marco sancionatorio social de los lof.

La condición de *CHE* (persona mapuche consciente de sí) tiene una doble dimensión: por un lado, la condición humana en tanto especie diferenciada de otras formas de vida. Por otro lado, el proceso en construcción permanente que lo habilita para actuar en el mundo, cuya dimensión suele perderse o ponerse en entredicho en determinados momentos según conducta o acciones desarrolladas. Esto último de gran importancia sociocultural.

“*Fvta wexugefuyimi, welu petu CHE konlaymi*”¹² se escucha decir a las personas cuyas conductas están fuera de lo correcto. Alguien ebrio, por ejemplo, es visto como *CHEelay*, es decir, que no está en su condición de persona, en este caso, de consciencia de persona. En tal sentido, si bien la condición humana biológica no se pierde, lo que se pierde es la condición de persona *CHElen* en tanto tal, consciente de sí y regido por determinadas pautas de conducta.

En ese contexto, la expresión que lleva al individuo a su autodefinición personal vinculada con la idea del “yo” como primera persona se expresa como *IÑCHE*. Noción compuesta y polisintética en que al *CHE* se le antepone la partícula de plural *IÑ*, cuyo sentido profundo de la expresión es plural, inclusivo y social por lo que la idea del ‘yo’ corresponde, en rigor, a un yo social y culturalmente situado.

Por tanto, dicha concepción plural constituye uno de los referentes que sustentan el carácter colectivo desde el cual emana el ser persona en la sociedad mapuche y los modelos existentes para su formación y/o pérdida a lo largo de la vida, desde antes de su nacimiento.

¹¹ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 19.

¹² “Aún no llegas a ser persona, pese a ser un hombre grande/mayor” En MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 19.

Se entiende, entonces, como un proceso absolutamente vivencial, colectivo y relacional: el actuar en el mundo va configurando el ser *taiñ chegen* que se proyectará luego en la idea colectiva reflejada en el *taiñ mapuchegen mew*.¹³

1.2.3 Az

Para el pueblo mapuche, el concepto de Az es utilizado cotidianamente en aquellas personas que mantienen vigente el *mapuchezugun* (el habla mapuche). Este concepto permite desarrollar diversas ideas que se expresan a través del zugun o “palabra”, es decir, a través del habla, entendido el acto de habla como la forma en que expresamos nuestro pensamiento. El concepto de Az tiene variadas interpretaciones, lo que en el castellano equivale a una palabra polisémica. Dada esta característica, Az es una palabra que nos permite entrar al plano de las ideas subjetivas, objetivas, abstractas y concretas.¹⁴

Este significado podemos también relacionarlo con aquella idea que nos permite tener una opinión o percepción asociada con la forma de ser de una persona, o sea, con su forma de actuar, de comportarse, de relacionarse con su entorno, lo cual está muy ligado a su carácter. En el mundo mapuche, este Az puede ser personal y también colectivo, puesto que para ellos existen grupos de personas que pertenecen a un determinado linaje. En tanto miembros de ese linaje, los individuos poseen ciertas características psicosociales particulares e incluso físicas, las cuales son compartidas por los diferentes miembros de ese linaje, por lo que Az será personal, colectivo y territorial.

1.2.4 AzMapu

AzMapu, tiene al menos dos interpretaciones. La primera dice relación con la característica del paisaje que tiene un espacio territorial determinado. Por ejemplo, el AzMapu de la cordillera: sus montañas, araucarias y otras especies características de esos espacios, incluyendo el comportamiento del tiempo y su clima particular. Por lo tanto, será todo ese conjunto de elementos lo que le dará su identidad como paisaje representativo de un

¹³ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p.20.

¹⁴ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 21.

determinado territorio y su Az, su forma, su característica, su fisonomía permitirá diferenciarlo de otro territorio. Al interior de un territorio existen otros AzMapu de espacios más pequeños, que conforman el AzMapu de una zona, con la gente que en su interior se identifica con ella y sus características geográficas: territorios de terrenos planos, con presencia o no de plantas nativas, con presencia de determinadas aves y animales nativos, el color del suelo, etc.

A partir de esto, se van conformando, también, maneras particulares de hacer las cosas, de relacionarse entre sí en la vida cotidiana, formal y ceremonial. El uso de determinadas palabras o acentos del mapuchezugun, así como el uso y su relación con la propia tierra y el espacio. Estos elementos configuran, al mismo tiempo, particulares modos de realización de ciertas cosas, como las formas del *purun* (forma de danza) dentro de un *guillatún* o los roles que adquieren determinadas autoridades propias como el del o la machi, que a veces participan de manera distinta en el *guillatún* que otros territorios.

Una segunda interpretación del Az, nos aproxima a un conjunto de normas y reglas que determinan las relaciones que el humano establece con otros individuos y con el entorno natural. En la medida en que el humano actúe basado en las normas establecidas, podrá ser valorado y considerado como un miembro del grupo social, de lo contrario, recibirá las sanciones correspondientes que definirán si logra ser considerado parte del grupo o, al no obedecer las normas, ser incluso expulsado de su entorno social ¹⁵.

Del mismo modo, existen normas y leyes que lo guiarán para establecer buenas relaciones e interacciones con el mundo natural y sobrenatural, con el fin de que pueda convivir en armonía con su medio. Dependiendo de la forma en que conviva con los diferentes medios, una persona mapuche podrá vivir en armonía; de lo contrario, desde el propio mundo natural y sobrenatural vendrán sanciones motivadas por la falta o transgresión realizada.

Estas dos interpretaciones de AzMapu se van relacionando y ampliando hasta configurar normas o referentes, muchos de los cuales pueden ser generalizables, mientras que otros permanecerán a nivel de territorios definidos. Por ejemplo, una norma de la ética o del deber ser mapuche dice que la persona debe ser *kvmeche* (buena persona) lo cual está presente en todo el wallmapu, mientras que determinados *purun* al interior de un *kamarikun*

¹⁵ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 21.

o *guillatún* pueden variar de un territorio a otro, existiendo encargados para su cumplimiento correspondiente.

Sin duda, y dada las condiciones de dominación y subordinación actual del pueblo mapuche, hay un referente al cual los *fvchakeche* (ancianos) y *wechekeche* (jóvenes dirigentes) están recurriendo hoy de manera permanente, cual es, el modelo del *kuyfi*.

1.2.5 El Kuyfi

El *kuyfi* se remonta al periodo anterior a la ocupación del territorio por parte del Estado chileno a finales del siglo XIX, siendo la mejor aproximación la idea de tierras ancestrales que son la base de las reclamaciones territoriales. En este contexto, la vigencia y aplicabilidad del AzMapu se inscribe en un proceso de resistencia cultural, generado desde las reducciones y comunidades que se establecieron para aglutinar a los sobrevivientes de la guerra de exterminio y a las que se expropió de su riqueza y base material.¹⁶

Como noción que expresa el pasado en sus distintas dimensiones, esta expresión forma parte de un fundamento permanente del ser mapuche, tanto para el *fantepu mew* (el presente) como para el *ka antv mew* (proyección colectiva).

El concepto de *kuyfi*, constituye el referente obligado para abordar el pasado en la sociedad y cultura mapuche. Al mismo tiempo, se presenta como modelo en que se deposita el legado cultural y la construcción histórica mapuche que trasciende a los individuos y al cual se recurre cotidiana y formalmente, sea para apelar a la norma *AzMapu* sea para aplicar mecanismos de control. Se traduce entonces en un modelo espejo que refleja la situación actual a partir del pasado.

Desde el *kuyfi* se ha construido y mantenido la historia mapuche y sus correspondientes mecanismos de enunciación como el *vl* (canto) o el *nvxam* (conversación); se han construido las redes parentales y linajes, las disposiciones éticas de la conducta y actualmente se erigen las reivindicaciones territoriales.¹⁷

¹⁶ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 22.

¹⁷ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 23.

1.2.6 Mogen

Podríamos interpretar este como un concepto que da cuenta de la vida en sus distintas dimensiones y formas. Tiene que ver con el ser mapuche y su perpetuación en el tiempo, por lo que *mogen* parece como un recorrido desde el *kuyfi* más lejano, hacia un futuro que se presenta a través de distintas formas en la vida espiritual mapuche.

De esto deriva la noción de *kvme mogen*, referido a una finalidad, y a su vez, a una forma permanente de vida en tanto bienestar físico, material y espiritual de la persona y su entorno. Este es un ideal que se ha venido perdiendo por un contexto forzado, pero también constituye una búsqueda permanente de la gente mapuche en los distintos planos de su quehacer y que, a nivel del entorno natural y sobrenatural, se designa con la expresión *Ixofillmogen* (todas las vidas que conviven) en la que se incorpora el Che.

1.3 Aproximación a la normatividad en la sociedad mapuche

1.3.1 Sistema normativo mapuche

El sistema normativo mapuche, expresión y constructo sociocultural occidental que podría ser analogado al *AzMapu*, no sólo consiste en una serie de reflexiones y prácticas normativas mapuche, surgidas en el ejercicio de su soberanía y control cultural ancestral. También involucra la identificación de bases conceptuales y su ejercicio práctico en el contexto político actual del pueblo mapuche que, si bien se encuentra vinculado con el Estado chileno, mantiene importantes espacios de resistencia y control cultural. Por otro lado, y siempre dentro del marco de discusión occidental, la jurisprudencia, los principios y los nuevos estándares, tanto del derecho internacional como de la legislación doméstica, complejizan nuestra comprensión del sistema normativo mapuche.

Es fundamental entender que la proyección del pueblo mapuche es anterior a todos y cada uno de los instrumentos que el derecho internacional, así como el ordenamiento legal chileno, han desarrollado bajo principios como el “reconocimiento”, los “derechos humanos” y los nuevos estándares de “derechos colectivos”¹⁸. Dicho de otra forma, tales instrumentos

¹⁸ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 14.

no han venido más que a ratificar la imposición de paradigmas (o cosmovisiones) por parte del Estado para poder regular a la sociedad mapuche, lo que en la práctica ha devenido por parte del pueblo mapuche en una mantención y resignificación de su resistencia, para así lograr su perpetuación como grupo humano, reflejado en el *rumel mogelerpuael* (proyección colectiva más allá de lo conocido).

1.3.2 Importancia de los ancestros

El marco normativo mapuche está bajo la tutela completa de un sistema de creencias que emana de la relación de las personas con los entes y fuerzas espirituales. Todo lo anterior implica la existencia de leyes asociadas al origen del pueblo mapuche, que hoy los mayores fundamentan y explican como una práctica simbólica y vivencial a la cual aún se obedece en estos días:

Ernesto Huenchulaf, *logko*, comenta que “[a] través del sueño los orientaban a la gente, aunque no conocieran el territorio. Como estaban recién llegando, ¿cómo iban a conocer el territorio? Sin embargo, a través del sueño los iban guiando: ‘en este lugar existe este *newen*’, ‘por aquí este *newen* es sumamente delicado, no se le puede contradecir, se puede enojar’, ‘en este lugar se van a asentar, aquí este *newen* es más apacible, es menos delicado’, les decían a través de los sueños. De esa forma se iban asentando en los territorios. Claro, como en todas partes existía la transgresión, algunas formas de conflictos –como se podría decir– aquella persona que no obedecía las normas, los consejos, los sueños, como es que se les llama, los que son llevados a sus ideas que no hacen caso; esos donde se les antojaba asentarse no más, allí lo hacían. Sin embargo, no llevaban una vida tranquila, su familia era la que pagaba las consecuencias, les arrebataban los niños, todos, todos pasaban por esas sanciones, por eso, es muy importante la obediencia, el creer”¹⁹.

Existe entonces esa conexión espiritual y simbólica –asociada al origen y continuidad de la sociedad mapuche, que dice relación con la vinculación entre las personas y los entes de la naturaleza, el territorio y, con ello, con el *feyentun* (sistema de creencias propio). Esta conexión puede manifestarse de diversas formas, siendo el *pewma* (sueño) una de las

¹⁹ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 26.

fundamentales, con la finalidad de poner o restaurar el respeto a las normas, tanto en las conductas como en la toma de determinadas decisiones personales o colectivas.

La premisa es que los antepasados no pierden vinculación con la actualidad, por lo que permanentemente nos evocan la norma. De allí que en algunos *gillatuwe* (sitios ceremoniales) siga existiendo un espacio de invocación exclusivo para los *alwe* (muertos en este plano) relacionados con ese territorio, cuyo linaje, legado y herencia permanecen allí.²⁰

1.3.3 El ser, origen y proyección mapuche como identidad colectiva

El ser mapuche, individual, no es concebible sin la dimensión colectiva, lo cual incide en la noción misma de auto identificación individual del *Iñche* (yo individual y a la vez colectivo) que tiene un sentido de pertenencia plural respecto de los demás miembros del colectivo.

Esta noción contiene una aproximación implícita a la idea de persona o *che*, que en el pensamiento mapuche contiene un marco ético que se construye en torno a la comprensión social del *che*, la concepción reflexiva de la persona y la conexión del *che* con otros seres del mundo natural. Todos estos elementos se expresan en la vida cotidiana en relaciones de respeto mutuo y armónico, contribuyendo a una relación con el todo, lo cósmico. En este sentido, el individuo se conecta también con sus antepasados, reflejado en la locución *pu alwe mew ta ka rekvlwkeyñ guillatún mew*²¹. De los miembros de su familia materna o paterna reciben conocimiento transmitido de generación en generación y que le heredan parte de su ser.

La transgresión de estos principios implica la necesidad de restitución para la consecutiva recuperación de la continuidad en el grupo de manera integral y su relación con la naturaleza y las normas y pautas que de allí derivan, identificando elementos que dan cuenta del sentido de la existencia mapuche. Esto implica la vinculación entre los elementos naturales, sociales y culturales de la persona²².

²⁰ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 27.

²¹ “Nos preocupamos de rogar y apoyarnos mucho en nuestros antepasados a los que les pedimos.”

²² MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 28.

Al referir algunas de estas nociones claves, que no están necesariamente vinculadas al campo de lo jurídico, estamos describiendo una mirada basada en la integralidad de la forma mapuche de concebir la vida, en que lo sociocultural no se desvincula de lo natural y sobrenatural. Ello hace difícil traducir los componentes del espectro ético-normativo del mundo mapuche, en tanto prácticas al interior de los territorios, a lo jurídico, en los términos en que los entendemos tradicional y occidentalmente.²³ Lo que es seguro es la vinculación del ser y del deber ser mapuche a un territorio determinado, Az y sus diferentes manifestaciones que pueden sintetizarse en la obligación de seguir un determinado comportamiento por la cualidades propias del territorio en el cual viven los ancestros desde tiempos inmemoriales, quienes están en permanente comunicación con quienes habitan el territorio.

Al igual que otras poblaciones indígenas en Latinoamérica y los territorios,²⁴ en el caso de los mapuches también existe una vinculación identitaria entre los seres que habitan el territorio y este, la cual brinda las cualidades de la cultura y que la transforman totalmente de romperse el lazo.²⁵

Señala Manuel Painiqueo, alcalde de Lumaco (periodo 2016 – 2020) que “existe una forma holística integral mapuche y desde esa visión se desprende nuestra praxis, nuestra espiritualidad, la forma de organización sociopolítica del pueblo mapuche. Estamos hablando de la parte esencial de nuestra cultura, no de las formas actuales, porque hay que reconocer que después de tanto tiempo estamos influenciados por la cultura dominante. En la organización propia del pueblo mapuche existe una estructura horizontal de organización, a diferencia de la mentalidad occidental donde la organización es en forma piramidal. Quiero graficar esto con algunos ejemplos concretos; el sentido de tierra y territorio son dos concepciones diametralmente opuestas. Desde la visión occidental la tierra es un objeto de uso, para el aprovechamiento comercial, mientras que en la mentalidad mapuche *ñuke mapupikeymi*, decimos madre tierra sin un sentido comercial”²⁶.

²³ MELIN, COLIQUEO, CURIHUINCA, ROYO (2016), p. 23

²⁴ Ver infra 1.4.2.

²⁵ HEREDIA (1998), p. 248.

²⁶ PAINIQUEO (2004), p. a edición, 2004. p. 365.

1.4 Los Territorios

1.4.1 ¿Qué se entiende por territorios?

Mikel Berraondo los define como “el medio ambiente de las zonas que las poblaciones indígenas ocupan tradicionalmente, entendiendo por medio ambiente a las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma.”²⁷ Tienen la particularidad de que “no se pueden gravar y son inembargables, inalienables e imprescriptibles.”²⁸ Para los pueblos indígenas “su derecho al territorio pasa por dos dimensiones: El espacio y los procesos. El espacio se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. Y los procesos se expresan en que se reclama el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural para asegurar la reproducción y continuidad material y cultural del grupo para que esos procesos se lleven a cabo según la normativa propia de los pueblos indígenas. De tal manera que el territorio se presenta como un sistema de recursos, como un espacio jurisdiccional donde se ejercen derechos colectivos cuyo titular es el pueblo indígena [...] [De modo que] el derecho al territorio se convierte en algo así como un requisito previo o una condición, sin cuyo respeto resulta imposible que los pueblos indígenas puedan ejercer todos y cada uno de los derechos humanos en su totalidad, sin limitaciones. [...] [S]u no ejercicio está estrechamente relacionado con la pérdida de identidad, con la imposibilidad de ejercer otros derechos tan fundamentales como el derecho a la libre determinación, y en definitiva con la aculturación y desaparición de las culturas indígenas.”²⁹

Señala José Marimán que “el territorio tiene que ver con una noción más amplia que la “tierra”, constituye un espacio determinado donde los indígenas, no sólo habitaban, sino en el que buscan ejercer su influencia. El territorio “no es la tierra (tomada únicamente como un factor de producción económica) sino que es un espacio político donde el grupo étnico ejerce un dominio que se esfuerza por mantener (y muchas veces recuperar) ante adversarios reales o potenciales”³⁰. Entonces, el territorio incluye el espacio considerado en su conjunto,

²⁷BERRAONDO (2006), p. 479.

²⁸ BERRAONDO (2006), p. 480.

²⁹ BERRAONDO (2006), pp. 481 y 482.

³⁰ MARIMAN (2004), p. 340.

es decir los recursos naturales que allí existen arriba en el cielo y abajo en la tierra, la biodiversidad en general, y no solo el suelo.

1.4.2 La relación entre las poblaciones indígenas y los territorios

Teniendo claro qué es el territorio, el siguiente paso es dilucidar la relación que las poblaciones indígenas tienen con él. Al respecto, Jesús Piñakwe, líder indígena colombiano, señala que “el territorio no es simplemente el espacio geográfico delimitado por convenio (...) El territorio es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesionan como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad. Existe una reciprocidad entre él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee este. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones de un espacio rico en recursos y lleno de memoria.”³¹

Por lo tanto, el territorio está íntimamente relacionado con la identidad y autonomía de las poblaciones indígenas, así lo señalan en la Declaración de Quito de 1990³²: “[L]a autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo”³³.

Así, “la lucha por la tierra, sin poder ser abandonada, debe enmarcarse en la reivindicación de la territorialidad como un aspecto integral que conlleva la recuperación de las propias definiciones políticas y socioeconómicas”³⁴.

En síntesis, las poblaciones indígenas latinoamericanas tienen una relación directa y recíproca con el territorio, recibiendo de él la subsistencia, la memoria y sus tradiciones. El

³¹ PIÑAKWE (2004), p. 34.

³² El “primer encuentro continental de pueblos indígenas”, llevado a cabo entre el 17 y el 21 de julio de 1990.

³³ ENCUENTRO CONTINENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (1990).

³⁴ APARICIO (2006), p. 408.

territorio los define y caracteriza su identidad, de perderse la relación entre las poblaciones indígenas y los territorios, se corre el peligro de perder aquello que hace singular su cultura, aquello que los determina. Ello es lo que caracteriza su relación con el territorio y lo que fundamenta su protección especial por los instrumentos que serán analizados más adelante.

1.4.3 La relación entre los mapuches y el territorio

Luego de haber revisado someramente la relación de las poblaciones indígenas latinoamericanas con los territorios prosigue analizar las relaciones de las poblaciones locales. Esta investigación será acotada a la relación entre el pueblo mapuche y los territorios por ser el pueblo originario con mayor población en Chile, alcanzando un 79,8% del total de personas pertenecientes a pueblos originarios en Chile³⁵, según indica el censo realizado en el año 2017.³⁶ Otro factor que motiva su análisis es la tradición de resistencia a la colonización desde la época de los incas, considerándose la época de la conquista española³⁷, la formación del estado nación chileno³⁸, “hasta los enfrentamientos directos [...] contra las empresas forestales que buscan despojarlos de sus recursos naturales” Que podemos ver actualmente.³⁹ Todos los hechos anteriores reflejan el esfuerzo de supervivencia y mantención de la identidad cultural mapuche que se enmarca en una condición fuertemente ligada al territorio.

1.4.4 Breve historia de las reducciones

³⁵ Los que corresponden al 13% de la población total del país, siendo un total de 2.284.620, de los cuales 1.823.127 corresponden a mapuches.

³⁶ [en línea] https://resultados.censo2017.cl/#colapsable5_desktop [consulta 3 de noviembre de 2018].

³⁷ “los mapuches, habían mantenido a raya al colonialismo español consiguiendo que reconocieran formalmente la frontera del Bío-Bío.” CLAVERO (2006), p. 314. “ante la imposibilidad de su sometimiento militar, la Corona española decidió firmar tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio durante todo el periodo colonial, a partir de 1610 en adelante.” FERNANDEZ (2001). [en línea] <http://www.alertanet.org/F2b-SFernandez.html> [consulta 3 de noviembre de 2018].

³⁸ “Chile nacía apropiándose de un plumazo del territorio mapuche o haciendo el intento, pues aún le costaría”. CLAVERO (2006), p.317.

³⁹ LOPEZ (2006), p.446.

Entre el siglo XVI y XIX, los mapuches resistieron exitosamente la penetración hispana en la parte sur de su territorio, la llamada Araucanía por parte de la corona española, conservando sobre él un importante control material hasta la segunda mitad del siglo XIX. Fue entonces cuando el estado chileno, a objeto de abrir el espacio hasta entonces en poder de los mapuches a la colonización europea, ocupó militarmente dicho territorio, en un proceso que la historiografía chilena ha denominado paradójicamente como la “*pacificación de la Araucanía* “. Como consecuencia de este proceso, los mapuches fueron confinados en cerca de 3.000 reducciones de carácter comunal con un total aproximado de 500 mil hectáreas de un territorio original estimado en 10 millones de hectáreas⁴⁰, siendo las tierras restantes destinadas por el estado a la colonización extranjera o a la conformación del latifundio a través de su remate en pública subasta.

“Una vez concluida la radicación, y a contar de 1920, el Estado promovió la división de las tierras mapuche en hijuelas individuales, así como su posterior enajenación a no indígenas. Leyes especiales fueron dictadas en 1927, 1930, 1931 y 1961 para estos efectos. Entre 1931 y 1971 se dividieron 832 reducciones mapuche, dando origen a la parcelación de las tierras en hijuelas de propiedad individual. A pesar de que varias de estas leyes declararon la inalienabilidad de las tierras divididas, se estima en al menos 100 mil hectáreas, un quinto del total, las tierras mapuche que fueron enajenadas a no indígenas durante este período”⁴¹.

“La política de división de tierras indígenas tuvo su auge en el período de la dictadura militar (1973-1990), época en que la legislación mediante los decretos ley N° 2568 y 2750 de 1979 promovió la división de las comunidades reducidas restantes a la época en hijuelas individuales. Fue así como desde 1979 hasta el fin del régimen militar en 1990, alrededor de 2.000 comunidades mapuches, con un total de 463 mil hectáreas, fueron divididas en hijuelas individuales de un promedio de 6.4 hectáreas.

Un paréntesis en el proceso de apropiación del territorio mapuche se produjo durante el período de la reforma agraria entre 1966 y 1973 (Ley 19.640 de 1966). De particular importancia fue en este sentido la aprobación en 1972 de la ley 17.729, la que estableció la posibilidad de restituir tierras a los mapuches utilizando la expropiación. En base a estas legislaciones para fines de 1972 se habían expropiado en las provincias de Arauco, Malleco

⁴⁰ AYLWIN (2004), p. 279.

⁴¹ AYLWIN (2004), p. 279.

y Cautín, un total de 584 predios con un total de 710.816 hectáreas que beneficiaron a un número importante de comunidades mapuches. Las tierras expropiadas serían asignadas a mapuches, así como a campesinos no indígenas, pasando a incorporarse al sector reformado. Para septiembre de 1973, sin embargo, no habían sido tituladas, lo que facilitó su restitución por la dictadura cívico-militar a sus antiguos propietarios en un proceso conocido como "contra reforma agraria"⁴².

⁴² AYLWIN (2004), p. 280.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA PROPIEDAD DESDE LA TEORÍA DE HEGEL Y SU RELEVANCIA PARA LA RELACIÓN ENTRE EL MAPUCHE Y LOS TERRITORIOS

Se asume en esta investigación que la relación entre el humano y los territorios en la cosmovisión mapuche, dadas sus particularidades ya tratadas, es autosuficiente en el intento de justificar el porqué de su protección especial por el derecho. No obstante, para reforzar aquel intento, se ha optado por fundamentar esta especial relación desde las ideas de Friedrich Hegel en *Principios de la Filosofía del Derecho*, ello debido a que siendo el autor un pilar importante en la tradición jurídica occidental, permiten sus postulados analizar el fenómeno de la relación del humano con el territorio desde una perspectiva que se ha asumido como fundante de la tradición jurídica chilena, y que, paradójicamente, permiten dar razones de por qué bajo el contexto actual es necesario brindar protección a la relación de los mapuches con los territorios.

Cabe destacar que la trascendencia de la investigación hegeliana en lo relativo a la relación que hay entre las personas y el mundo exterior deviene en la configuración de la propiedad privada como la conocemos hoy y se fundamenta a grandes rasgos en la interacción entre la voluntad de los sujetos, la dimensión interna de la relación, y el mundo externo, donde se encuentran los objetos, atreviéndose a tocar aspectos filosóficos que subyacen a cómo la propiedad se manifiesta como el vehículo de la voluntad, junto con la definición de persona como la configuración de la personalidad de cada sujeto.

2.1 Fundamentación de Hegel sobre la propiedad

Hegel en la primera parte de *Principios de la Filosofía del Derecho* trata la propiedad bajo la idea de que las personas son la determinación de la identidad de sus voluntades superiores, que mediante un ejercicio de síntesis podemos singularizarlas en un sujeto determinado, las personas son voluntades inmediatamente indeterminadas y como tales: infinitamente abstractas. Esta personalidad, dentro de sus posibilidades, es infinita y universal y su manifestación en los sujetos, dentro de los cuerpos, se ve limitada, conllevando para ésta la necesidad de darse realidad exterior u objetivarse, así, para existir como idea,

tiene que darse para su libertad una esfera exterior, ya que la persona es voluntad infinitamente abstracta, lo distinto a ella y que podrá constituir la esfera de su libertad se determina como lo inmediatamente distinto y separable, tales son las cosas: carentes de personalidad.

Así, se apronta a entregar un concepto de persona, estableciendo que corresponde a una entidad abstracta y autónoma, capaz de poseer derechos, un dispositivo para absorber los principios universales y, por lo tanto, carente de características individuales, y solo tiene existencia al interactuar con el mundo externo.⁴³

La libertad alcanzada por el humano se explica en Hegel de la siguiente forma: en un principio, el humano al igual que los demás elementos del mundo natural, estaban regidos bajo las fuerzas del mundo natural, no existiendo distinción jerárquica alguna entre las diversas criaturas y elementos del mundo, por lo que el humano no gozaba de capacidad alguna para auto determinarse. Luego, este renuncia a su estado de naturaleza para formar la sociedad civil, estructurada por un Estado, en ello reside que la existencia de la libertad está ligada a la liberación práctica del poder de la naturaleza manifestada en la voluntad.⁴⁴ El ser ya no está sometido, sino que decide por sí mismo.

Así, la persona puede poner su voluntad en toda cosa, la cual será suya y recibirá su voluntad como su fin sustancial, de modo que para que la voluntad libre pueda ser objetiva y por lo tanto efectivamente voluntad requiere de la adquisición bajo su poder exterior de cosas determinadas, en lo que es llamado la posesión. La necesidad de exteriorización y por lo tanto objetivación de la voluntad es aquello que justifica la propiedad, la relación del humano con el objeto es el primer paso en el desarrollo de su teoría, desde la autonomía abstracta hasta el desarrollo completo del individuo en el contexto de la familia y el Estado⁴⁵.

Margaret Radin, para complementar la teoría de Hegel, desarrolla su visión *intuitiva*⁴⁶ de lo que entiende por la relación propiedad y personalidad. Establece que existen estrechas relaciones entre objetos materiales y las personas, al punto de que los sujetos encuentran elementos para su propia constitución a través de las cosas, como podría ser por ejemplo un

⁴³ RADIN (2004), p. 44.

⁴⁴ RITTER (1982), p. 181.

⁴⁵ RADIN (2004), p. 45.

⁴⁶ RADIN (1982), p. 35.

anillo de matrimonio o un auto lujoso, y que ante la ausencia de estas cosas deviene un sufrimiento que no cesa con su reemplazo.

Señala Radin, que existen relaciones entre cosas y personas que no revisten de la importancia necesaria para crear una constitución de la personalidad, como podría ser la relación con el dinero, aquellas relaciones con esas cosas son del tipo instrumental, y ante su ausencia se pueden reemplazar sin problema. Existe una conexión de la personalidad con el mundo externo en sentido constitutivo, surge al respecto la idea de libertad, que consiste para la autora en “la manifestación de la personalidad sobre el objeto de forma autónoma, la capacidad de interferencia con el medio”⁴⁷. Para que la relación que se tenga con el objeto sea constitutiva de la personalidad o meramente instrumental, dependerá de las cualidades que el sujeto vea en el objeto y qué representan estas para él. Deviene con ello la clasificación del carácter de fungible o no fungible de las cosas, en cuanto a su capacidad para ser reemplazadas. La propiedad personal es importante porque su titular no podría ser la persona que es sin ella⁴⁸.

No basta con que uno se represente o signifique interiormente que algo vaya a ser suyo, sino que requiere de un aspecto externo: la posesión. Esta es el aspecto particular de la propiedad. Adquiere la propiedad relevancia general cuando es reconocida por los demás sujetos, cuando la relación del poseedor con la cosa es comprendida por los demás sujetos de la misma forma como es entendida entre el mismo poseedor y la cosa, existe una correspondencia con la subjetividad del poseedor y como externamente se le concibe. Este aspecto externo es fundamental. Así, Radin observa que Hegel llega a la conclusión de que la persona se convierte en un yo real solo mediante una relación de propiedad con algo externo, tal relación es el objetivo de la persona.⁴⁹

Para Hegel, la toma de posesión a su vez puede darse por medio de la apropiación corporal inmediata, comprendida como el modo más perfecto, ya que conlleva la presencia inmediata del ente y el reconocimiento evidente de la voluntad en el acto, sin embargo, como tal, su alcance está restringido a lo cualitativo de la cosa, a las propias restricciones de la materialidad de esta. Puede darse también por medio de la elaboración, en la cual aquello que pretendo mío deja de limitarse al presente de este espacio y tiempo, recibe una exterioridad

⁴⁷ RADIN (2004), p. 37.

⁴⁸ RADIN (2004), p. 45.

⁴⁹ RADIN (2004), p. 45.

existente por sí, a su vez hay una asimilación de la cosa que hace que aquella no permanezca como algo netamente exterior, sino que hay un trabajo subjetivo de expansión de lo que materialmente es la cosa para hacer de ella algo nuevo, el humano, al poner su voluntad en la cosa, provoca que ésta adquiera un fin que no tiene en sí misma.⁵⁰ Por último, agrega Hegel, está la designación, la cual no es por sí real, sino que solamente representa la voluntad depositada sobre la cosa, la idea del signo que la cosa representa en la subjetividad de la singularidad humana, su extensión y significado por lo tanto son muy indeterminados.

Para el autor, la posesión consiste entonces en la manifestación externa de la voluntad que se relaciona con el objeto como si fuera aquella voluntad dueña, y la propiedad consiste en el reconocimiento por los demás sujetos de la necesidad de exteriorización de la voluntad de quien es poseedor sobre una cosa determinada.

La esfera abstracta y exterior de la propiedad establecida por el derecho privado es comprendida así por Hegel como la condición de posibilidad de la realización de la libertad en la totalidad de la extensión de su sustancia religiosa, política y ética. La libertad del humano, en cuanto libertad perteneciente a la historia universal europea, alcanza su existencia en la libertad abstracta de la propiedad: “[L]a libertad que tenemos es lo que denominamos persona, es decir el sujeto que es libre, libre para sí, y se da una existencia en las cosas”, en la medida en que “para no seguir siendo abstracta la voluntad libre debe darse, en primer lugar, una existencia”⁵¹.

La relación de personas limitada a cosas no sólo es la condición de posibilidad de la liberación de la naturaleza, sino también de la libertad de los individuos. Para Hegel, libertad y propiedad son conceptos que van de la mano, que no pueden subsistir por separado en ausencia uno del otro. La propiedad significa para el autor la posibilidad de externalización del espíritu en su forma más pura, la persona tiene por su fin sustantivo el derecho de poner su voluntad sobre cualquier objeto cuyo destino y alma asumen la voluntad de quien se apodera de él, esto constituye el derecho absoluto de apropiación de la humanidad sobre todas las cosas.⁵²

Similar a Locke, otro autor fundamental en la tradición jurídica occidental, la teoría de Hegel es una teoría de la ocupación, el dueño debe mantener una aprehensión material

⁵⁰ RITTER (1982), p. 178.

⁵¹ RITTER (1982), p. 176.

⁵² HEGEL (1952), p. 54.

con el objeto. Dado que la propiedad es la encarnación de la personalidad, la idea interna del aprehensor y su voluntad de que algo sea suyo no es suficiente para que sea de su propiedad, y para asegurarla, esta ocupación final es un requisito.⁵³ Pero a diferencia de Locke y la *ocupación inicial*⁵⁴, la ocupación en la vista de Hegel no da lugar a un derecho inicial que luego tiene una validez permanente, más bien, la ocupación continua es necesaria para mantener una relación de propiedad entre la persona y cualquier cosa externa particular.⁵⁵

Esta libertad compartida por los sujetos en la sociedad civil tiene diversas consecuencias, una de ellas es que los individuos, en cuanto personas, limitados a la relación con las cosas, sólo tienen existencia para el otro a través de cosas, es decir, como propietarios. La cosificación de todas las relaciones de persona a persona es la otra cara de la propiedad. Del mismo modo que las cosas exteriores, todas las aptitudes, ciencias, artes, lo religioso mismo, invenciones, conocimientos, capacidades, quedan sometidos a la cosificación y equiparados como objetos de contrato y cosas reconocidas en el modo de la compraventa. Por eso, en el contrato aparece lo jurídicamente universal de la sociedad civil, en donde la esfera de este se caracteriza como la mediación por la que se tiene una propiedad no sólo mediante una cosa y mi voluntad subjetiva, sino al mismo tiempo mediante otra voluntad y, por tanto, en una voluntad común.⁵⁶

2.2 Análisis de la relación del humano con el territorio en la cosmovisión mapuche desde la teoría de Hegel

Se hace evidente la diferencia conceptual que hay en lo que se entiende por “persona” en la cosmovisión mapuche y en la filosofía de Hegel, respecto de los elementos que

⁵³ HEGEL (1952), p. 59.

⁵⁴ Locke se apoya en la idea de que Dios ha creado al mundo para el aprovechamiento de los humanos mediante su trabajo y razón, los recursos están destinados por una voluntad divina a ser aprovechados por el humano. Surge la teoría de la primera ocupación, la cual consiste en que la primera persona en ocupar una porción del mundo exterior con ánimo de dueño se convierte en tal, señala que no es necesaria ninguna decisión colectiva o unilateral para establecer el derecho del apropiador, se debe respeto por los demás sujetos al derecho que el primer apropiador ha creado. Hay derechos de propiedad privada anteriores al derecho positivo, anteriores al Estado, serían estos derechos respetados entre sujetos sociales sin la necesidad de que exista un organismo superior que regule el contenido de las relaciones entre los sujetos. En WALDRON (1996), p. 50.

⁵⁵ RADIN (2004), p. 46.

⁵⁶ RITTER (1982), p. 182.

confluyen en la constitución del humano y su conciencia. Esta diferencia no es lo relevante en esta parte de la investigación, pues lo que se pretende es poder explicar desde la teoría de Hegel el fenómeno de la relación del humano con los territorios para demostrar que desde la óptica de la tradición jurídica occidental sí es posible sostener una defensa de la cosmovisión mapuche acorde a los principios filosóficos del derecho actual.

En relación a la idea de libertad “perfecta” de Hegel, ésta se alcanza una vez que la persona logra manifestar su voluntad de la forma más pura sobre las cosas que están bajo su dominio, manifestándose aquello en el derecho de propiedad existente sobre las cosas como mecanismo más perfecto para alcanzar dicho estado. Desde la cosmovisión mapuche esta idea de libertad perfecta se alcanza mediante la autodeterminación de la cultura, esto es, la plena capacidad para el desarrollo de las costumbres, existiendo las condiciones aptas para ello, como lo son el acceso a los diversos recursos del medio sin ningún tipo de limitación y el comprenderse a uno mismo como existiendo ancestralmente desde y en un territorio. En la situación opuesta, la existencia de límites y prohibiciones al vínculo con el territorio es de gravedad para la cosmovisión mapuche, al respecto señala Luis Heredia que: “La pena capital para ellos es el destierro, porque, al quebrar esa relación vital con la tierra a la que pertenecen, pierden al mismo tiempo el soporte espiritual y social de su existencia y experimentan una suerte de vaciamiento existencial insoportable”⁵⁷.

Agregado a lo anterior, siguiendo la idea de Margaret Radin que complementa la teoría de Hegel en lo relativo la constitución de la personalidad mediante los objetos del mundo físico, es completamente coherente con la constitución de la cosmovisión mapuche en el caso de realizar un ejercicio de asimilación de la idea de personalidad con la idea de *ĩnche*⁵⁸, en tanto se explica la consciencia del humano en las relaciones voluntarias que hay con las diversas formas de vida del medio de la misma manera en que el ser se relaciona con el entorno a través de la materialización de su voluntad.

Cabe agregar que la idea de Radin es limitada para poder explicar el fenómeno de la cosmovisión mapuche, toda vez que en ésta no existe la idea de apropiación privada de los objetos del mundo material por el humano, en la cosmovisión mapuche no existe derechamente la propiedad privada como institución a resguardar por su sistema normativo,

⁵⁷ HEREDIA (1998), p. 248.

⁵⁸ Ver supra 1.2.2.

en términos literales, el *ĩnche* no puede hacerse dueño de la tierra (*mapu*) porque es él mismo quien proviene de ella; junto con que en la cosmovisión mapuche es posible identificar diversas formas de vida conscientes en todos los elementos que conforman el medio, siendo el humano una porción pequeña de toda la vida consciente que hay, incapacitado para aprehender bajo su dominio cualquier elemento sin contravenir su propia constitución de *ĩnche*, y por tanto su propio sistema normativo. Siguiendo a Hegel, este abismo podría ser salvado al equiparar al humano a las cosas que son apropiadas por la voluntad del ser: el humano es parte de su entorno y su relación con él le dota de un significado, a la vez que este va dotando de significado a su entorno, materializándose así la idea fundamental de Hegel que es la determinación de la voluntad a través de su contacto con el mundo exterior, de modo que, de justificarse por estas razones la relación que mantiene nuestra sociedad contemporánea con los territorios, por las mismas ha de justificarse la relación de los mapuches con los territorios. La única gran diferencia será lo necesario para la autodeterminación, mientras que para los primeros está vendrá dada por la aprehensión de la cosa, para los segundos vendrá dada por la existencia junto a la cosa.

Es importante destacar un aspecto que genera una contradicción clave al contrastarse la cosmovisión mapuche con las ideas de Hegel. Al respecto, en la cultura mapuche se asume que la materia está en permanente transformación, y en esa permanente transformación, existe una biodiversidad y no habría una separación entre el humano, la tierra y los demás seres vivos que componen el medio, sino que todo esto responde a una cadena universal de la vida⁵⁹. Desde el punto de Hegel, los seres humanos se sitúan en el punto superior de la jerarquía de las especies en el mundo, por lo tanto todo lo demás que existe es objeto de uso, de manipulación, apropiación, aquello deviene en la transformación de la naturaleza, la manipulación de otras vidas. En la concepción mapuche se produce una contradicción irreconciliable con ese punto de vista.

Con un mayor énfasis, autores pertenecientes a la tradición filosófica del empirismo (no tratados en esta investigación) como Hume y Locke, denotan consideraciones comunes en sus teorías en relación al mundo natural, el estado de naturaleza del humano y su interacción en el medio, aquella tradición inglesa suele atribuírsele Francis Bacon. Al respecto, Carolyn Merchant en *The Death of Nature*, considera que el cambio de paradigma

⁵⁹ PAINEQUEO (2004), p. 365.

provocado por la revolución científica se explica en la persecución de las brujas realizada en Europa, en particular en el surgimiento de la filosofía mecanicista cartesiana. Según esta autora, este cambio reemplazó la cosmovisión orgánica que veía en la naturaleza, en las mujeres y en la tierra las madres protectoras, por otra que las degradaba a la categoría de “recursos permanentes”, removiendo cualquier restricción ética a su explotación. La mujer-bruja, fue perseguida como la encarnación del “lado salvaje” de la naturaleza, de todo lo que en la naturaleza parecía alborotador, incontrolable y, por lo tanto, antagónico al proyecto asumido por la nueva ciencia. Merchant señala que una de las pruebas de la conexión entre la persecución de las brujas y el surgimiento de la ciencia moderna se encuentra en el trabajo de Francis Bacon, uno de los supuestos padres del nuevo método científico. Su concepto de investigación científica de la naturaleza fue modelado a partir de la interrogación a las brujas bajo tortura, de donde surge una representación de la naturaleza como una mujer a conquistar, descubrir y violar⁶⁰.

Más allá de la evidente diferencia en la creencia fundamental de constitución del cosmos por parte de los mapuches y de Hegel, la estructura filosófica del derecho de este último perfectamente puede ser utilizada como marco sobre el cual sustentar una interpretación profunda de la norma jurídica que permita comprender la perspectiva mapuche y su vinculación con los territorios y ofrecer así una contundente razón para su protección, interpretación que será realizada en los capítulos que siguen.

⁶⁰ MERCHANT (2004), p. 279

CAPÍTULO 3

MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN MAPUCHE DE PROPIEDAD

3.1 Introducción

Dada la especial relación de los mapuches con los territorios, surge la pregunta por las maneras en que su goce es garantizado por el sistema jurídico. En este capítulo serán analizadas.

3.2 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁶¹

3.2.1 ¿Qué es el Convenio?

La explicación genealógica del Convenio está en su antecesor, el convenio 107 (1957) de la OIT, cuyo objeto era “garantizar la protección de las poblaciones de que se trata⁶², su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”. Es dictado en el marco de la OIT en razón de la pobreza y exclusión de los trabajadores indígenas en el mundo.

Durante la década de 1970, cuando Naciones Unidas comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del convenio 107 fue objeto de cuestionamientos⁶³.

El consejo de administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que “el enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno’. Luego, el convenio fue revisado durante 1988 – 1989, y en 1989 se adoptó el convenio 169”⁶⁴.

⁶¹ “el Convenio” de ahora en adelante.

⁶² Las poblaciones indígenas.

⁶³ “en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 se hace referencia a estas poblaciones como “menos avanzadas” y se preconiza un criterio asimilacionista [contrario a la autonomía]. [...] Durante los años que sucedieron a su aprobación, se pusieron de manifiesto las limitaciones del convenio N° 107 y las propias agrupaciones indígenas comenzaron a reclamar nuevas normas internacionales”. [en línea] <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIleaflet8sp.pdf> [consulta 8 de octubre de 2018].

⁶⁴ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 8.

El Convenio tiene por fin asegurar el pleno goce de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas, tal como reza su artículo 3 inciso 1°:

“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.”

También, “establece los estándares normativos mínimos que el estado debe reconocer a los pueblos indígenas. [...] regula la aplicación y vigencia del derecho propio indígena en los artículos 8 al 12 [...] [el cual] también opera como base normativa del reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión indígena sobre tierras que tradicionalmente ocupan”⁶⁵.

Sostenemos que el contenido del convenio es materia de derechos humanos tal como lo indica Claudio Nash, quien señala que “[s]i bien es un tratado que 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)⁶⁶ para interpretar sus propias normas.”⁶⁷

¿Por qué trata de derechos humanos? Porque “el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales es un derecho humano en la medida de que se trate de un factor esencial de su identidad y forma de vida”⁶⁸. En este mismo sentido, James Anaya, Relator Especial Para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU, señala que “[p]or tanto, el Convenio 169 reafirma la noción promovida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el Comité para los Derechos Humanos de la ONU respecto de que los indígenas como grupo tienen derecho a una continua relación con las tierras y los recursos naturales de acuerdo a patrones tradicionales de uso y ocupación”⁶⁹. En términos prácticos lo anterior significa que “ni el

⁶⁵ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 154 y 155.

⁶⁶ Encargado de la promoción y protección de los derechos humanos.

⁶⁷ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 8.

⁶⁸ MONTT, MATTA (2011), p. 169.

⁶⁹ ANAYA, James, *Indigenous People in International Law*. P. 106 en MONTT, MATTA (2011), p. 169.

Traducido por ellos.

Congreso ni ningún otro órgano estatal pueden entonces derogar o disponer la inaplicación interna de un tratado internacional de derechos humanos.”⁷⁰

3.2.2 ¿Obliga el convenio a Chile?

De acuerdo a los artículos 32 N° 15, y 54 N°1 inciso primero de la Constitución Política de la República es atribución del presidente con aprobación del congreso la ratificación de los tratados internacionales suscritos por Chile, posterior a ello pasan a formar parte integrante del sistema jurídico chileno.

El Convenio 169, ratificado por Chile en septiembre de 2008, establece los estándares normativos mínimos que el Estado debe reconocer a los pueblos indígenas. Sus normas fueron declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional el mismo año y depositado el instrumento de ratificación ante el director general de la OIT, entrando en vigencia para Chile el 15 de septiembre de 2009 según consigna el decreto 236 del año 2008.

Al ser un instrumento internacional ratificado y vigente en Chile, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por Chile en el año 1981 señala que este “obliga a las partes y debe ser cumplido [...] de buena fe” según indica el artículo 26 de la Convención⁷¹. De manera que sí, el convenio obliga a Chile.

3.2.3 Contenido obligatorio del convenio

El artículo 2 del convenio señala que

“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

En particular, “[e]l convenio regula la aplicación y vigencia del derecho propio indígena en los artículos 8 al 12. Estas normas imponen al Estado la obligación de respetar

⁷⁰ MONTT, MATTA (2011), p. 166.

⁷¹ Sobre la obligatoriedad de los instrumentos internacionales ratificados ver: DÍAZ-MUÑOZ (2013), p. 207-214.

el derecho consuetudinario indígena, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse las costumbres o derecho consuetudinario indígena. [...] Frente a potenciales conflictos jurídicos derivados de la superposición de normas y principios en un contexto de pluralismo jurídico, surge la obligación de establecer procedimientos para solucionar los conflictos.”⁷²

En este trabajo no se realizará un análisis acabado de cada una de las obligaciones que para los estados parte nacen del convenio, pues el objetivo es analizar la manera en que las tierras o territorios son materia de regulación en el Convenio para efectos de su protección en los ordenamientos jurídicos internos. Desde este punto de vista son relevantes los artículos 13, 14 y 15 los que serán analizados más adelante.

3.2.4 Jerarquía jurídica del convenio

La ejecutabilidad del Convenio depende de su jerarquía jurídica, de ser el Convenio autoejecutable sus disposiciones podrían ser usadas por los tribunales internos del país para motivar sentencias en tanto sería materia de ley, como se verá ahora. En caso de no ser autoejecutables, no cumplirían ese rol directo para la motivación, más su mandato de ajustar el sistema jurídico para dar protección a los derechos de las poblaciones indígenas seguiría intacto.

Bajo la comprensión de ejecutabilidad del Tribunal Constitucional, de no ser un tratado ejecutable por sí mismo su contenido no entrará en vigencia hasta el momento en que se dicten las normas que permitan su ejecutabilidad. Por el otro lado, dependiendo de su jerarquía podrá ser ejecutable por sí mismo sin necesidad de norma ulterior⁷³ como se verá ahora.

El Tribunal Constitucional en sentencia de agosto del año 2000 resolvió que “Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina ‘*self executing*’ y ‘*non self executing*’.”⁷⁴

⁷² BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 154.

⁷³ Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, Rol 309, *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989.*

⁷⁴ Auto ejecutables y no auto ejecutables respectivamente.

Las primeras son las que tienen el contenido y la precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece. Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad.”⁷⁵

Sin embargo, este criterio de autoejecutabilidad no es claro en nuestro derecho, usándose mayormente los criterios de ‘carácter pragmático’ y si las normas ‘se bastan a sí mismas’, como notan Montt y Matta⁷⁶.

El hecho que el contenido del Convenio sea relativo al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos implica que su jerarquía dentro del sistema de reglas jurídicas sea diferente a la de otros tratados internacionales ratificados por Chile⁷⁷.

⁷⁵ Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, Rol 309, *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989.*

⁷⁶ MONTT, MATTA (2011), p. 161.

⁷⁷ Los cuales no superarían en caso alguno la jerarquía de ley, vedando al congreso la posibilidad de legislación sobre las materias de sus contenidos en caso de que lo hicieran. Al efecto véase MONTT, MATTA (2011), pp. 161-165.

Sobre la materia, el artículo 5 inc. 2 de la Constitución señala que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

En ese sentido, Claudio Nash apunta que “además, si se examina atentamente la Constitución de 1980 original –aún sin la enmienda reseñada–, a la luz de lo señalado en el párrafo anterior, se llega a la conclusión de que “los derechos esenciales de la naturaleza humana” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 [de la constitución] puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como ‘tales derechos’ (en clara alusión a la primera oración del inciso 2). Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. (...) Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5° reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo”⁷⁸.

De modo que “la correcta interpretación del artículo 5° de la Constitución debe ser que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables [...] en nuestro país existe un ‘acoplamiento’ total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía, todo ello por expresa disposición del artículo 5° de la Constitución”⁷⁹.

Así, de la lectura de Montt, Matta y Nash se colige que aquellos artículos cuyo contenido sea de derechos humanos entran de manera inmediata al derecho interno al ser ratificados, y sería “contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no

⁷⁸ NASH (2012), p. 23.

⁷⁹ MONTT, MATTA (2011), p. 166.

autoejecutabilidad.”⁸⁰ En tanto es el mismo artículo 5° el que señala que será deber del Estado y sus órganos la protección de tales derechos.

La funcionalidad de esta discusión atiende a que, de ser el tratado autoejecutable, como sostenemos, los artículos 13, 14 y 15 del Convenio serían suficientes para motivar sentencias que se pronuncien sobre conflictos relativos a territorios de poblaciones indígenas que hayan hecho uso anterior de ellos.

En caso de no ser autoejecutable, dichos artículos no podrían motivar directamente las sentencias, aun manteniéndose en pie los mandatos del artículo 2⁸¹ de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. En ambos casos, consideramos necesario observar el contenido de los artículos 13, 14 y 15 para efectos de contrastarlos con la ley 19.253, la “Ley Indígena”.

3.2.5 Artículo 13

“1. Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

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

Este artículo enmarca la materia tratada: los territorios y el acceso colectivo a estos por parte de las poblaciones indígenas. Destaca la relación especial de los indígenas con estos, haciendo referencia al concepto amplio de territorio, esto es: conteniendo el espacio terrestre, aéreo, aguas, medio ambiente y zonas sagradas, encuadrándolo en el aspecto colectivo que tiene esta relación, de manera idéntica a como se comprende por parte de los mapuches según se indicó⁸².

⁸⁰ MONTT, MATTA (2011), p. 172.

⁸¹ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 155.

⁸² Al respecto consultar la sección 1.4 de este trabajo.

En ese sentido se ha manifestado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt señalando que “a este respecto debe recordarse que si bien los recurrentes a la tierra indígena en que se realiza la obra de drenaje y contención de aguas, el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N°2 del Convenio 169 de la OIT, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252 [haciendo clara referencia a la Ley 19.253 pues la mentada no alcanza a contener 13 artículos], y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, en este caso en el predio deslinda[n]te, de las comunidades recurrentes se ejecutan actividades de ‘Etnoturismo’ y ‘Fiesta Costumbrista Mapuche’. En consecuencia, no sólo podemos considerar el lugar que está siendo intervenido por la empresa como tierra indígena, porque así ha sido reconocido y certificado por la Corporación Nacional de Derecho Indígena, sino porque del mérito de autos aparece que dicho terreno forma parte del hábitat de una comunidad indígena”.⁸³

De modo que de la manera señalada en artículo 13 del convenio “[e]l concepto de territorio va más allá del concepto tradicional de tierra, es decir, el espacio físico delimitado jurídicamente. En este caso el Convenio recurre a la noción que en la antropología social es denominado *territorio vivido*, es decir, un concepto dinámico de territorio que se construye según la experiencia colectiva de quienes lo habitan, más allá de sus límites puramente político-administrativo o jurídicos, que en el caso de comunidades indígenas pueden estar dados por la realización de ritos o celebraciones culturales, comerciales o religiosas”⁸⁴.

3.2.6 Artículo 14

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

⁸³ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010, considerando 10.

⁸⁴ FERNÁNDEZ, DE LA PIEDRA (2011), p. 81.

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.”

Este artículo “va a reconocer un derecho de propiedad de carácter colectivo para los pueblos indígenas”⁸⁵, el cual sin embargo se manifiesta en el convenio a través de conceptos “típicamente occidentales [...] propios de los sistemas de derechos estatales que no corresponden a la mayoría de la cosmovisión indígena”⁸⁶, como son propiedad y posesión. “Para los indígenas es totalmente absurdo y sumamente arrogante concebir la propiedad de la tierra, puesto que la tierra es la madre, es eterna y el hombre mortal y transitorio, sería como pretender poseer una estrella o el sol”.⁸⁷

El contenido del inciso primero del artículo 14 es el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por las poblaciones indígenas, entendiendo por tierras el concepto amplio desarrollado con anterioridad en el artículo 13, es decir, lo que hasta ahora venimos desarrollando como “territorio”. Además, el deber de tomar medidas para el goce de aquellas tierras no ocupadas exclusivamente por ellos y a las cuales hayan tenido tradicionalmente acceso. Reconociendo los derechos originados en la relación ancestral de las poblaciones indígenas con los territorios.

En su inciso segundo, da un mandato a los gobiernos para la determinación de los territorios ocupados por las poblaciones indígenas, lo cual es un paso lógico en función de la evitación de conflictos y de la protección de la propiedad y posesión de los territorios, pues no se puede proteger un territorio en su integridad sin antes haberlo determinado.

En su inciso tercero mandata la existencia de procedimientos adecuados para la solución de los conflictos que nazcan a raíz de la reivindicación de las tierras, entendiendo por nuestra parte que la adecuación tiene un fuerte factor temporal por la posibilidad de la

⁸⁵ GÓMEZ ISA (2006), p. 465.

⁸⁶ GÓMEZ RIVERA (2006), p. 140.

⁸⁷ CHAMBERS, I. Citado por GÓMEZ RIVERA (2006), p. 140.

alteración irreversible de los territorios que significan actividades económicas como las mineras y forestales.

3.2.7. Artículo 15

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

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

Este artículo en su integridad tiene un contenido de la convergencia de la voluntad de las poblaciones indígenas y los estados manifestados en el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos, como señala el inciso primero y, en el inciso segundo, estableciendo procedimientos de consulta en el caso de que la propiedad de los minerales pertenezca al estado, como es el caso de Chile⁸⁸, en conjunto a la participación de los beneficios reportados por las actividades.

La CIDH se ha pronunciado sobre el contenido del artículo señalando, a propósito de la sentencia Pueblo Saramaka versus Surinam, que “adicional a la consulta se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio nacional Saramaka [los peticionarios], la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio,

⁸⁸ Artículo 19 N°24 inciso 7° de la Constitución Política de la República de Chile.

debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbre y tradiciones”.⁸⁹

Al respecto, Montt y Matta señalan que “los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado [...] pueden y deben ser regulados en detalle mediante ley o reglamento, dichas normativas no son esenciales para la existencia de ese derecho. Es decir, el derecho a la participación no depende de la creación y establecimiento de una política pública por parte de los órganos políticos del Estado. La participación puede siempre ser estructurada directamente por los órganos públicos llamados a aplicar el Convenio 169 mediante procesos *ad-hoc* de participación. De este modo los tribunales nacionales tendrán competencia para pronunciarse sobre aquellas medidas que, afectando directamente a los pueblos indígenas, no han contado con su participación en sentido genérico en los términos del Convenio 169. Así por ejemplo, los tribunales ordinarios podrán eventualmente decretar la nulidad de aquellas decisiones administrativas que no han contado con la participación indígena y el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley que no haya sido consultada a las comunidades interesadas.”⁹⁰

Lo anterior bajo el prisma de que el convenio en esta materia es autoejecutable, como sostenemos. En el caso en que no lo sea (discusión que se escapa a este esfuerzo) aún persistirían los mandatos de establecer un procedimiento de consulta adecuado que permita contar con la voluntad de las poblaciones indígenas en aquellos proyectos que signifiquen una alteración de los territorios a los que ancestralmente han tenido acceso.

3.3 Ley 19.253 o Ley Indígena

“En los años finales del gobierno militar, las organizaciones indígenas, incluyendo las *mapuche*, reclamaron del estado un conjunto de derechos hasta entonces desconocidos. Entre los ejes centrales de su demanda destacaban el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural existente en el país; la participación en la conducción de la política indígena del estado; la protección legal de sus tierras y aguas; el otorgamiento de tierras fiscales o de

⁸⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 137.

⁹⁰ MONTT, MATTA (2011), pp. 190 y 191.

tierras particulares adquiridas por el estado a objeto de poner fin al proceso histórico de jibarización de sus comunidades y permitir la ampliación de sus tierras; y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades.

Luego del término del régimen militar de Augusto Pinochet, la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) creada por el primer gobierno de la Concertación en 1990 [...], elaboró un anteproyecto de reforma legal y constitucional sobre la materia. En base a estas propuestas el ejecutivo envió al Congreso Nacional (1991) para su tramitación un proyecto de ley conteniendo varias de las demandas indígenas, otro de reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas [...] El proyecto de ley fue aprobado en el parlamento en 1993 (Ley N° 19.253 de octubre de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas) con modificaciones que debilitaron sus contenidos.”⁹¹

La ley 19.253 “[E]stablece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.”⁹²

Esta ley “establece derechos políticos y de participación, identifica las tierras indígenas y les otorga protección, reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales [...] Pese a que en la época de su dictación constituyó un notable avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y en la adopción de sus demandas, se ha destacado su insuficiencia al comparar sus contenidos con el desarrollo sobre derechos indígenas a nivel internacional⁹³ y al estar construida sobre la base de derechos individuales y no colectivos.”⁹⁴

A continuación, serán analizados los artículos de la ley 19.253 que den cuenta total o parcialmente del contenido de los artículos 13, 14 y 15 del Convenio a fin de contrastar los contenidos de ambos y así concluir la suficiencia o insuficiencia de la mentada ley.

3.3.1 Artículo 1

“El estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos,

⁹¹ AYLWIN (2004), p. 284.

⁹² Ministerio de Planificación y Cooperación. Ley N° 19.253, promulgada el 28 de septiembre de 1993.

⁹³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS (2003), p. 15.

⁹⁴ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 54.

que conserven manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. [...]

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

Este artículo indica quienes serán los sujetos a los cuales esta ley protegerá, para luego señalar en el artículo 2 que serán aquellos que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena o que se identifiquen como tales, destacándose la referencia a las manifestaciones étnicas y culturales propias y la relación con la tierra como fundamento para su existencia dando luz sobre las particularidades de su identidad que hemos venido tratando de manera similar al inciso primero del artículo 13 del Convenio.

Es destacable el hecho que haga referencia al concepto “tierra” y no “territorios” por la marcada tendencia a restringir del primero, sólo indicando el espacio terrestre y no el contenido amplio que brinda el artículo 13 del Convenio, situación que dejará al arbitrio de los tribunales entender qué es aquello que abarca la voz “tierra”.

Continúa el artículo 1 de la ley 19.253 señalando que

“Son tierras indígenas:

1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos:

a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823. b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores. d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas,

y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación.

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley”.

Este artículo reconoce hasta cierto punto la propiedad ancestral de las tierras indígenas con la salvedad de que todos los numerales tienen la similitud de hacer referencia a la necesidad de un título y/o su inscripción, requisito lógico en un sistema de posesión inscrita, pero ilógico cuando es aplicado a poblaciones de tradición oral y no escrita para quienes el uso del territorio es un hecho ancestral que no requiere inscripción. Como se verá más adelante, esto se ha manifestado en una tendencia a aplicar la posesión inscrita para desestimar la posesión ancestral⁹⁵.

3.3.2. Artículo 13

“Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia. Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o

⁹⁵ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 158.

administración. Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras. Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta.”

Este artículo justifica la protección de las tierras en el interés nacional y pone un gravamen a su enajenación a menos que medie autorización de la CONADI, lo cual podría considerarse una forma de protección a las tierras al impedir que estas lleguen a manos de propietarios no indígenas.

3.3.3. Artículo 19

“Los indígenas gozarán del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal. La Comunidad Indígena interesada podrá solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos en el inciso anterior. Existiendo dos o más Comunidades interesadas, todas ellas tendrán derecho a solicitar la transferencia del inmueble. Mediante resolución expedida a través del organismo público respectivo, se calificarán, determinarán y asignarán los bienes y derechos. En el caso que no se cumpliera o existiere entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en los incisos anteriores, la Comunidad Indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el Juez de Letras competente quien, en única instancia, sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada.”

Este artículo reconoce el valor que tienen las actividades tradicionales de las poblaciones indígenas y permite su realización en tierras de propiedad fiscal. Sin embargo no se pronuncia expresamente para el uso de estas en caso de que sean de propiedad privada, no haciéndose cargo del mandato del artículo 14 del Convenio cuando obliga a salvaguardar el derecho al uso de aquellas tierras que no sean ocupadas exclusivamente por ellos.

3.3.4. Artículo 34

“Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.”

Este artículo se hace cargo del proceso de consulta que indica el artículo 15 del Convenio, sin embargo, no lo hace respecto de la protección de los recursos naturales que aquel mandata.

Consideramos, sólo a través de un contraste con el Convenio, que la normativa vigente es insuficiente para dar protección a los derechos de las poblaciones indígenas sobre sus territorios por el hecho de proteger solamente los derechos sobre las tierras y no sobre la totalidad del ambiente, el territorio.

José Aylwin, analizando el proyecto de ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas aprobado por el congreso en el año 1993 devela aquellos aspectos recogidos por el Convenio que no forman parte de la actual ley. “Así, en materia de tierras, el Congreso Nacional erosionó la protección de las tierras indígenas al aumentar el plazo de duración de los contratos para su arrendamiento de dos a cinco años (art. 13 inc. 4); autorizó en el mismo artículo la permuta de tierras indígenas por no indígenas, y eliminó la obligación de CONADI de escuchar a la comunidad antes de autorizar la enajenación de tierras de personas naturales indígenas (art. 13 b proyecto). El derecho de los indígenas a no ser trasladados de sus tierras y a ser consultados antes de que dicho traslado excepcionalmente se verificara, tampoco fue respetado. Los derechos de los indígenas sobre sus recursos naturales no fueron reconocidos al eliminarse la disposición que establecía que los titulares de tierras indígenas, en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrían derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, uso de riberas, en tierras indígenas y aguas colindantes (art. 18 del proyecto).”⁹⁶

⁹⁶ AYLWIN (2004), p. 284.

¿Cuáles son las implicancias prácticas de lo anterior? Eso trataremos ahora.

3.4 Problemas de la normativa vigente: Insuficiencias del sistema jurídico para comprender la relación del mapuche con los territorios

3.4.1 Antecedentes sobre propiedad de la tierra y (des) protección de derechos indígenas sobre los recursos naturales

El derecho de propiedad sobre la tierra no otorga derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas, ni las riberas, ni las especies que en ella existen. Esta verdad en el sistema jurídico chileno resulta siempre una sorpresa triste para los campesinos mapuches cuando se enteran de que se han constituido pertenencias mineras o se han inscrito las aguas a nombre de otros en "su tierra". Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos son graves en términos ambientales, culturales y económicos; lo que englobamos como territorialidad. La territorialidad, clave de la política indígena, no es un derecho a realizar en el vacío, ni se limita a aspectos puramente simbólicos, la tierra y sus recursos son su soporte material.

“Hoy, ante el avance de las inscripciones de derechos de agua a manos de no indígenas, de la expansión de plantaciones forestales, de la constitución de concesiones mineras en tierras indígenas, del patentamiento de germoplasma, del rediseño regional, con grandes obras viales, industriales, energéticas, y acuerdos comerciales que moldean nuevos espacios, se reduce y anula el control efectivo que las comunidades indígenas puedan tener sobre sus territorios.”⁹⁷

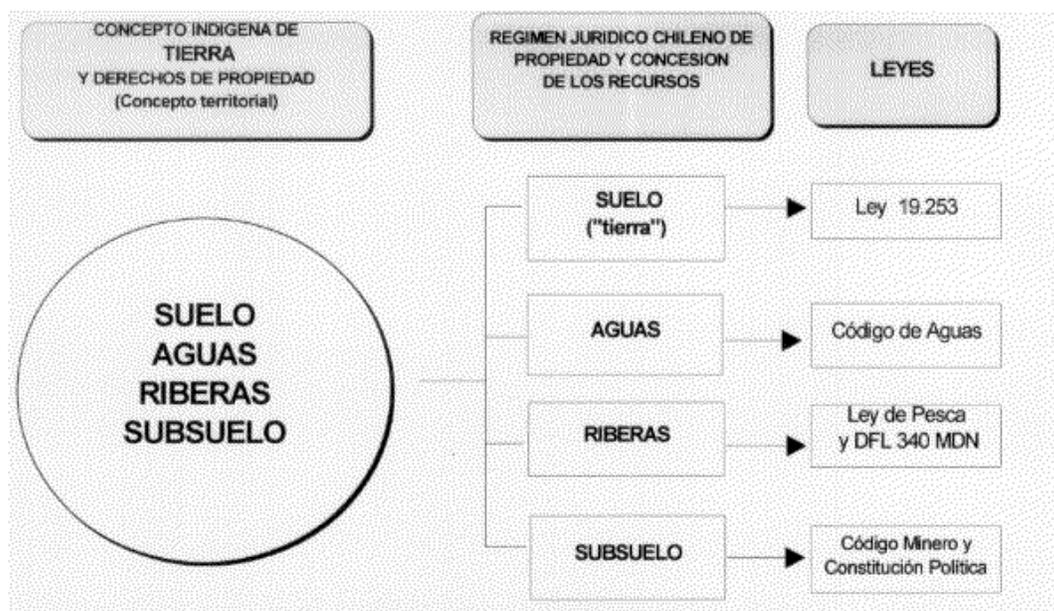
3.4.2 La fragmentación legal de los componentes del territorio como un problema para su protección

La defensa del derecho de propiedad sobre los territorios y sus recursos “forma parte de las exigencias básicas del movimiento indígena”⁹⁸. Sin embargo, las demandas por un

⁹⁷ TOLEDO (1997), p. 1.

⁹⁸ TOLEDO (1997), p. 3.

estatus de propiedad específico para sus territorios -que como mencionamos engloba todos los recursos suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques- que las resguarde de acciones de despojo, han sido traducidas legalmente en una normativa sobre propiedad del suelo indígena o tierra, concepto jurídico chileno que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. La siguiente figura representa la situación⁹⁹:



“En efecto, al revisar la legislación emergen tres cuestiones claves: 1) sólo la propiedad del suelo indígena está protegida expresamente, por la Ley 19.253; 2) el subsuelo, las aguas, las riberas, son definidos legalmente como de dominio estatal o bienes de uso público, respectivamente; 3) existen regímenes legales específicos de concesión para el aprovechamiento privado de estos recursos: concesiones mineras, de aguas y de acuicultura, cada uno regulado por un respectivo aparato jurídico.”¹⁰⁰

3.4.3 La Ley 19.253 y la (des)protección de recursos naturales indígenas

El suelo es el único recurso natural indígena expresamente protegido por la Ley 19.253. Este cuerpo legal, luego de individualizar en su Artículo 12 las tierras indígenas,

⁹⁹ TOLEDO (1997), p. 3.

¹⁰⁰ TOLEDO (1997), p. 3.

señala expresamente en su art. 13 "Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia".

Encuadrada como es obligatorio en los marcos de la Constitución de 1980, la Ley 19.253 tiene un solo argumento para fundamentar la protección de las tierras, que no es otro que el interés nacional, en base al cual se limita el dominio del propietario sobre el predio por cumplir las tierras indígenas una función social.

En nombre del interés general de la nación, las tierras indígenas no pueden ser embargadas, enajenadas, gravadas ni adquiridas por prescripción. Esta protección restringe el mercado de tierras indígenas, limitando la participación sólo a indígenas de la misma etnia.

Así vemos como aquella frase que parece un giro retórico, "por exigirlo el interés nacional", en rigor constituye la base de constitucionalidad de la Ley que protege a las tierras, por ser las "etnias indígenas (...) parte esencial de las raíces de la Nación chilena" (Art. 1º ley 19.253).

Con relación a las aguas y riberas de territorios indígenas, la Ley 19.253 tácitamente asume que los derechos sobre las mismas deben regirse por el Código de Aguas y la Ley de Pesca, que tratan las materias respectivas, sin establecer un tratamiento especial. La Ley posibilita destinar recursos de los Fondos de Desarrollo para constituir y adquirir derechos de agua como indica el Art.20.a, y financiar la obtención de concesiones de acuicultura como indica el Art.23c.

Respecto al subsuelo y las concesiones mineras, simplemente no se mencionan. Sin embargo, puede interpretarse que, al establecer la ley 19.253 una cláusula que impide gravar el suelo indígena, y ser las servidumbres mineras un modo específico de gravar el predio, indirecta e implícitamente esta ley especial limitaría la constitución de concesiones mineras por terceros no indígenas. Esta es una posible interpretación de la ley aun no sancionada por tribunal alguno. Existe la tesis contraria, que plantea la preeminencia de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones. A pesar de aquella discusión, "la propiedad minera se ha constituido y sigue constituyéndose en terrenos indígenas.

Hasta ahora el subsuelo, aguas y riberas de los territorios indígenas, siguen regulados por las mismas normas que rigen en el resto del territorio chileno. Los derechos indígenas sobre esos recursos no están expresamente protegidos.”¹⁰¹

3.4.4 Situación de concesiones de aprovechamiento y control de recursos naturales en la región mapuche, en especial la situación de la actividad minera

A comienzos de 1996 existían, entre Arauco y Chiloé 1.357 concesiones mineras constituidas y en trámite, de éstas, 144 concesiones se encuentran en los predios de 104 comunidades mapuches y huilliches. Ninguna de ellas está en manos indígenas, “sus propietarios son empresas mineras chilenas y transnacionales”¹⁰².

Es previsible un incremento de la actividad de exploración minera por parte de grandes compañías como parte de un proceso mayor de nuevo ciclo minero mundial iniciado a fines de los años ochenta. Tras el paulatino agotamiento de yacimientos de fácil identificación y aprovechamiento a nivel mundial, y con la incorporación de nuevas tecnologías de prospección, las transnacionales mineras vienen realizando un barrido de áreas antes no exploradas o postergadas, ahora aprovechables por la gran empresa.

“En ese contexto se explica la creciente actividad de exploración en las regiones del cono sur de América, situadas al sur del paralelo 38, aproximadamente a la altura de Nahuelbuta-Sta. Bárbara. Las mismas compañías que exploran en Santa Bárbara y Lonquimay, lo hacen también en el lado argentino, en tierras mapuches a uno y otro costado de la cordillera de los Andes. Ese nuevo barrido motiva la asociación entre CODELCO y la transnacional canadiense Placer Development para explorar entre Los Sauces, Purén, Lumaco y Traiguén en busca del "yacimiento madre" de los placeres auríferos del sector, lo que ya había comenzado PEGASUS y dejó suspendidas para atender problemas de sus inversiones en la cuarta región.”¹⁰³

“Lo señalado llevará a un incremento de las inscripciones de pedimentos y manifestaciones, así como de actividad de catar minerales, en una zona de crecientes

¹⁰¹ TOLEDO (1997), p. 5.

¹⁰² TOLEDO (1997), p. 6.

¹⁰³ TOLEDO (1997), p. 6.

inversiones de empresas forestales en propiedad del suelo y plantaciones, lo que ha llevado a estas empresas a preocuparse por inscribir pedimentos con la finalidad de proteger sus predios de las incursiones mineras. De este modo se genera un efecto de doble asedio sobre las comunidades mapuches de la cuenca del Purén-Lumaco-Chol-Chol: presión por sus suelos y subsuelos a manos de forestales y mineros. Una situación semejante se vive en la zona huilliche de San Juan y Río Negro, en donde las empresas forestales han comenzado a utilizar las servidumbres legales de la concesión minera como subterfugio para explotar el bosque nativo protegido.”¹⁰⁴

A lo anterior hay que sumar la inscripción de pertenencias mineras en las cercanías de Temuco para amparar la explotación de sedimentos fluviales y canteras, situadas en zonas mapuches, para suministrar arena y pétreos para la creciente demanda de la ciudad de Temuco.¹⁰⁵

Todos estos problemas son manifestaciones de uno solo: la comprensión del territorio según las poblaciones indígenas es diferente a la comprensión de este según el Estado. La primera concepción es amplia, la segunda es restringida; la primera es propia de una concepción colectiva del universo, la segunda de una concepción individual del mismo. La ley chilena sólo brinda protección al suelo y no lo hace al subsuelo, de modo que sólo protege parcialmente los derechos de las poblaciones indígenas, ello entra en conflicto con el inciso segundo del artículo 13, el inciso primero del artículo 14 y el inciso primero del artículo 15 del Convenio.

3.4.5 Protección de los derechos indígenas sobre el subsuelo. La historia hacia la ley indígena: políticas públicas y cuestión indígena

“No basta con que exista objetivamente el problema para que de inmediato se tomen medidas de corrección, es necesario que antes este sea considerado como uno de política pública. Para que un problema, entre los tantos que existen en una sociedad compleja, sea considerado materia de política pública primero tiene que ser "*construido socialmente*" como

¹⁰⁴ TOLEDO (1997), p. 7.

¹⁰⁵ GEOEXPLORACIONES S.A. (1995).

"*cuestión pública*", y luego transformarse en un problema político, en otras palabras, ser la expresión de una demanda social traducida a los términos propios del juego político."¹⁰⁶

El problema de la (des)protección de los derechos indígenas sobre los recursos naturales y sus negativas consecuencias para su futuro aún no se ha constituido plenamente como un asunto de política pública

“El ejemplo de las aguas aymaras antes recordado sirve para ilustrar el concepto: el Estado toma posición definiendo políticas, programas, leyes, etc. sólo cuando un asunto se ha convertido en "cuestión pública". Entre 1985 a 1991, a partir de una situación de conflicto (las aguas altiplánicas) se articulan diversos actores sociales y grupos de interés, hay posiciones y propuestas respaldadas en investigación sólida, alianzas, lobby de alta sociedad, y campañas populares de apelación a la opinión pública; el tema adquiere legitimidad y pasa a formar parte de la agenda política.

Las políticas públicas, entonces, engloban el conjunto de procesos mediante los cuales las demandas sociales se transforman en opciones políticas y en tema de decisión pública, gracias a la acción combinada de actores sociales -organizaciones, individuos situados estratégicamente, o grupos- que creen que puede y debe "hacerse algo", y están en condiciones de promover la incorporación de su demanda en la agenda pública de problemas socialmente vigentes"¹⁰⁷. Lo gravitante de toda política son esos actores sociales.

“En el proceso de las políticas públicas puede identificarse un ciclo con fases características: a) definición pública o "construcción social" del problema; b) identificación de lo que más afecta al conjunto y estudio de respuestas viables y efectivas (análisis y propuesta); c) sensibilización de la opinión pública frente a la importancia del problema (información y denuncia); d) negociación y presión frente a los organismos públicos y otros actores que emergen al ver potencialmente afectados sus intereses. Este es el punto más alto y complejo de la secuencia, en donde se presentan los mayores obstáculos y bloqueos para concretar la propuesta; e) evaluación de rendimiento político (balance de lo logrado). Esa secuencia esquemática puede seguirse para analizar el caso de las políticas étnicas."¹⁰⁸

“La cuestión indígena se convirtió en un asunto de política pública para la transición democrática chilena gracias a una diversidad de procesos y actores de los años ochenta.

¹⁰⁶ TOLEDO (1997), p. 10. Citando a SMITH (1994) y MULLER (1990).

¹⁰⁷ TOLEDO (1996), p. 10. Citando a OLSZLAK, O'DONELL (1980).

¹⁰⁸ TOLEDO (1996), p. 10.

Fueron las contiendas, las organizaciones y los líderes indígenas y sus aliados dueños de la escritura, los que le dieron existencia política y relevancia. Esos procesos y actores fueron componiendo los contenidos del discurso, el listado de prioridades de la demanda indígena. Esos procesos abrieron en Chile una cierta sensibilidad democrática hacia lo étnico, que acogió sin mayor sorpresa la presencia de lo indígena en la plataforma general del nuevo gobierno.”¹⁰⁹

“La "ley indígena" es el resultado final del ciclo, el producto de la etapa de negociación. La ley redefinió los contenidos de la cuestión indígena, reduciéndola a términos aceptables para el Estado y la sociedad chilena, encuadrándola y estableciendo el marco regulador de la misma. En tiempos de transición política, reconciliaciones y pago de deudas de Estado, la ley indígena se enmarca en las políticas sociales, fundamentada en el respeto a las "raíces de la nación" e incorporada a la superación de la pobreza. En esa redefinición y marco legal quedaron fuera los mentados asuntos relevantes: la protección de los recursos naturales junto a las demandas por territorios y participación política.”¹¹⁰

Al afirmar que la defensa de los derechos indígenas sobre los recursos naturales no se ha constituido plenamente en asunto de política pública, lo sostenemos en toda su profundidad. No nos referimos sólo al vacío legal existente, sino al vacío de demanda social, a la ausencia de actores sociales y operadores. En pleno 2021, no hay actor social indígena ni indigenista que la promueva, insista, haga alianzas, denuncias, no se configura la “fase c)” anteriormente señalada de sensibilización de la opinión pública frente a la importancia del problema. Hoy, el conflicto por los derechos indígenas es un tema que solamente adquiere visibilidad pública cuando se trata de asignar delitos a grupos pertenecientes al movimiento en un claro acto de criminalización.

3.4.6 Derechos indígenas sobre los recursos naturales: posiciones frente al problema

Cuando hablamos de defensa de los derechos indígenas sobre los territorios es necesario distinguir entre: el reclamo de dominio y la exigencia de cláusulas legales

¹⁰⁹ TOLEDO (1996), p. 10 y 11.

¹¹⁰ TOLEDO (1996), p. 11.

especiales que regulen las concesiones de aprovechamiento de recursos en ámbitos indígenas. Al respecto, en el movimiento indígena se han planteado ambas posiciones.

“La primera posición reclama el dominio indígena sobre todos los recursos de los territorios indígenas: suelo, subsuelo, riberas, aguas, bosques, cualquiera sea el régimen actual bajo el cual se encuentren éstos, sea dominio estatal, público o privado no indígena. El fundamento de esta postura es que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales son anteriores a la formación de los estados-naciones, por tanto, las propuestas jurídicas pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios”¹¹¹ y permita la autodeterminación de las poblaciones indígenas.

“La otra postura, puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de algunos recursos, pero asumiendo que es improbable cambiar ese estatus en el corto plazo, se dirige a proteger los recursos de los territorios indígenas respecto a su otorgamiento en concesión de aprovechamiento a terceros no indígenas. Compartimos el fundamento de la postura anterior, pero se agregan razones de realismo político. Las propuestas se fundamentan como medidas de protección de grupos y zonas vulnerables, discriminación positiva y resguardo del equilibrio ecológico. A su vez las estrategias jurídicas concretas pueden ser fuertes, como exigencia de exclusividad de concesión, o débiles como la solicitud de derecho preferente, pasando por prohibiciones de concesión en determinadas zonas y recursos.”¹¹²

En Chile el movimiento indígena ha sostenido estas dos posturas en distintos momentos. En el período de transición 1987-1991 se desplazó de la primera a la segunda alternativa, en la variante de exigir exclusividad de concesión, tal como se lee en la propuesta de ley emanada del Congreso de Pueblos Indígenas de 1991.

Ambas posturas conllevan necesariamente una modificación legislativa.

Otra forma en la que se ha dado solución al problema ha sido la incorporación por parte de las cortes de los artículos del Convenio armonizándolos con los artículos de la ley 19.253 como veremos ahora.

¹¹¹ TOLEDO (1996), p. 3 y 4.

¹¹² TOLEDO (1996), p. 4.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA CIVIL

4.1 Valoración de la costumbre mapuche en la solución de conflictos de derecho privado

A continuación, se revisarán sentencias de los tribunales civiles que consideraron a la costumbre mapuche a la luz de la legislación nacional e instrumentos internacionales para resolver controversias.

Invocándose el procedimiento especial de la Ley Indígena en lo relativo a los territorios, se vuelve necesario acreditar la calidad de “tierra indígena”, recayendo la carga de la prueba en el poseedor.¹¹³ Al efecto, la tierra debe estar contemplada en la enumeración del artículo 12 de la Ley Indígena, o sea, debe provenir de un título otorgado por el Estado, inscrito en el registro de la CONADI.¹¹⁴

Nancy Yáñez y Leonello Bertini han realizado un trabajo exhaustivo de análisis, concluyendo que “[l]a regla general ha sido que los tribunales apliquen la teoría de la posesión inscrita para desestimar la posesión ancestral¹¹⁵. Un caso de excepción es *Romero con Montecinos*, que en el año 2008 consideró que existía posesión fundada en la entrega material de un terreno sin que concurriera un título translaticio de dominio, ‘[c]omo una destinación acorde al derecho ancestral, asimilable a la del buen padre de familia’¹¹⁶, fundamentado en el Convenio 169 de la OIT¹¹⁷. Se observa, sin embargo, una atenuación de la teoría de la posesión inscrita en algunos fallos aún dispersos. Así en *Curín con Bosques Arauco* se morigeró la aplicación de las reglas que asumen que la posesión debe constar de inscripción y se dispuso que: ‘[t]ratándose la cosa reivindicada de tierra indígena no

¹¹³ Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 31 de mayo de 2000. Rol 10.663-2000. Véase en, *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 28 de octubre de 2008. Rol 557-2006. Véase en, *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 30 de marzo de 1995. Rol 5983-1995; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 26 de abril de 2001. Rol 1304-1999; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 21 de septiembre de 2001. Rol 2283-2001. Véase en, *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁶ Véase en: CASTRO, VERGARA, VILLEGAS (2016), p. 87.

¹¹⁷ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Rol 6.510-2007. Véase en, *Ibidem*, p. 87.

corresponde aplicar de manera estricta la teoría de la posesión inscrita consagrada en el Código Civil'. La Corte determinó que '[p]ara una justa solución del conflicto planteado debemos tener presente los principios recogidos en el artículo 1 de la Ley 19.253 y el Convenio 169¹¹⁸ y razonó de un modo consistente con dicho instrumento:

“Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberán tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se le plantea tanto colectiva como individualmente; deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos (art 5 letra a y b); deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario (art 8 N.º 1); [...] deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidos por dichos pueblos”¹¹⁹.

Respecto a la propiedad ancestral de las aguas “se ha reconocido consistentemente que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno. Así destacan el caso *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A.* y el de *Comunidad Chusmiza-Usmagama con Empresa Embotelladora Chusmiza-Usmagama* de 2008¹²⁰. Respecto de la prueba de la posesión en materia de aguas también se ha innovado. En el caso de la *Comunidad de Toconce*, la Corte Suprema determinó que constituye un hecho público y notorio que la comunidad de Toconce ocupa en forma ancestral el recurso hídrico proveniente del río Toconce y consigna la sentencia, de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y consumo humano¹²¹.

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 6 de enero de 2009. Rol 1.864-2008. Véase en, *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁹ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 158. Véase también: CASTRO, VERGARA, VILLEGAS (2016), pp. 97 y 98.

¹²⁰ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de marzo de 2004. Rol 986-2003; Corte Suprema de Chile. Sentencia 25 de noviembre de 2009. Rol 2480-2008; Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 9 de abril de 2008. Rol 817-2006.

¹²¹ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de marzo de 2004. Rol 986-2003.

Por otra parte, con la vigencia del Convenio 169, los tribunales superiores han salvaguardado derechos indígenas sobre recursos naturales o espacios territoriales, localizados en tierras de particulares no indígenas¹²².

En una línea similar se ha pronunciado la Corte Suprema cuando indica “[q]ue conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 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. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”¹²³

Consideramos que a pesar de los atisbos de inclusión de las identidades culturales indígenas manifestadas en algunos fallos como el de la Corte Suprema, existe una jurisprudencia, posterior al mentado fallo, tendiente a la asimilación cultural, miope ante las formas de comprender el territorio que no sean las propuestas por las reglas generales del código civil y que en ese quehacer termina por asfixiar a todas las formas culturales que no sean afines a este.

¹²² Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 30 de noviembre de 2009. Rol 1773-2008; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 25 de noviembre de 2009. Rol 24802008; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 17 de febrero de 2012. Rol 681-2011; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 27 de abril de 2012. Rol 2211-2012. En BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 159.

¹²³ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

5.1 Análisis de casos

A continuación, se revisarán algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH de ahora en adelante) para efectos de analizarlos y comprender su influencia en la legislación interna.

“La corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos [CIDH]”¹²⁴. Esta última no contiene normas relativas a los pueblos indígenas, de modo que “[p]ara resolver casos contenciosos, la Corte IDH ha utilizado el Convenio para interpretar los derechos consagrados en la CIDH con el objeto [de] permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas”¹²⁵. Así lo señala la misma corte: “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”¹²⁶.

De esa manera, “[e]n una primera etapa (*Caso Comunidad Mayagna {sumo} Awas Tigni vs. Nicaragua*), la Corte IDH reconoció que entender el derecho de propiedad en el sentido tradicional, no daba cuenta de las particularidades culturales del ejercicio de ese derecho en el caso de los pueblos indígenas. Es por esto por lo que, a través de una interpretación evolutiva, considerando el estado actual del tema en la legislación interna y, atendiendo el objeto y fin de los tratados, es que la Corte IDH entendió este derecho en su dimensión colectiva, recogiendo la importancia de la costumbre indígena”¹²⁷.

¹²⁴ Artículo 1, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [en línea]<http://corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto> [consulta: 14 de diciembre de 2019].

¹²⁵ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 18.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 de junio de 2005, par 127.

¹²⁷ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 18

Posteriormente, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, el tribunal señaló “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser de reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”¹²⁸. “En el caso, la Corte considera que el tiempo transcurrido desde el inicio de los reclamos de la comunidad, sin que el Estado haya hecho efectiva la titulación de sus territorios ancestrales, configuró una violación del derecho de propiedad de la comunidad”¹²⁹. Señala la corte que “dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”¹³⁰. Usando el vocablo de función apelativa “deberán” el tribunal impone al país un mandato de entrega del territorio original o de una de igual valor al pueblo indígena, lo que interpretamos como una forma de protección del derecho de propiedad de los mentados pueblos sobre las tierras con raigambre en el uso ancestral dado a éstas.

¿Qué sucede cuando la legislación interna pone cortapisas al uso de las tierras? En la misma causa, el Estado pidió se rechazara la demanda argumentando que la comunidad adquirió su personalidad jurídica en 1996 de modo que el periodo de 20 años necesario para la prescripción adquisitiva no transcurrió, al respecto, la corte se pronunció señalando que “la norma constitucional pretende que el otorgamiento de la personería jurídica sirva para hacer operativo un derecho ya existente es decir que la norma fundacional no lo establece desde entonces, sino que declara su preexistencia y pretende que se haga efectivo, garantizando, entre otros derechos, el de la propiedad de la tierra en forma comunitaria.

En otras palabras, se reconoce que las comunidades aborígenes son preexistentes al Estado Nacional [...] y se adoptan, entre las medidas tuitivas, la asignación de las tierras ‘que tradicionalmente ocupan’, con lo que evidentemente se garantiza el derecho a la propiedad

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 de junio de 2005, par 150 y 151.

¹²⁹ COURTIS (2009), p. 62.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 de junio de 2005, par 150 y 151.

de las tierras que dichas comunidades vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”¹³¹ .

Así, la Corte IDH, sigue la misma línea del Convenio al reconocer derechos preexistentes de las poblaciones indígenas los cuales los estados solamente deben declarar.

¿Los resultados de la demanda? “A partir de prueba testimonial y de la visita a la comunidad, el tribunal consideró que el sujeto intergeneracional ‘comunidad indígena’ no sólo cumplía con el requisito de posesión pacífica e ininterrumpida por veinte años, sino que había estado en posesión de sus territorios desde épocas prehispánicas. Por ende, da por probada la posesión pacífica e ininterrumpida de la comunidad, y acepta la demanda, concediendo a la comunidad la titularidad colectiva de la parcela reclamada”¹³² .

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay la Corte “ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1¹³³ y 2¹³⁴ de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹³⁵.

Si comparamos con nuestros tribunales observamos que las particulares necesidades de protección del sujeto indígena, que en este caso adoptan la forma de una manera especial de relacionarse con los territorios, han sido pasadas por alto por parte de nuestros tribunales y nuestra legislación, al aplicar y desarrollar de manera neutral el derecho, en circunstancias

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 de junio de 2005, par 150 y 151.

¹³² COURTIS (2009), p. 64.

¹³³ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1.1: Los Estados Parte 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.

¹³⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2: 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 Parte 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.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Par 154.

que debería aplicarlo y desarrollarlo en especial atención a la vinculación de las poblaciones indígenas con los territorios.

“En el caso indígena, el contexto estaría dado por una especial condición de vulnerabilidad y un factor cultural preponderante. Estos elementos obligan al intérprete a realizar una aplicación de la norma que tienda al ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad, lo que implica, necesariamente, revisar la manera tradicional en que se debieran ejercer y gozar estos derechos por sus titulares [...] Es por esto, que para dar solución a la discriminación que genera la neutralidad en la interpretación, es precisamente considerar el rol del contexto y las particularidades de los titulares de los derechos a la hora de interpretar, bajo la perspectiva de que una de las bases que estructura el sistema de protección de derechos humanos es el goce y ejercicio de los derechos por todos los individuos de la especie humana (principio de universalidad) y que esto se haga en condiciones de igualdad y no discriminación. Esto necesariamente implica valorar y no sólo aceptar esas diferencias culturales.”¹³⁶

Creemos que ese es el sentido que hay que darles a las palabras de la Corte Suprema cuando dice que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella”¹³⁷.

Desafortunadamente, a la fecha, la Corte IDH no ha emitido pronunciamiento en algún caso relativo al uso de los territorios por parte de las poblaciones indígenas en el que Chile sea parte. Sin embargo, si lo ha hecho respecto de grupos protegidos, de los cuales las poblaciones indígenas si son parte.

En el caso Atala la Corte señala que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto.”¹³⁸ Y que “están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”¹³⁹

¹³⁶ NASH, NUÑEZ, BUSTAMANTE (2014), p. 108 – 109.

¹³⁷ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Par 80.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Par 86.

En el entendido de modificar las situaciones que discriminen o perjudiquen a determinados grupos de personas, la CIDH solicitó a la Corte IDH que ordene al Estado chileno “la adopción de medidas correctivas como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”¹⁴⁰.

Entendemos que este mandato no sólo se refiere a la discriminación por orientación sexual, sino a toda discriminación dirigida hacia un grupo particular de la sociedad. En ese compartimiento se ubican hoy en día las poblaciones indígenas, quienes por tener una forma especial de comprenderse a sí mismos y su relación con los territorios, se ven privados del completo goce de su derecho de propiedad sobre estos por parte del Estado chileno.

Consideramos que las razones esgrimidas por la Corte IDH recién tratadas son fundamento suficiente para una modificación legislativa, o, por lo menos, una modificación en la tendencia jurisprudencial asimilacionista de los tribunales civiles.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Par 273.

CAPÍTULO 6

ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA SUPERPOSICIÓN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA CHILENA SOBRE LA COSMOVISIÓN MAPUCHE

6.1 Contradicciones del modelo económico amparado por el derecho

La construcción del Estado chileno se ha caracterizado por una constante de profunda extracción depredadora de los recursos naturales¹⁴¹, nos referimos a la extracción a niveles industriales de minerales como la plata, salitre y cobre (entre algunos), la tala de bosque nativo, la pesca industrial, acompañadas aquellas actividades de las inhumanas condiciones laborales para quienes aportan con su mano de obra. Se suma a ello una historia de opresión, subordinación y discriminación de largo aliento sobre los grupos organizados que han realizado esfuerzos por revertir esta realidad.

Este reciente ciclo de acumulación y explotación voraz del territorio y de los bienes naturales en el espacio ancestral mapuche es en realidad continuidad y efecto de otros procesos de expansionismo agro-territorial y en especial del proceso de despojo del llamado Wallmapu¹⁴², en parte de los territorios actuales situados en Chile y Argentina. Los ciclos de acumulación previos del capital suman una historia que se refleja en las estructuras étnicas de la memoria colectiva e historia oral del pueblo mapuche. En especial, el despojo del territorio y el proceso de reducción en 5% del espacio original, a finales del siglo XIX, sigue siendo recordado en las redes étnicas subalternas comunitarias.

¹⁴¹ Según Gudynas: “el actual capitalismo globalizado se ha reconfigurado como un elemento clave en el desarrollo actual latinoamericano. El extractivismo se define aquí como actividades por la extracción de enormes volúmenes de recursos naturales, y cuyo destino principal es la exportación. El volumen apropiado incluye tanto el recurso final comercializado como otros materiales perdidos o afectados en esa extracción (de esta manera se suma la “mochila ecológica” al producto final; por ejemplo, por cada tonelada de cobre obtenida, en promedio se deben remover 500 toneladas de materia). El consumo interno es pequeño, y por lo menos el 50% es exportado.” En PINEDA (2014), p. 103.

¹⁴² Territorio mapuche histórico, constituido por el Puelmapu y el Gulumapu. El primero, corresponde geográficamente al espacio ubicado desde el oriente de la cordillera de los Andes hasta el océano Atlántico. El Gulumapu comprende la parte oeste del territorio mapuche, localizada desde el océano Pacífico hasta la cordillera. En PINEDA (2014), p. 103.

La acumulación de capital requiere necesariamente (como una de sus posibles vías de crecimiento infinito) de mayor control espacial y territorial¹⁴³. La expansión geográfica, según David Harvey, es uno de los mecanismos por los que la acumulación penetra sociedades y territorios: en cuanto más se dificulta la intensificación (de capital) más importancia adquiere la expansión geográfica para sostener la acumulación¹⁴⁴.

Esta forma de reproducción económica expansiva, geográfica y territorialmente produce diversas contradicciones, mencionaremos dos.

Una de ellas es la tensión entre los ciclos de reproducción del capital y los ciclos de reproducción de la vida, tal y como lo plantea Jorge Veraza: “los ciclos de reproducción de la naturaleza no son tan rápidos como el ciclo de rotación del capital [...] estas diferencias suscitan necesariamente una contradicción entre el dominio del capital industrial y los ciclos biológicos del planeta”¹⁴⁵.

Otra contradicción se produce entre la economía productiva que mercantiliza y cosifica la vida, como una materia prima, un bien de consumo; y por otro lado, los lenguajes de valoración¹⁴⁶ de los pueblos que conciben a la tierra y a la naturaleza como un bien inconmensurable, que no tiene precio.

La contradicción de generar crecimiento infinito en territorios y bienes naturales limitados produce una crisis de relativa escasez (tanto por su acaparamiento y privatización como por su sobreexplotación, contaminación y agotamiento)¹⁴⁷; provoca además un antagonismo con las racionalidades populares, ciudadanas y en este caso, de los pueblos originarios, que valorizan a la naturaleza por su condición de base material de reproducción social¹⁴⁸.

¹⁴³ PINEDA (2014), p. 102.

¹⁴⁴ HARVEY (2001), p. 260.

¹⁴⁵ VERAZA (2007), p. 2007, p. 25.

¹⁴⁶ Véase MARTÍNEZ (2005).

¹⁴⁷ VERAZA (2007), p. 21.

¹⁴⁸ Entendemos aquí reproducción social, desde la perspectiva de Bolívar Echeverría, como “un proceso de modificación de la figura de la socialidad mediante la producción y el consumo de objetos prácticos: de bienes producidos, de productos útiles o con valor de uso. El proceso de reproducción social sería así un proceso a través del cual el sujeto social se hace a sí mismo, se da a sí mismo una determinada figura, una mismidad o identidad”. En PINEDA (2014), p. 102.

El creciente expansionismo territorial con distintos modelos, formas productivas y de acumulación significaron lo que Toledo Llancaqueo sistematiza como: a) procesos de pérdida de territorialidad política, soberanía y sometimiento colonial; b) desposesión y presión sobre las tierras indígenas para ampliar las fronteras agrícolas y ganaderas; c) presión extractiva sobre los recursos naturales; d) grandes obras e impactos negativos y sistémicos sobre el hábitat; y e) presión sobre los sistemas de conocimientos tradicionales y biodiversidad¹⁴⁹ Por ello, a las contradicciones de las externalidades e impactos de la reproducción capitalista sin límites y al antagonismo producido por procesos culturales civilizatorios y lenguajes de significación no basados en el valor de cambio¹⁵⁰ que se enfrentan a la lógica del mercado, hay que agregar una tercera dimensión de conflictividad que es la historia y la memoria del agravio sufrido por el pueblo mapuche.

Sin embargo, también se recuerdan y mitifican los procesos de liderazgo, insubordinación, resistencia y lucha del pueblo, en ellos se reordena y resignifica la identidad étnica, por tanto los procesos de desposesión, mercantilización y extracción en el territorio del pueblo mapuche no son nuevos.

Si los ciclos de acumulación y expansión territorial del capital en Chile son una continuación en procesos de desposesión, asfixia material agro-productiva y más recientemente una grave contaminación sobre los bienes naturales comunes, es importante señalar que la conformación del Estado chileno (así también como la conformación de Estados realizada mediante ocupaciones militares) se ha realizado bajo procesos de etnocidios y de asimilación forzada, unidos en primer lugar a un proceso de subordinación y ataque a las formas de propiedad colectiva del pueblo mapuche; en segundo lugar, a un proceso de integración forzada a través de la deslegitimación de la lengua y costumbres originarias así como la creación de numerosos dispositivos de integración a la nación chilena; y en tercera instancia, a una política de desconocimiento y por tanto debilitamiento y desarticulación de las formas de organización social mapuche.

¹⁴⁹ TOLEDO (2004), p. 84.

¹⁵⁰ Véase GARCÍA (2009).

La conformación del moderno Estado-nación en Chile significó la negación de las formas tradicionales de organización social de los pueblos originarios¹⁵¹, lo que se tradujo en un ataque a la demodiversidad que, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, significa “la coexistencia de diferentes modelos y prácticas democráticas”¹⁵², la cual impone una forma única de gestión gubernamental, una estructuración social con un enérgico rechazo de la pluralidad sociocultural.

Todas estas características también pueden ser conceptualizadas como relaciones de “colonialismo interno”¹⁵³. El proceso histórico de conformación del Estado en Chile, su momento constitutivo en el siglo XIX es precisamente la invasión del Estado liberal chileno a territorio de los pueblos originarios¹⁵⁴, desposesión que disocia la comunidad cultural mapuche de la soberanía territorial que hasta ese momento habían mantenido; dicha separación como sabemos “crea la base estructural de los procesos de exclusión, discriminación y explotación social que caracterizan a los regímenes de ocupación”¹⁵⁵. A partir de entonces, el Estado mono-étnico negará las formas de reproducción social mapuche, al tratar de desarticular identidades, formas organizativas, espiritualidad, lengua y costumbres, todo lo anterior reforzado por una legislación miope ante la particularidad filosófica de la subcultura mapuche que termina por sellar este proceso de desprotección.

¹⁵¹ Véase POLANCO (1996)

¹⁵² Véase SANTOS (2002).

¹⁵³ Definido por Pablo González Casanova como “la heterogeneidad cultural que históricamente produce la conquista de unos pueblos por otros [...] como diferencias de civilización”. En PINEDA (2014), p. 107.

¹⁵⁴ René Zavaleta, *La autodeterminación de las masas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/ Clacso, 2009.

¹⁵⁵ GARCÍA (2005), p. 276.

CONCLUSIONES

1.-Sobre los fundamentos filosóficos de la tradición jurídica chilena y el caso de Hegel

La esfera abstracta y exterior de la propiedad establecida por el derecho privado, es comprendida por Hegel como la condición para la realización de la libertad en toda su sustancia, que puede manifestarse en su dimensión religiosa, política y ética, entre otras. La libertad del humano, en cuanto libertad perteneciente a la historia universal europea, alcanza su existencia en la libertad abstracta de la propiedad: “la libertad que tenemos es lo que denominamos persona, es decir el sujeto que es libre, libre para sí, y se da una existencia en las cosas”, en la medida en que “para no seguir siendo abstracta la voluntad libre debe darse, en primer lugar, una existencia”¹⁵⁶. La relación de personas limitada a cosas no sólo es la condición de posibilidad de la liberación de la naturaleza, sino también de la libertad de los individuos.

Esta libertad compartida por los sujetos en la sociedad civil tiene diversas consecuencias, una de ellas es que los individuos, en cuanto personas, limitados a la relación con las cosas, sólo tienen existencia para el otro a través de cosas, es decir, como propietarios. La cosificación de todas las relaciones de persona a persona es la otra cara de la propiedad. Del mismo modo que las cosas exteriores, todas las aptitudes, ciencias, artes, lo religioso mismo, invenciones, conocimientos, capacidades, quedan sometidos a la cosificación y equiparados como objetos de contrato y cosas reconocidas en el modo de la compraventa.

Reiterando lo que anteriormente se sostuvo, hay un aspecto que genera una clave contradicción al contrastar la cosmovisión mapuche y las ideas de Hegel. Al respecto, en la cultura mapuche se asume que la materia está en permanente transformación, y en esa permanente transformación, existe una biodiversidad y no habría una separación entre el humano, la tierra y los demás seres vivos que componen el medio, sino que todo esto responde a una cadena universal de la vida¹⁵⁷. Desde el punto de Hegel, los seres humanos se sitúan en el punto superior de la jerarquía de las especies en el mundo, por lo tanto todo lo

¹⁵⁶ RITTER (2005), p. 176.

¹⁵⁷ PAINEQUEO (2004), p. 365.

demás que existe es objeto de uso, de manipulación, apropiación, aquello deviene en la transforman la naturaleza, la manipulación de otras vidas. En la concepción mapuche se produce una contradicción irreconciliable con ese punto de vista.

Es un hecho que las diversas teorías que profundizan en los fundamentos de la propiedad (que forman los cimientos de nuestra tradición jurídica), provengan de investigadores de origen europeo, y que a su vez tal circunstancia es un aspecto medular en la tradición jurídica chilena, erigida sobre aplicación directa e interpretaciones de cuerpos normativos e instituciones del derecho europeo. Es posible concluir que aquello se explica en fenómenos como la invasión de colonos europeos en el territorio a partir del siglo XV, y la constante actitud de la élite política de los recién independizados Estados de América del siglo XIX de tener como referente el ejemplo de naciones europeas en su desarrollo. Al respecto, señala el historiador Gabriel Salazar que el caso chileno de modernización es un proceso receptivo del desarrollo y nivel de vida logrado por las potencias dominantes en el mercado mundial. Bajo el concepto liberal de apertura total al exterior e importación libre de la cultura y modernidad del mundo nórdico, en la práctica, como *recolonización* del país. En doscientos años de vida independiente nunca ha prevalecido una voluntad política que imponga la auto modernización del país y erradique la pasiva y mecanicista “hetero-modernización”, que privilegia el progreso importado, comprado y emulado¹⁵⁸.

Otro aspecto importante, es la forma antropocéntrica de comprender el mundo por la tradición filosófica-jurídica occidental, siendo Hegel un autor que no escapa de este paradigma, en donde se sitúa al ser humano como medida y centro de todas las cosas. En esta idea, el hombre, como género masculino, aparece como ser jerárquicamente superior a las demás criaturas del mundo, capacitado para poner bajo su voluntad los diversos elementos de la naturaleza, a su libre arbitrio para alcanzar sus fines, estando el mundo y sus recursos a su disposición sin límite alguno.

2.- Sobre la legislación chilena que se refiere al territorio desde la cosmovisión mapuche

¹⁵⁸ SALAZAR (2005), p. 27.

Existe una clara disonancia entre la propiedad sobre los territorios protegida por el Convenio, la cual engloba no sólo el suelo, sino que también lo que hay abajo, arriba y a los lados de él y la protección brindada por la Ley Indígena al suelo como único elemento. Este conflicto tiene sus raíces en las grandes diferencias que tienen el estado nación chileno y la nación mapuche sobre cómo se comprende a los seres y sus relaciones entre ellos y su entorno y es la razón de la persistencia de los conflictos entre ambos. En ese sentido, la Ley indígena es impotente para dar protección a los derechos de las poblaciones mapuche, lo cual a nuestro juicio es subsanable a través de la utilización de las normas del Convenio 169 para enterar las fallas del ordenamiento jurídico o, una urgente modificación legislativa que consiga la protección efectiva de los territorios de las poblaciones indígenas, en particular, la mapuche.

3.- Sobre la jurisprudencia civil

Existen algunos avances jurisprudenciales (a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169) en relación al reconocimiento del derecho de propiedad ancestral al agua basado en el uso consuetudinario, de los derechos de uso, aprovechamiento y protección de tierras, recursos naturales y ecosistemas parte del hábitat territorial indígena y del derecho a la consulta acorde a la especificidad étnica de los pueblos indígenas¹⁵⁹.

Los tribunales civiles siguen anclados en principios del derecho privado y recogen tímidamente las normas y principios contenidos en la Ley Indígena para proteger las tierras indígenas y resguardar la especial relación de los pueblos indígenas y sus miembros con las tierras ancestrales¹⁶⁰.

Por otra parte, se observa una aplicación incipiente del Convenio 169, en lo referente al derecho de propiedad y posesión de tierras ocupadas o que poseen los pueblos indígenas, basada en el derecho consuetudinario, y que morigeran el régimen de propiedad instaurado por la legislación civil.

“En general, la jurisprudencia chilena salvaguarda la hegemonía del derecho estatal y los principios que lo estructuran propendiendo a un modelo homogeneizador etnocéntrico antes que a uno tendiente al reconocimiento pleno de la pluralidad jurídica. Así, el sistema

¹⁵⁹ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 159

¹⁶⁰ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 159

de justicia estatal presenta una débil consideración de las particularidades culturales y de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas”¹⁶¹.

4.-Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH

El Estado chileno por medio de su legislación, como ha sido demostrado en este trabajo, propicia una realidad de discriminación sistemática contra el pueblo mapuche, situación que responde a un fenómeno de mayor trascendencia en la región de América. La relación de dominación de los diferentes Estados en el continente sobre los pueblos indígenas pareciera ser una cualidad inherente de cada país, ello se demuestra en los casos comentados de la Corte IDH, en donde las controversias han surgido debido a que los tribunales, utilizando las herramientas del derecho interno, se han vuelto incapaces de comprender la relación entre las poblaciones indígenas y sus territorios.

La Corte IDH se ha mostrado consiente de esta realidad, teniendo un criterio de interpretación guiado por el Convenio 169. En diferentes oportunidades ha ordenado la realización de modificaciones sustanciales a las legislaciones de los países parte en los litigios para acabar con situaciones de discriminación. Se refuerza este mandato además por una obligación de protección especial hacia los grupos minoritarios de la sociedad, que son quienes injustamente sufren los mayores perjuicios de legislaciones que no asumen la multiplicidad de identidades a las que están destinadas regular.

5.-Palabras finales

Consideramos que, dada la evidencia mostrada, los mapuches se comprenden a sí mismos y a su relación con la tierra de una manera especial, muy distinta a la protegida por las leyes generales de propiedad. Esto los convierte en un grupo particular que requiere un tratamiento distinto, razón suficiente para hacer necesaria la utilización del Convenio en la motivación de las sentencias civiles que traten materias de derecho de propiedad en donde

¹⁶¹ BERTINI, YAÑEZ (2013), p. 159

participen. Esto es posible al tratarse éste de derechos humanos, y, habiendo sido ratificado, es ya parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En el peor de los casos, es un mandato internacional del mismo Convenio la modificación legislativa que permita la salvaguarda de los derechos de los mapuches, ello es de urgencia en el contexto actual.

BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN, José, “La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y al territorio”, *DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS: TENDENCIAS INTERNACIONALES Y CONTEXTO CHILENO*, Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de La Frontera, año 2004, pp. 279-291.
- AYLWIN, José, “*Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera*”, Instituto de Estudios Indígenas Editorial LOM, año 2003.
- APARICIO, Marco, “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación, en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos”, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, año 2006, pp. 399-422.
- BERRAONDO, Mikel, “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente, en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos”. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, año 2006, pp. 469-488.
- BERTINI, Leonello, YAÑEZ, Nancy, “Pluralismo Jurídico: Derecho Indígena Y Justicia Nacional” *ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS*, No. 9, año 2013, pp. 151-160.
- BUNSTER, Ximena, “Una experiencia en Antropología aplicada entre los araucanos”, *Anales de la U de Chile*, N° 130, año 1964, pp. 94-128.
- CASTRO Luçiq, Milka, VERGARA Montoya, Juan, VILLEGAS Díaz, Myrna “*Jurisprudencia indígena: cosmovisión y legislación Santiago de Chile*”, Programa de Antropología Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2009.
- CLAVERO, Bartolomé, “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 313-338.
- COURTIS, Christian, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los tribunales de América latina, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, número 10, año 2009, pp. 53-78.

- DÍAZ-MUÑOZ, Andrea, “Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084”, *Revista de Estudios de la Justicia*, número 19, año 2015, pp. 207-214.
- FEDERICI, Silvia, “*Caliban y la Bruja: Mujeres, cuerpos y acumulación originaria*”, Trad. por Verónica Hendel y Leopoldo Sebastián Touza, Editorial Traficante de Sueños, Madrid, año 2010.
- FERNANDEZ, Andrés, DE LA PIEDRA, Cristhian, “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el convenio OIT 169, aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias”, *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, número, 121 año 2011, pp. 71-132.
- GOMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 451-468.
- GOMEZ, Magdalena, “Sobre tierras y territorios indígenas”, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 133-152.
- HEGEL, Georg, “*FILOSOFÍA DEL DERECHO*”, Editorial Claridad, Quinta edición, año 1968.
- DAVID, Harvey, “*Espacios del capital*”, Primera Edición, Editorial Akal, Madrid, año 2001.
- DÍAZ Polanco, Héctor. “*Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*”, México, Editorial Siglo XXI, año 1996.
- ESCÁRZAGA, Fabiola, GUTIÉRREZ, Raquel, CARRILLO, Juan José, CAPECE, Eva, NEHE, Börries “*Movimiento indígena en América Latina: Resistencia y transformación social*”, Volumen III/, México: Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco: Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades “Alfonso Vález Pliego”, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, año 2014.
- GARCÍA Linera, Álvaro, “*Forma valor y forma comunidad. Aproximación teórica abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllu Universal*”, La Paz, Clasco / Muela del diablo, año 2009.

- HENRÍQUEZ, Miriam. “Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”. *Estudios Constitucionales*, año 6 N°2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 2008, pp. 73-119.
- HEREDIA, Luis, “La administración de justicia en los pueblos originarios: el caso de Argentina”, *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, México, año 1998, pp. 241- 257.
- LOPEZ, Francisco, “Autonomías indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su construcción”, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, volumen 14, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 423-450.
- MARIMÁN, José, “Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional”, *Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el Progreso Humano*. Temuco, año 1990.
- MARTÍNEZ, Joan, “*El ecologismo de los pobres. Conflictos ambientales y lenguajes de valoración*”, Barcelona, Editorial Icaria, año 2005.
- MELIN, Miguel, COLIQUEO, Patricio, CURIHUINCA, Elsy, ROYO, Manuela, “*AZMAPU: Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizum y el Derecho Propio*”, Primera Edición. Territorio Mapuche, Chile, 2016.
- MERCHANT, Carolyn, “*The Death of Nature: Women, Ecology and the Scientific Revolution*”, Nueva York, Harper and Row, año 1980.
- MONTT, Santiago, MATTA, Manuel, “Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile”, *Estudios Públicos*, Centro de Estudios públicos, N° 121, año 2011, pp. 133-212.
- MULLER, Pierre, “*Les politiques publiques*”, Presses Universitaires de France, Paris, 1990.
- NASH, Claudio; NUÑEZ, Constanza; BUSTAMANTE, Minda, “*Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del convenio 169 de la OIT*”, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2014.
- NASH, Claudio, “*Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, año XIX, Bogotá, año 2013.

- NASH, Rojas, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, año 2012.
- OLSZLAK, Oscar, O'DONELL, Guillermo, “Estado y Políticas Estatales en América Latina”. *Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES)*, Documento G.E. CLACSO, Vol. 4, Buenos Aires, año 1981.
- PAINIQUEO, Manuel, “Revitalizar la cosmovisión mapuche nos permite un desarrollo integral sostenible”, *DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS: TENDENCIAS INTERNACIONALES Y CONTEXTO CHILENO*, Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de La Frontera, año 2004, pp. 365-366.
- PIÑACUÉ, Jesús, “*Del Olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*”, Imprenta nacional, Dirección general de asuntos indígenas DGAI- Ministerio del interior, Consejo Regional Indígena del Cauca y Ministerio de Justicia y del Derecho, Santa Fe de Bogotá, año 1997.
- PINEDA, César, “Mapuche: resistiendo al capital y al Estado, El caso de la Coordinadora Arauco Malleco en Chile”, *TEMAS Y PROBLEMAS DE NUESTRA AMÉRICA*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM. (México 2014/2), pp. 98-128.
- RADIN, Margaret. “*Reinterpreting Property*”, Chicago, IL y Londres: University of Chicago Press, año 1993.
- RITTER, Joachim, “Persona y propiedad. Un comentario de los 34 a 81 de los Principios de la Filosofía del Derecho de Hegel”, *Metodologías Y Derecho Privado, Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada, N° 22, año 1982, pp. 167-188.
- SAAVEDRA, Alejandro. “*La cuestión mapuche*”, Instituto de capacitación e investigación en reforma agraria- proyecto del gobierno de Chile con el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo y organización de las naciones unidas para la agricultura y la alimentación (FAO), Santiago de Chile, 1971.
- SALAZAR, Gabriel, “*Movimientos Sociales en Chile: Trayectoria histórica y proyección política*”, Uqbar Ediciones, Santiago, año 2012.
- SANTOS, Boaventura De Sousa, “*Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*”, México, FCE, año 2002.

- SMITH, Martin, “Pluralismo, pluralismo reformado y neopluralismo: el papel de los grupos de presión en la elaboración de políticas”, en *Zona Abierta*, n° 67-68, año 1994, pp.137-170.
- TOLEDO, Víctor, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, *Pueblos indígenas, estado y democracia*, compilación realizada por DÁVALOS, Pablo, Clacso, año 2004, pp. 67-96.
- TOLEDO, Víctor, “TODAS LAS AGUAS EL SUBSUELO, LAS RIBERAS, LAS TIERRAS: Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus Recursos Naturales y contribución a una política pública de defensa”, *Anuario LIWEN*, N° 3, 1997, pp. 3-27.
- ORDOÑEZ, Carlos, “Derechos humanos de los pueblos indios, Etnicidad y Derecho”, *Un dialogo postergado entre los científicos sociales*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 1996, pp. 231-236.
- VERAZA, Jorge, “*Leer El capital hoy. Pasajes selectos y problemas decisivos*”, Ítaca, Paradigmas y utopías, México, año 2007.
- VERAZA Jorge, “*Los peligros de comer en el capitalismo*”, México, Ítaca, año 2007.
- WALDRON, Jeremy, “*A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*”, Denis Paterson ed., Blackwell, Oxford, 1996.
- ZAVALETA, René, “*La autodeterminación de las masas*”, Siglo del Hombre Editores/ Clacso, Bogotá, año 2009.

Otras fuentes:

- Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas “500 años de resistencia indígena, negra y popular”, *Resoluciones*, CONAIE-ECUARUNARI-CDDH, Comisión de Prensa, Quito, 1990.
- GEOEXPLORACIONES S.A. Informes de Catastro de Propiedad Minera, en la VIII, IX y X regiones. Estudio encargado por el Dpto. de Tierras de CONADI, 1995.

En línea:

- Artículo 1, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [en línea] <http://corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto> [consulta: 14 de diciembre de 2019].
- FERNANDEZ, Sonia, *Naciones Indígenas. Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile. 2001.* [en línea] <http://www.alertanet.org/F2b-SFernandez.html> [consulta 3 de noviembre de 2018].
- Instituto Nacional de Estadísticas, Resultados CENSO 2017. https://resultados.censo2017.cl/#colapsable5_desktop [consulta 3 de noviembre de 2018].
- *La OIT y los pueblos indígenas y tribales* [en línea] <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet8sp.pdf> [consulta 8 de octubre de 2018].
- SADOWSKY, Scott, ¿" *Los mapuche*" o "*los mapuches*"?, Tercera Cultura, [en línea] <http://terceracultura.cl/2013/07/los-mapuche-o-los-mapuches/> [consulta 10 de mayo de 2019]

Legislación citada:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Ley 19.253.
- Ley 19.640.
- Ley 17.729.
- Decretos leyes N° 2568 y 2750.

Jurisprudencia Nacional:

- Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia Rol 681-2011.
- Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia Rol 817-2006.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol 1304-1999.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol 1.864-2008.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol 1773-2008.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia Rol 557-2006.

- Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia Rol 10.663-2000.
- Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia Rol 5983-1995.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia Rol 36- 2010.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 2283-2001.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 2683- 2010.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 2840- 2008.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 6.510-2007.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 4897-2007.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 986-2003.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 986-2003.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 2211-2012.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 258-2011.

Jurisprudencia internacional:

- Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, Rol 309, Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de Junio de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 17 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad, 2017.