



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

El contrato de Comodato Indígena como herramienta jurídica utilizada por organismos del Estado en sus relaciones con las comunidades en el marco de sus obligaciones internacionales.

Álvaro Dorta Phillips
Sofía Macarena Videla Zurita

Profesor Guía:
Claudio Troncoso Repetto

Santiago de Chile, 2022

ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: CONTRATO DE COMODATO INDÍGENA

I.I Consideraciones generales.

I.II Naturaleza jurídica del Contrato de Comodato Indígena.

I.III Terrenos sujetos a Comodato Indígena.

I.IV Rol del Estado en la implementación del Comodato Indígena.

CAPÍTULO II: DERECHO A LOS TERRITORIOS ANCESTRALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

II.I El derecho al territorio para la libre determinación.

II.II Pueblos Indígenas en el Siglo XXI. Evolución histórica de la normativa internacional.

a) Carta Internacional de Derechos Humanos.

b) Convención Americana de Derechos Humanos.

- **Derechos Protegidos**
- **Órganos de la Convención**
 - **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**
 - **Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
- **Reglas de Interpretación de la Convención.**

c) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

CAPÍTULO III: EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

III.I Generalidades.

III.II Ratificación y vigor.

III.III Principales aspectos de Interés.

a) Tratamiento de los pueblos indígenas.

b) Libre determinación de los pueblos.

c) Derecho a la tierra y territorio.

- d) Tratamiento de los recursos naturales.
- e) Derecho a la Consulta Previa.

III.IV Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- a) Fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana y el control de convencionalidad.
- b) Pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Derecho de Propiedad Indígena.

CAPÍTULO IV: PROPIEDAD PRIVADA Y LEY INDÍGENA.

IV.I Consideraciones previas.

IV.II La Autonomía de la Voluntad.

IV.III Los Derechos Reales.

IV.IV La Propiedad.

- a) Particularidades de la propiedad en materia civil.

IV.V Contrato de Comodato.

IV.VI Propiedad Indígena en la Ley 19.253.

- a) Aspectos generales
- b) Protección legal de la propiedad indígena.

CAPÍTULO V: IDONEIDAD DEL CONTRATO DE COMODATO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR CHILE EN MATERIA INDÍGENA.

V.I Idoneidad del contrato de comodato en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Chile en materia indígena.

- a) Tratamiento de los Pueblos Indígenas (o poner el artículo 5 acá, ya que no tengo tanto que hablar de esto).
- b) Libre determinación de los pueblos.
- c) Derecho a la tierra y al territorio.
- d) Derecho a la consulta previa.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La tierra que habitamos constituye una unidad política y jurídica construida desde hace muchísimos años atrás sobre la base del mestizaje, producto de la relación entre la colonización europea y los diversos grupos originarios que habitaban el territorio conocido actualmente como Chile. Al día de hoy, el número y diversidad de estos pueblos originarios que habitan Chile ha disminuido considerablemente, pero aún así, la presencia de estos sigue siendo importante.

Sin embargo, la relación entre los pueblos originarios y el Estado de Chile nunca ha sido armónica ni poco menos pacífica, por el contrario. Ésta, se ha construido sobre una permanente confrontación entre ambos actores -el segundo, infinitamente más grande que el primero-, entendiendo que la irrupción de un modelo de sociedad moderna -del siglo XX- ha provocado un choque cultural insalvable para los pueblos originarios. Es así como el establecimiento de un marco institucional y jurídico ajeno a la realidad de los pueblos originarios y que además, constituye inclusive una amenaza para la aplicación de sus propias tradiciones y costumbres que históricamente los han determinado como pueblos originarios, potenció el proceso de anulación y posterior asimilación de las formas de vida, percepción y todo lo que se configura en la identidad indígena por parte del Estado moderno.

En este sentido, el asunto indígena resulta una temática que ha cobrado una notoria relevancia para la comunidad regional, y en específico en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como motor de protección y promoción de los derechos de los pueblos originarios. A través de experiencias variadas, se ha logrado crear un marco que consagra un adecuado respeto y protección de las tradiciones y derechos de los pueblos indígenas en determinados aspectos

La contribución que han realizado organismos internacionales tales como la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo ha sido notoria. Especial énfasis debemos dar a esta última, ya que la especial contribución del convenio n°169 (suscrito y ratificado por Chile) ha marcado un antes y un después en las legislaciones internas y la jurisprudencia de organismos con jurisdicción internacional, como la mencionada Corte. Gracias a este

avance sustantivo en la protección de los derechos de las comunidades indígenas, el año 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, sentando un estándar de reconocimiento y garantía acorde con la importancia que este asunto merece en todo el globo. Si bien este último no es un instrumento jurídicamente vinculante, ha sido útil en la generación de una base interpretativa de otros instrumentos que sí tienen fuerza vinculante en el Derecho Internacional y luego son incorporados al derecho interno.

Punto aparte es la contribución que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la temática indígena, ya que, interpretando incluso tratados internacionales que no se refieran de manera directa y específica al asunto indígena – como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, o la Convención Americana de Derechos Humanos –ha logrado establecer una línea jurisprudencial definida y armónica.

Dicho esto, es menester comentar que el presente trabajo, comienza bajo el alero de una investigación etnográfica del curso electivo de Antropología Jurídica de la Universidad de Chile. En este, se definieron las particularidades étnicas de las comunidades que tienen lugar en el Cerro Blanco (o ApuWechuraba, como se le llamaba en tiempos pre-coloniales) en la comuna de Recoleta. Aquí, se encontraban cerca de diez agrupaciones indígenas – entre comunidades propiamente tales, grupos artísticos, etc- quienes viven en el lugar antes del año 2000 y que se opusieron, desde el año 2016, a la dictación de la resolución exenta 1.930 del 2016 por parte del Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) Metropolitano, que dejaba sin efecto el Contrato de Comodato suscrito entre las comunidades del Cerro y el Parque Metropolitano de Santiago (PMET).

Dicho contrato fue revocado tras una denuncia que señalaba el uso indebido del inmueble junto a la posterior inspección a los terrenos por parte de funcionarios del SERVIU Metropolitano, constatando el incumplimiento de ciertas obligaciones contraídas por los comodatarios.

La suscripción de un Contrato de comodato entre un Organismo de la Administración del Estado (en el caso comentado, el PMET es un “servicio público dependiente administrativamente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo”¹) y una Comunidad Indígena

¹<https://www.parquemt.cl/quienes-somos/> (consultado el 31 de Marzo de 2023)

no resulta extraña en la práctica, ya que muchas otras Comunidades han suscrito estos contratos con Municipalidades de forma relativamente reciente, como es el caso de la Ilte. Municipalidad de Perquenco con la Comunidad Indígena Ignacio Pitriqueo, o el de la Ilte. Municipalidad de Mariquina con la Comunidad Indígena José Martín de Chan Chan.

En este sentido, como ya se dijo, el Estado de Chile ha suscrito y ratificado el Convenio 169 de la OIT, donde se reconoce el derecho de propiedad y posesión de tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas, por un lado, y por otro se reconoce el deber de los Estados de tomar medidas para asegurar la protección efectiva de dichos derechos. Aún así, distintos municipios y antes de la Administración han preferido echar mano del contrato de comodato -herramienta propia del Derecho Civil- para el asentamiento de distintas Comunidades Indígenas, lo que lo vuelve un asunto jurídicamente relevante.

El presente trabajo, pretende desentrañar si el contrato de comodato indígena es una herramienta jurídica idónea en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, -entre ellas, la protección y reconocimiento de los derechos reconocidos a las Comunidades Indígenas en relación al acceso al territorio-.

En el primer capítulo, pretendemos realizar un levantamiento de diversos contratos de comodato indígenas suscritos entre comunidades y el Estado, para aproximación a este tipo de contrato, con el objetivo de estudiar sus particularidades, como su naturaleza jurídica, objetivo en su suscripción, naturaleza de los inmuebles y el rol del Estado en la suscripción e implementación del mismo.

En nuestro segundo capítulo, pretenderemos establecer una aproximación histórica a las comunidades indígenas de nuestro territorio, con énfasis en ciertas características relevantes de las mismas. Posteriormente, analizaremos brevemente la evolución normativa del derecho internacional en materia de derecho indígena, desde el siglo pasado hasta nuestros días, con especial énfasis en último aparato internacional vinculante ratificado por nuestro país, el Convenio 169 de la OIT.

El tercer capítulo, analizaremos de manera más detallada el Convenio 169 de la OIT, reconociéndose como el instrumento normativo más relevante para el tratamiento del asunto indígena, ocupándonos especialmente del tratamiento del derecho de propiedad para las comunidades indígenas. De igual manera, entendiendo que la aplicación de los

sistemas jurídicos no solo se limita a la norma, es necesario tener un apartado respecto a la línea jurisprudencial sostenida de por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la aplicación del Convenio 169 en nuestros aspectos de interés.

El cuarto capítulo, determinará los alcances normativos del derecho interno respecto de la propiedad, llevando a cabo un análisis deductivo del concepto de propiedad en Chile, considerando el principio de la autonomía de la voluntad como piedra angular en el fundamento del Derecho Civil, finalizando con una definición general del contrato de comodato. Posteriormente, nos adentraremos en la ley 19.235, sus particularidades respecto del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, y a las políticas públicas existentes que complementan lo que la ley pretende potenciar. Este capítulo reviste de especial interés, puesto que nos permitirá ofrecer lineamientos que nos permitan identificar las notorias diferencias existentes entre uno u otro régimen, teniendo en cuenta la protección que reviste la Ley 19.253 a las comunidades indígenas.

Ahora bien, habiendo determinado detalladamente el panorama histórico y normativo de la materia que nos concierne, en el último capítulo procederemos a responder la pregunta que nos trae a este trabajo, la cual es: ¿Es el contrato de Comodato el medio idóneo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por Chile en materia indígena?

Sobre esta pregunta, estudiaremos los efectos que el contrato de comodato tiene en determinados puntos que nos parecen esenciales para asegurar el derecho al territorio, reconocido en el derecho internacional, señalando ciertas ventajas y desventajas en su suscripción. Por último, expondremos las conclusiones que obtuvimos de este trabajo.

CAPÍTULO I: CONTRATO DE COMODATO INDÍGENA

I.I Consideraciones generales.

En Chile, el orden territorial nacional como el orden indígena demuestran una constante pugna entre tradiciones occidentales versus las tradiciones indígenas. Esto se ve reflejado en el constante intento por parte del Estado de Chile en asimilar prácticas de tenencias de tierras con lógicas de propiedad establecidas en el Código Civil a poblados indígenas².

Lo anterior ha traído consigo una inevitable confusión en el entendimiento de las normativas propias de cada cultura, ya que, la normativa estatal supone una definición de tierras indígenas que no coinciden necesariamente con lo que las comunidades comprenden por territorio, pero, dichas comunidades, para no desaparecer del mapa, se valen de la normativa estatal, y así logran permanecer en aquellas tierras cuyas tenencia y dominio les ha sido reconocido en parte, empero, no satisface el reclamo indígena de aquellas tierras no radicadas, como aquellos espacios en que falta población permanente, más si son utilizados por comunidades indígenas para otras actividades vitales, de índole espiritual y comunitario, tales como montañas, cerros, pampas, estepas, litorales, entre otros³.

Es relevante agregar que, históricamente, comunidades e individuos pertenecientes a comunidades indígenas se han trasladado desde sectores rurales a sectores urbanos en búsqueda de mejores condiciones económicas. El acceso a un lugar en la ciudad para la población indígena desplazada se da casi exclusivamente a través de la postulación a viviendas sociales y allegamiento con familiares⁴.

Por otro lado, no existe acceso a la propiedad colectiva en estas urbes, teniendo en consideración que la propiedad colectiva, propiedad arquetípica para las comunidades

² Cárdenas Villarreal, H. (2021). “*Tensiones entre la Propiedad Civil y la Propiedad Indígena: Consideraciones de Derecho Privado a propósito de la demanda territorial Mapuche*”, Revista Ius Et Praxis, año 27, N°3, pp. 158.

³ Loc. Cit.

⁴ Caulkins, M. (2020). “Lucha silenciosa por el derecho (Indígena) a la ciudad: Comodatos mapuche en el A.M. de Santiago de Chile”. Geográfica Del Sur, 9, 27-43., p. 33. Citado de: Fontana M. y Caulkins M. (2016): Espacios Mapuche en el Área Metropolitana de Santiago Hoy: Paradojas sobre la propiedad y el territorio. Revista Planeo, 28, 1-12.

indígenas, se da particularmente en zonas de tierras indígenas, que en general serían rurales. A modo de ejemplo *“desde el año 1995 se han entregado subsidios para la compra de tierras a unas 4.600 familias de las cuales sólo 3 son de la Región Metropolitana. “A pesar de que se estima que en los 20 de años de la aplicación de la Ley Indígena, han postulado cerca de 10.000 indígenas de la Región Metropolitana, desde 1996 nadie ha ganado el concurso. Por mientras el gobierno ha seguido convocando a participar a la población indígena más populosa del país, a un concurso que en la práctica no existe”, señalan los Dirigentes Indígenas y la Asociación Nacional de funcionarios de la CONADI”*⁵.

Es aquí, en esta confusión de entenderes entre ordenamientos normativos y la necesidad de las personas indígenas de establecerse en sitios que les den mayores posibilidades de desarrollarse como miembros de nuestra comunidad globalizada, es que emerge el contrato de comodato indígena.

Por un lado, les da la oportunidad de permanecer y residir en tierras urbanas ancestrales no radicadas a las comunidades indígenas, y por el otro lado, le da la posibilidad al Estado de Chile de regular sus relaciones con las comunidades.

Pero, acaso lo anterior, ¿trae consigo el cumplimiento de sus compromisos de índole internacional para el Estado chileno?

a) Naturaleza Jurídica del Contrato de Comodato Indígena.

A través del examen de 8 contratos de comodato indígena, notamos que la estructura del contrato se configura de forma ad hoc por parte de organismos competentes⁶, suscritos tanto por el Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) o diferentes Municipalidades -los principales organismos públicos comodantes- con distintas comunidades indígenas -comodatarios- así, pudimos encontrar rasgos comunes entre estos, que nos dejarán desentrañar sus particularidades.

⁵ El Ciudadano. (2015). Denuncia fraude y engaño en el concurso de subsidio de adquisición de Tierras de CONADI en la Región Metropolitana. Recuperado de <https://www.elciudadano.com/politica/denuncia-fraude-y-engaño-en-el-concurso-de-subsidio-de-adquisición-de-tierras-de-conadi-en-la-region-metropolitana/05/05/> (visitado el 26 de Octubre 2022).

⁶ Caulkins, M. Op. Cit. 35.

No existe ley como tal que establezca las características del contrato de comodato indígena, aunque sea ampliamente utilizado, y dado que no existe normativa especial, se hace remisión a la normativa general, para nuestro caso, el contrato de comodato del Código Civil.

El contrato de comodato, dicho de forma sencilla, es un préstamo⁷. En este contrato, *una de las partes entrega una cosa a otra, confiriéndole el derecho de servirse de ella, con cargo de restitución*⁸.

Dado que lo que se entrega son tierras, estas no se destruyen ni se altera su sustancia con el uso, por lo que el préstamo adquiere el nombre de préstamo de uso o comodato. El prestamista conserva el dominio de la cosa y el prestatario es deudor de una especie o cuerpo cierto⁹. Todo lo anterior, a título gratuito.

Cumpliendo cabalmente con la naturaleza jurídica indicada, cada contrato de comodato estudiado comienza señalando, en su primer artículo, que el comodante es el dueño del predio en cuestión. Es más, suelen citar al artículo 2174 del Código Civil en aquellos contratos otorgados por Decretos Municipales.

b) Terrenos sujetos a Comodato Indígena.

Partiendo con una tradicional separación del terreno en urbano y rural, es interesante advertir que, en el caso urbano, estos contratos constituyen la ruta para llegar a una especie de acceso -o a lo menos, uso- colectivo a tierras urbanas para las comunidades indígenas¹⁰.

Por otro lado, también cabe tener en consideración que una parte relevante de los contratos de comodato indígena suscritos entre el Estado y las comunidades, no versan necesariamente sobre terrenos que han ocupado históricamente o sean considerados

⁷ Meza Barros, R. (1955) "Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones" Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 8.

⁸ Loc. Cit.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ Caulkins, M. Op. Cit. 34.

sagrados. Lo primordial es que cada contrato de comodato estudiado tiene como terrenos objeto del préstamo, terrenos de origen Fiscal, sean estos rurales o urbanos.

Es común notar que se deja constancia que los terrenos dados en comodato a poblados indígenas son para que cuenten con un espacio físico para realizar diversas actividades, tendientes a cumplir con objetivos de rescatar y fomentar su propia cultura¹¹.

c) Cláusulas tipo en Comodatos Indígenas.

En todos los contratos se señala una destinación más o menos específica al inmueble por los comodatarios, que resulta similar en todos los casos. La destinación con sus propias particularidades, se relacionan con la solicitud del contrato de comodato.

Lo más relevante de mencionar respecto de la destinación del inmueble, es que sólo se acepta un determinado uso, vinculado a la visibilización de la cultura indígena en el territorio adyacente, lo cual es positivo, por un lado, tanto para las comunidades como el entorno, pero, limitante; a modo de ejemplo: en el contrato de comodato indígena celebrado entre la Municipalidad de Temuco y la Comunidad Indígena Venancio Huenulao, se deja expresamente pactado que el inmueble entregado en comodato será destinado exclusivamente a la instalación de una Ruca con financiamiento obtenido de la empresa Gasco y si incumple dicha obligación, la Municipalidad puede poner término anticipado al contrato, administrativamente, sin necesidad de demanda, requerimiento o sentencia¹².

Lo anterior se estila en todos los contratos estudiados: se impone una obligación, una destinación al uso de las tierras, que, si no se sigue al pie de la letra, el contrato puede rescindirse de forma unilateral, sin tener que concurrir a tribunal alguno.

Es del todo legal y común estipular cláusulas resolutorias tipos en los contratos, pero, al estar situados en contratos con comunidades indígenas, es un tanto alarmante la nula flexibilidad que tienen las comunidades indígenas para desenvolverse en dichas tierras. Se podría explicar por la gratuidad del contrato en cuestión, pero, causa ruido, al tener en contexto la celebración de estos contratos.

¹¹ Decreto Municipal N°111, Municipalidad de Longaví, de fecha 21 de enero 2020.

¹² Decreto Municipal N°186, Municipalidad de Temuco, de fecha 22 de enero 2021.

Además, todos los contratos tienen una cláusula de prohibición de lucrar, eliminando la posibilidad a las comunidades indígenas de desarrollar actividades que generen fondos económicos, lo que también se explica en cuanto los terrenos se entregan a costo cero a las comunidades¹³, pero, aun así, se podría argumentar que, mientras no se deteriore la tierra dada en comodato, el uso que le den las comunidades podría dejárseles a su criterio, de forma libre y autodeterminada.

En la misma línea, otro ejemplo a la limitación en el uso de las tierras dadas en comodato es que las tierras solo se podrán usar para fines *culturales y de difusión, ferias, exposiciones, clases y talleres, excluyéndose totalmente actividades extraprogramáticas, como es el caso de convivencias, actividades que reúnan personas no pertenecientes al establecimiento (...)*¹⁴.

Por otro lado, otra cláusula tipo común en este tipo de contratos, es aquella en que las comunidades no tienen derecho a reembolso alguno ni a ningún tipo de indemnización, aunque hayan invertido en aquellas tierras, haciéndolas más valiosas¹⁵.

También resulta interesante advertir los plazos que tiene el préstamo de uso en todos estos casos, siendo disímiles entre sí, yendo desde los 4 hasta los 50 años, renovables.

Entonces, a modo general, los contratos de comodato examinados tienen una estructura similar, que no resulta especialmente compleja de comprender; aun así, en todos se agrega alguna obligación extra que deben ejecutar las comunidades, como levantar un cierre perimetral, dar cuenta de las actividades cada 3 meses de las actividades en el inmueble a la Municipalidad respectiva, obligación de realizar actividades con una institución educativa, entre otras.

¹³ Caulkins, M. Op. Cit. 35.

¹⁴ Decreto Municipal N°186, Municipalidad de Temuco, de fecha 22 de enero 2021.

¹⁵ Contrato de Comodato entre Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano y Centro Cultural Indígena de Santiago Conacin, Repertorio N°12-807, N° de Protocolización 2.161, de fecha 12 de marzo de 2015, Notaría N°42.

d) Rol del Estado en el Comodato Indígena.

Por lo indicado y estudiado, se puede notar que el Estado de Chile, principalmente y mediante el SERVIU y Municipalidades realizando y suscribiendo este tipo de contratos, tiene como objetivo preservar las diversas culturas existentes en nuestro territorio, dándoles a las comunidades un espacio físico donde puedan desarrollarse.

Con la simple lectura de los contratos en estudio, uno podría establecer que el rol del Estado está en concordancia con los compromisos internacionales y con la mantención y fomento de las diversas culturas, pero, también es bastante peculiar el trato que se les da a las comunidades, como, por ejemplo, cuando se les prohíbe que se reúnan con personas no pertenecientes a su establecimiento.

¿Es acaso, una forma de querer preservar en su forma más pura la cultura indígena?
¿O es la imposición de cláusulas desatentas a los tiempos actuales, en que lo usual es el sincretismo cultural?

CAPÍTULO II: DERECHO A LOS TERRITORIOS ANCESTRALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

II.I El derecho al territorio para la libre determinación.

El número de reivindicaciones indígenas es tan amplio como opresiva ha sido su relación con los Estados modernos a lo largo de la historia. La reivindicación por el territorio ha sido la demanda central de los pueblos originarios al Estado de Chile desde el inicio del proceso de expansión territorial hacia el norte y sur del país hacia el Pacífico en la segunda mitad del siglo XIX¹⁶. Esta demanda, constituye la base para el ejercicio de la libre determinación.

Es necesario, comprender a la libre determinación como el derecho a la autonomía, es decir, una especie de derecho territorial reconocido por el derecho internacional de los

¹⁶Pinto Rodríguez, J. (2000). “*De la inclusión a la exclusión: la formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*”, Instituto de Estudios Avanzados (USACH), Santiago, p. 231 y ss.

derechos humanos, como una forma de concreción legítima del derecho a la autodeterminación o autogobierno de los pueblos indígenas -excluyendo la secesión- y que implica el derecho de aquellos a conservar sus propias instituciones jurídicas en todos los ámbitos de la vida social que sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en el orden nacional e internacional¹⁷, acercándonos a una definición de libre determinación interna -a los que nos referiremos más adelante-.

El binomio territorio-libre determinación, constituyen la piedra angular en el disfrute de otros derechos relevantes (derecho a los recursos naturales, derecho al medio ambiente libre de contaminación, derecho a la cultura, derecho a la vida buena¹⁸) que se exigen a través del carácter originario de los pueblos que los reivindican, reconocido por diversos instrumentos internacionales -como veremos oportunamente-.

La demanda por el territorio se justifica a través de dos elementos. Por un lado, la natural necesidad de un espacio apto y definido para el desarrollo económico, social y cultural de cualquier pueblo. Es en este espacio, donde converge el pasado común, la cosmovisión y las relaciones sociales primordiales de los grupos humanos en general¹⁹.

Por otro lado, la particular cosmovisión de los pueblos indígenas, en la que la comprensión del espacio apto para el desarrollo, implica una vinculación mucho más estrecha con el entorno y en particular con la tierra. Ambos, son partes fundantes de la realidad de la que el mismo individuo se inserta. Por esta razón, no es extraño encontrarse con diferentes pueblos indígenas como el aymará o el mapuche que utilizan expresiones como “madre tierra” o “pachamama” para referirse a la naturaleza²⁰.

En materia indígena, es necesario distinguir el territorio del espacio o la tierra, entendiendo al primero como producto de la interacción constante del espacio con la cultura de determinado grupo, que permite afirmar y proyectar la identidad de la comunidad que se

¹⁷Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2010) Simposio “Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile”, Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, p. 59. En Gaete Uribe, L. (2012). *El Convenio 169: Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*. *Ius et Praxis*, 18(2), p. 30. En <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf> (visitado el 12 de octubre de 2020)

¹⁸Desde los propios pueblos originarios, se han ido elaborando conceptos como el de la “vida buena” (del aymará *suma qamaña*), o vivir bien y sano (el quechua *sumak kawsay*).

¹⁹Bello Maldonado, A. (2004) “Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones”, en Aylwin Oyarzún J. “Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno”, IEI, Temuco, Chile, p. 98.

²⁰González Parra, C. y Simon W., J., (2008) “Ciudadanía Multicultural y Pueblos Indígenas: exclusión e inclusión”, en Bello Maldonado, A y Aylwin Oyarzún, J. p. 305.

relaciona con este espacio en el ejercicio de la libre determinación. A su vez, este derecho implica disposición sobre los recursos naturales del territorio y sobre el paisaje mismo, entendido como reelaboración cultural de la naturaleza²¹.

Si queremos traducir esta relación con el entorno a nuestros propios términos jurídicos, deberíamos referirnos más bien a una propiedad colectiva que no funciona como ninguna otra institución reconocible, que contiene formas de tenencias que participan entre lo colectivo, lo individual y lo supracolectivo (religioso y político); e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. La tierra se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado, del mismo modo en que el territorio de un Estado pertenece a él o a los pueblos que lo constituyen y no puede ser enajenado²².

La consecución del pleno derecho al territorio implica necesariamente el primer paso para la consecución del derecho a la libre determinación, ya que lograr ejercer poder de los elementos que lo constituyen significa el control de sus recursos, junto a los procesos sociales, culturales y económicos de la comunidad sobre la base del consenso, y eventualmente, sin interferencia externa²³, relacionándose como un grupo autónomo con el Estado.

II.II Evolución histórica de la normativa internacional en materia indígena.

Una de las principales causas que influyeron de forma sustantiva en la configuración actual del marco jurídico específico para los pueblos indígenas, es la existencia de tratados internacionales de Derechos Humanos que ha suscrito el Estado de Chile, por lo que estas materias están íntimamente vinculadas.

Durante el Siglo XX los Derechos Humanos experimentaron variadas fases en su evolución: primeramente, sus esfuerzos se concentraron en la positivización del mismo

²¹Bello Maldonado, Op. Cit. 106.

²² Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2009) "*Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile, Una mirada desde el ordenamiento jurídico y chileno y la urgencia del Reconocimiento*". Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago. p. 32.

²³Berraondo López, M. "*Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos*", en Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2009). Op. Cit. p. 34.

como un modo de lograr un reconocimiento formal, a través de declaraciones de organismos internacionales; la segunda etapa significó un proceso de crecimiento, aunando los esfuerzos en lograr un reconocimiento más amplio respecto de la naturaleza de los derechos y los titulares de los mismos; mientras que la tercera etapa implica la especificación, que implica adecuar el catálogo de derechos humanos tanto al contexto específico, como a las asimetrías entre titulares y destinatarios²⁴.

Paralelamente, a partir del constitucionalismo Europeo de la posguerra se reconoce que, al permitir una soberanía estatal sin frenos adecuados por parte de entes externos (como la comunidad internacional) se corren riesgos de violaciones masivas a los derechos fundamentales de las personas, lo que finalmente se traduce en la internacionalización de los derechos humanos²⁵, que se traduce como un sistema que denunciaba los hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, lo que se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos junto con mecanismos de promoción y protección internacionales de estos derechos²⁶.

Teniendo esto claro, encontramos tratados internacionales de carácter general, cuya función es consagrar catálogos no taxativos de derechos fundamentales, y otros de carácter particular, que se refieren específicamente a asuntos más delimitados.

a) Carta Internacional de Derechos Humanos.

El primer gran hito sobre la protección normativa a los Derechos Humanos que se esbozó desde la comunidad internacional, lo constituye la Carta Internacional de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles" y Políticos y el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" -junto a sus protocolos facultativos correspondientes-, ambos del 16 de Diciembre de 1966²⁷.

²⁴Peces Barba, G. (1995). "*Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*" Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, España, pp. 126 y ss.

²⁵ Nash Rojas, C. (2006). "*La protección internacional de los derechos humanos*". pp 6 y ss. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142636>

²⁶ Nash Rojas, Op. Cit. p. 10.

²⁷ Nash Rojas, Op. Cit. p. 52.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no se configura como un tratado vinculante, sino como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”²⁸, identificándola como la base de los Pactos Internacionales de 1966. Esta declaración se dictó en función de promover garantías y libertades personales, no haciendo mención alguna a los derechos colectivos y mucho menos a los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de forma directa.

Igualmente, esta declaración ha sido referente ético en la formación de Tratados Internacionales que consagran derechos y garantías para cualquier colectivo vulnerable - como es el caso de los Pueblos Indígenas-, como por ejemplo el principio de igualdad (en su artículo 1º) o de no discriminación arbitraria (artículo 2º).

Respecto del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, estos fueron ratificados por Chile el año 1972 y 1975 respectivamente, y promulgados por nuestro país mediante decretos 778/1989 y 326/1976, siendo publicados los días 29 de Abril de 1989 y 27 de Mayo de 1989 respectivamente.

Ambos Tratados Internacionales vinculantes no se refieren directamente a los derechos de los Pueblos Indígenas, promoviendo garantías fundamentales en un sentido general. Ahora bien, el artículo 1º (que es común para ambos instrumentos), consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos, en virtud de la cual, “cada comunidad tiene derecho de establecer libremente su desarrollo económico, social y cultural, pudiendo depender libremente de sus riquezas y recursos naturales, no pudiendo ser privados de sus medios de subsistencia”²⁹.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 27º, reconoce y protege el derecho de las minorías étnicas (además de las religiosas y lingüísticas) a llevar a cabo su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

²⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Preámbulo.

²⁹ “Aylwin Oyarzún, J. (2004). “*Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*”. Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, Chile, p. 453.

Precisamente, a partir de la aplicación de ambos pactos, comenzaron a exponerse casos particulares sobre la discriminación que los pueblos indígenas en Latinoamérica (ejemplos de esto son su no reconocimiento por parte de los Estados, matanzas, etc), que visibilizaban de forma clara la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba este colectivo³⁰.

b) Convención Americana de Derechos Humanos.

También llamada *Pacto de San José de Costa Rica*, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978. En el caso de nuestro país, se publicó el decreto 873 que aprueba la Convención, con fecha 05 de enero de 1991. Es el tratado internacional más relevante en la protección y promoción de los derechos humanos a nivel regional.

Esta convención se inspira y a su vez viene a reafirmar los principios de la Carta de Derechos Humanos³¹. En esta, establecen los deberes de protección de los Estados y enumera a los derechos individuales protegidos, además de las reglas de interpretación y aplicación de la Convención y crea los órganos más relevantes en la protección y la promoción de los Derechos Humanos a nivel regional: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto a su organización, funciones y competencia.

- **Derechos protegidos**

Respecto de los derechos protegidos en general, un aspecto digno a destacar es que el catálogo de los derechos protegidos en la Convención es más extenso que cualquier otro instrumento internacional sobre protección de derechos humanos³². Destacamos este

³⁰ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. (2013) "*Los Pueblos Indígenas y el Derecho*". LOM Ediciones, p. 445.

³¹ Convención Americana de Derechos Humanos, preámbulo.

³² Faúndez Ledesma, H. (2004) "*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3° edición*". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, p. 69.

aspecto, ya que la Convención -a diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos- incluye en su artículo 21, el derecho a la propiedad privada³³.

Resulta interesante esta categorización de la propiedad a nivel regional, ya que se discute que este no tendría que ver de forma directa con la dignidad intrínseca de ser humano, con la cual todos nacemos, sino que se trataría del hecho de *tener y poseer* determinados bienes³⁴. Al respecto, hay que precisar que la Convención no se refiere a acceder a la propiedad como derecho intrínseco, sino que a no ser privado arbitrariamente del mismo, conectándose este artículo con muchos otros derechos protegidos en la Convención (igualdad, no discriminación, garantías judiciales, debido proceso).

Así lo señala el profesor Héctor Faúndez Ledesma³⁵:

*“(...) Es importante observar que, aunque el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también menciona este derecho, el mismo no logró sobrevivir el proceso de redacción de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ninguno de los cuales lo incluye entre los derechos protegidos. En cuanto a su naturaleza, no obstante su marcada condición económica, este derecho presenta rasgos que también permiten caracterizarlo como un derecho civil; en este sentido, resulta interesante observar que, **más que un derecho de acceso a la propiedad, lo que se enfatiza es el derecho a no ser privado arbitrariamente de la propiedad.**” (el destacado es nuestro)*

Esta categorización de la propiedad privada como Derecho Humano, está relacionada con lo consagrado en el art. 8 de la Convención, que es el derecho de toda persona a contar con las debidas garantías judiciales en la determinación de sus derechos u obligaciones en orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, *sin excluir la determinación de los derechos que le correspondan respecto de la propiedad de ciertos bienes determinados.*

³³ Artículo 21. “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

³⁴ Faúndez Ledesma, Op. Cit. p. 72 y ss

³⁵ Faúndez Ledesma, Op. Cit. p. 71.

- Los órganos de la Convención

Como parte de la construcción de una institucionalidad internacional en la protección de los Derechos Humanos por parte de los Estados, la Convención ha establecido dos organismos encargados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La competencia para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte en la Convención, se distribuye en estas dos instancias. A grandes rasgos, la función de ambos es velar por la correcta aplicación de la Convención en la esfera interna de los estados³⁶.

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo al artículo 41 de la Convención, esta tiene la “*función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*”. En este aspecto, parte del trabajo de la comisión, es recibir y tramitar las peticiones o comunicaciones que se le someten alegando la violación de algún derecho protegido por la Convención.

Pero uno de los aspectos más importantes de la Comisión dentro de sus labores en la promoción y protección de los Derechos Humanos, es la creación -en virtud del artículo 15 de su reglamento- de diferentes relatorías específicas para el mejor cumplimiento de sus funciones. Estas relatorías, actúan con mandatos específicos ligados al cumplimiento de sus funciones de protección y promoción de los derechos humanos, respecto de áreas específicas que resulten de especial interés para ese fin.

En el año 1990, la Comisión creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas -siendo la primera relatoría temática en crearse-, reconociendo así el evidente nivel de vulnerabilidad que sufren las comunidades indígenas. Esta relatoría sigue funcionando hasta el día de hoy.

Dentro de las principales funciones de la Relatoría, están: promover y facilitar a los pueblos indígenas el acceso al sistema interamericano; participar en el análisis de solicitudes de medidas cautelares y peticiones individuales que aleguen presuntas violaciones a los pueblos indígenas; apoyar la realización de visitas *in loco* ya sea para

³⁶ Faúndez Ledesma, Op. Cit. p. 141.

investigar una situación particular, o para participar en la preparación de un informe; y elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el hemisferio, que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas³⁷.

Actualmente, la Relatora Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el abogado guatemalteco maya-cachiquel José Francisco Calí Tzay.

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de la importancia de las labores de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es sin duda el órgano de mayor relevancia creado por la Convención.

En lo que concierne a la protección de los Derechos Humanos en el sistema regional, la Corte posee una competencia contenciosa -limitada a los Estados parte en la Convención que expresamente hayan conferido esta atribución- y una competencia consultiva -que se hace extensiva a todos los Estados miembros del sistema interamericano-.³⁸

La Corte ejerce competencia contenciosa para conocer de cualquier caso relativo a la aplicación o interpretación de las disposiciones de la Convención respecto de los Estados parte que -como se dijo- reconozcan su competencia. En este sentido, a través de un procedimiento judicial, podrá obligar a que las violaciones a los Derechos Humanos cesen; a que se repare el daño causado -más una indemnización en los casos donde corresponda-; y a tomar medidas provisionales en los casos graves y urgentes, cuando sea haga necesario evitar daños irreparables.

Además de su competencia contenciosa, la Corte también ejerce competencia consultiva, que tiene la particularidad de extenderse más allá de los asuntos relativos a la mera Convención. Ese papel se manifiesta, "*rationemateriae*", en la competencia que se

³⁷ Página web oficial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Mandato de Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>> (fecha: 31 de julio de 2020)

³⁸ Faúndez Ledesma, Op. Cit. p. 207.

reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *rationepersonae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado Miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención”³⁹.

- Reglas de Interpretación de la Convención

Considerando la vital importancia del rol exegético de la Comisión y la Corte respecto al Convenio y otros tratados internacionales para la evolución del sistema de protección de los Derechos Humanos relacionado a la temática indígena, es necesario detenerse en uno de los hitos normativos más relevantes del Derecho Internacional y del Convenio, que ha posibilitado esta evolución.

Es menester recordar que la interpretación en materia de Derecho Internacional es extensiva, no conformándose solamente en lo literal, sino que también se inmiscuye en la materialidad de un derecho que incide en la dignidad humana⁴⁰ y en el contexto en el cual se lleva a cabo, de acuerdo con el objetivo por el cual fue adoptado el tratado. En este sentido, las normas generales de interpretación de los tratados, codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, son claras en establecer que estos deben interpretarse de acuerdo con el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin.

Un primer elemento que debemos considerar es el que refiere al carácter objetivo de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de Derechos Humanos, es decir, que estas obligaciones deben evaluarse con exclusión del derecho interno de los Estados, creándose un orden jurídico superior al que los Estados deben ajustar su conducta⁴¹.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982) “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte. Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 19.

⁴⁰ Aguilar Carvallo, G. (2016). “*Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional*”. Boletín mexicano de derecho comparado, num. 146, pp. 24.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1982) “*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*”, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

El elemento más relevante, es la disposición propia de la Convención Americana que trata sobre las reglas de interpretación de la Convención: el artículo 29⁴². Esta disposición última, que no tiene equivalente en la Convención Europea de Derechos Humanos, valoriza una interpretación *pro homine*, que consiste en privilegiar siempre una interpretación favorable a los individuos⁴³ -contenido en su literal b)- y una interpretación evolutiva, que invita a la Corte a pensar los Derechos Humanos mucho más allá de los que expresamente formulan las normas del pacto⁴⁴ -contenido en su literal c)- que convida a mantenerse al día con las tendencias convergentes a escala internacional, manteniendo viva la universalidad de derechos⁴⁵. La consolidación de ambas reglas de interpretación en el Convenio, hicieron sencillo para la Corte privilegiar el método teleológico de interpretación⁴⁶.

Estas reglas, permiten comprender la preponderancia del proteccionismo y progresividad en la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que estos superan los límites propios de la interpretación clásica de la codificación del Siglo XIX influenciada por los parámetros del Derecho Común. En este sentido, es posible considerar que determinados cuerpos normativos en materia de Derechos Humanos, que no se refieran directamente a los Derechos Humanos, puedan ser interpretados de forma amplia y progresiva, para generar un nivel de protección mayor.

En materia indígena, mediante el empleo del principio de no discriminación -que tiene como corolario el principio de igualdad- se logra integrar los contextos jurídicos en el

⁴² Artículo 29. Normas de Interpretación: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

⁴³ Burgogue-Larsen, L. (2014). *“El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”*, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 12, N° 1, 2014, pp. 105-161. p 105.

⁴⁴ Bidart Campos, G. (1989) *“Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III”*, Edinar, Buenos Aires, p. 59.

⁴⁵ Burgogue-Larsen, L Op. Cit. p 131.

⁴⁶ Gros Espiell, H. (2004). *“Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos”*. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N°4, págs. 145-172. p. 171.

proceso exegético, demarcándose de las formas tradicionales de interpretación, logrando una interpretación culturalmente sensible⁴⁷.

Así mismo, como bien señala la profesora Laurence Burgogue-Larsen:

La Corte Interamericana ha aprovechado la presencia en la Convención Americana del principio de no discriminación (artículo 1.1) **para poner fin a las situaciones estructurales en las que los individuos y/o grupos han sufrido desde una perspectiva histórica, sociológica, económica, o incluso política, una conducta “discriminatoria”**. Así, podemos considerar que se ha construido un verdadero “derecho indígena” sobre la base del principio de no discriminación.”⁴⁸ (el destacado es nuestro)

Respecto a este punto, es la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se pronunció de forma clara:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. *Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.* El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y

⁴⁷ Nash Rojas, C. (2014). “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”. En: Bazán, V. y Nash Rojas, C. “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico”. Colombia, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, p.64.

⁴⁸ Burgogue-Larsen, L Op. Cit. p 129

el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”⁴⁹

Emblemático para nuestro trabajo, es la sentencia de la Corte del 31 agosto de 2001 en caso “Comunidad Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua”, que reflexiona que el derecho de propiedad privada reconocido en la Convención también considera las particularidades del derecho de propiedad indígena y su cosmovisión, englobando así a la propiedad comunitaria en el contexto indígena.

Respecto a esto, la Corte declaró que:

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁵⁰

En este sentido, es gracias a un catálogo robusto de derechos, que junto a una normativa expresa que permite un permanente dinamismo en el reconocimiento de los Derechos Humanos en la Convención, se ha logrado configurar un promoción y protección de la propiedad indígena a través de la vía jurisprudencial.

La creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos -creado a través de la Convención- significó un enorme aporte para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, aunque en primera instancia refieran a garantías generales para todo ser humano, logrando hacerlas extensivas a los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁹Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005. Serie C No.51.

⁵⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

c) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este instrumento, es producto de la deliberación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo adoptada el 13 de septiembre del 2007 -con el voto a favor de Chile-. Trata específicamente sobre la protección y promoción de los Derechos Indígenas.

Este instrumento establece un marco bastante claro respecto de los estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas de todo el mundo, con un marcado acento en la concepción colectiva de los derechos de los pueblos. Si bien -como ya se ha dicho- las declaraciones no tienen fuerza vinculante, estas generan un principio inspirador y orientador, tanto en la adopción de políticas públicas, como en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos respecto a los pueblos indígenas, como ocurre en este caso⁵¹.

La declaración es el primer instrumento internacional en materia indígena, que incorpora de forma explícita las palabras *libre determinación*⁵² en sus artículos 3 y 4, reconociendo el derecho expreso de los pueblos para organizarse política, cultural y económicamente como a ellos les parezca, además de reconocer el derecho al autogobierno en las cuestiones relacionadas a con sus asuntos internos.

Interesantes resultan los artículos 25 a 32 de la Declaración, los cuales consagran los derechos a las tierras, territorios y recursos.

El artículo 25, entrega dos elementos importantes en la configuración de la propiedad indígena. Primero, su relación espiritual con estas y luego, la responsabilidad para con las futuras generaciones. Esto, implica un evidente distanciamiento respecto del derecho de propiedad inserto en el derecho privado, el cual entrega las facultades al titular el derecho

⁵¹ Hervé, D. y Pérez, S. (2012). "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales". En: "El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación", Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Dirección de Extensión y Publicaciones, p.32

⁵²Seelau, L. y Seelau, R. (2012). "Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile". En Contesse, J., "El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación" Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 245.

para usar, gozar y disponer de su completo arbitrio, no existiendo otra relación más allá que la del dueño y la cosa⁵³.

Los artículos 26 y 27, consagran el derecho de los pueblos indígenas a conservar su derecho de propiedad sobre sus tierras y recursos, obligando a los Estados a proteger dichas tierras y recursos, reconociendo las leyes y tradiciones de estos pueblos y generar una institucionalidad que las reconozca.

El artículo 28 establece el derecho histórico de los pueblos indígenas para recuperar o ser compensados cuando sus tierras y recursos hayan sido sustraídos, ocupados, usados o dañados de manera injusta sin su consentimiento.

Finalmente, el artículo 32 consagra el derecho de los pueblos indígenas para decidir la manera en que quieran desarrollar sus tierras y recursos. En este sentido, cuando el Estado tome decisiones que puedan afectar los derechos de los pueblos sobre sus tierras y territorios, siempre deberá obtenerse el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

A través de estos elementos-en principio- orientativos o inspiradores, se puede llegar a generar una consecuencia jurídica mayor, decantando incluso en la adopción o creación de otros instrumentos jurídicos vinculantes⁵⁴. Por esto, no es de extrañar que, al año siguiente, Chile se decidiera a promulgar y publicar el decreto que introduce en nuestro derecho interno el Convenio n°169 de la OIT.

⁵³Seelau, L. y Seelau, R. Op. Cit. p. 34.

⁵⁴ Zalaquett Daher, J. (2008) "*La declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas*", Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.142.

CAPÍTULO III: EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

III.I Generalidades.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), aprobó en el año 1989, el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual fue ratificado el 15 de septiembre de 2008 por nuestro país, luego de 18 años de tramitación⁵⁵.

La OIT, fue creada en 1919, compuesta de una estructura tripartita que incluye: los Estados soberanos (sujetos de derecho internacional por excelencia), empleadores y representantes de trabajadores, otorgándole a estos dos últimos, un estatus igual de sujetos plenos del derecho internacional⁵⁶. Es parte de la ONU desde 1946 y no tiene mandato específico sobre los pueblos indígenas. A pesar de esto, hay motivos históricos por lo cual la OIT decide aportar respecto de los derechos de los pueblos indígenas⁵⁷.

Desde el año 1921, la Organización Internacional del Trabajo se interesó en la situación de los pueblos indígenas, efectuando de manera regular, estudios especializados en las condiciones de estos. A lo largo de la historia, el planteamiento de esta Organización respecto de las comunidades indígenas pasó desde considerarlos como grupos de individuos trabajadores requirentes de atención económica y social, hacia un grupo cultural vulnerable con un catálogo de derechos insertos en todos los ámbitos de la vida social.

Este continuo interés de la OIT se plasmó en el Convenio n°107, un documento vinculante fue el año 1957, el cual promovía la protección de las poblaciones indígenas, tribales y semi-tribales en países independientes, pero con el objetivo de integrar a la población al Estado moderno, un propósito propio de una época donde se pensaba que las

⁵⁵ Gaete, L. (2012) "*El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*". Revista Ius et Praxis, año 18, N°2, pp. 78.

⁵⁶ Gaete, L. Op. Cit. pp. 79.

⁵⁷ Loc. Cit.

formas de vida indígenas eran atrasadas y transitorias, que debían desaparecer en favor del Estado occidental moderno⁵⁸.

Es en este convenio que se ocupa por primera vez el concepto de población indígena como colectividad en el Derecho Internacional, reconociendo el derecho colectivo a la tierra, a la educación en lengua materna, además de las costumbres y formas con que tradicionalmente resuelven sus conflictos. Respecto este último punto, el artículo 7.2 del Convenio condicionaba las costumbres e instituciones de las comunidades en favor del Estado moderno, en cuanto se reconocerían estas en la medida que no fueran incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

Esta mirada política paternalista, en el marco de un ideal proteccionista, trae consigo la perspectiva de la desaparición progresiva de la población indígena al transformar a sus integrantes en ciudadanos (artículos 1, 2.1 y 4.c). Lo anterior, si bien pretendía el poner a los comuneros indígenas en *igualdad frente a los miembros en sociedad*, a la larga logra extinguir las formas de vida distintas de las de la sociedad dominante⁵⁹.

Las crecientes críticas de las comunidades indígenas alrededor del mundo (en la elaboración del Convenio 107, los pueblos originarios no tuvieron representación) y de organizaciones expertas en la materia, provocaron que el Convenio N°107 fue puesto en revisión en el año 1986 por un panel de expertos y con la participación de representantes de pueblos indígenas, pero estos últimos sin derecho a voto. Gracias a estos movimientos y a las conclusiones de la comisión revisora, se culminó en la redacción del Convenio N°169 en el año 1989, que entra en vigor el año 1991, en el cual se encuentra el reconocimiento del pueblo indígena como sujeto de derecho y de derechos colectivos en mayor medida que el reconocimiento de derechos individuales. Con la adopción del Convenio N°169, el Convenio N°107 dejó de estar abierto a ratificación⁶⁰.

El Convenio N°169 es definido como aquel instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más completo, cuya influencia va más allá del

⁵⁸ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p.312.

⁵⁹ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p 80.

⁶⁰ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p. 82.

número de países que actualmente lo han ratificado⁶¹. Si bien, la entrada en vigor del Convenio -recién el 15 de septiembre del 2008- es uno de los acontecimientos más relevantes en el progreso de la institucionalidad indígena en Chile⁶², no se encuentra exento de críticas, al considerarlo como un “*documento de consenso*” que a veces condiciona, mediante cláusulas limitantes, disposiciones que reconocen los derechos de las comunidades indígenas⁶³.

III.II Ratificación y vigor.

De acuerdo al Artículo 37 del Convenio 169, el Estado de Chile depositó el instrumento de ratificación del Convenio con fecha 15 de Septiembre de 2008, entrando en vigor un año después. El Convenio, fue promulgado por decreto n°236 del 02 de octubre del 2008 y publicado en el Diario oficial, el 14 de octubre del mismo año.

III.III Principales aspectos de Interés.

a) Tratamiento de los pueblos indígenas y la persona indígena⁶⁴.

En primer lugar, cabe decir que el ámbito de aplicación del Convenio se remite a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y que

⁶¹ Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual, 2003.
En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100764.pdf (visitado el 25/08/2022)

⁶² Maturana Castillo, A. y Rogers Bozzolo, S. (2013) “*Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT. Justicia Ambiental*”. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA. Número 5, diciembre 2013. pp. 85.

⁶³ Leary, V. (1999) “*La utilización del Convenio N° 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*”, San José, IIDH, p. 14.

⁶⁴ Art. 1: 1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Es el caso de los pueblos originarios de Chile. El convenio señala que se aplica a quienes descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.⁶⁵

En este sentido, una de las innovaciones más interesantes que tuvo la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, fue el reconocimiento de un sujeto colectivo -los pueblos indígenas- como sujeto de derechos reconocidos en el Convenio, modificando la perspectiva de los clásicos derechos individuales. La utilidad del establecimiento de estos derechos como colectivos, se basa en la dificultad que importa para este tipo de colectivos promover sus intereses y su cultura -entendiéndola como la base identitaria de los grupos sociales- por vías institucionales o a través de la hegemonía cultural a través del solo ejercicio de los derechos individuales y sociales básicos de sus miembros⁶⁶. Es entonces, el establecimiento de derechos colectivos, el único sustrato que permitiría en principio, asegurar la supervivencia óptima de estos grupos.

En este sentido, el mismo preámbulo del Convenio hace notar el hecho de que *“en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”*, y más tarde justificando la existencia de este nuevo Convenio *“reconociendo las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”*⁶⁷

Teniendo zanjado este punto, trataremos de llenar la definición del concepto de pueblos indígenas, reconociendo la dificultad en la delimitación inequívoca del concepto, reconociendo la inmensa diversidad de pueblos indígenas con culturas diferentes, lo que

⁶⁵ Guía Legal sobre Convenio 169 de la OIT. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>

⁶⁶Carbonell Sánchez, M. (2001) *“Minorías Etno-Culturales y Derechos Colectivos: premisas conceptuales”*, en Valdés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (coords.), *“Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Vol. III”* En Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p. 333.

⁶⁷Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p. 334.

se traduce en orgánicas humanas y territoriales, religiones y costumbres heterogéneas a lo largo del mundo.

Una definición demasiado estricta de este concepto corre el riesgo de excluir a pueblos y personas que normalmente entenderíamos como indígena. Este factor se tuvo en cuenta en el momento de la redacción, por lo que en vez de definir exhaustivamente qué son los pueblos indígenas, opta por entregarnos un concepto funcional de pueblos indígenas, describiendo ciertas características socioculturales y particularidades históricas de estos. Esta definición considera ciertos elementos objetivos tales como (1) la existencia de estilos de vida tradicionales, diferenciados de otros sectores de la sociedad; (2) la conservación al menos parcial de instituciones sociales, culturales, económicas y políticas propias y (3) la continuidad histórica, en cuanto estos pueblos deben descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización, o en el establecimiento de las actuales fronteras estatales⁶⁸.

Por otro lado, el elemento subjetivo y copulativo de autoidentificación -refiere a si un pueblo determinado se identifica como indígena o una persona como miembro de éste- implica una importante innovación en el Convenio. Por una parte, evita una imposición un estatus jurídico a personas que no lo sienten como propio y por otra, se aseguró de no convertirse en un potencial mecanismo de discriminación en el progresivo reconocimiento de grupos indígenas de los Estados que adhieren al Convenio.

Teniendo clara la definición del sujeto colectivo, definir a la persona indígena no supondría una complicación. El entonces Relator Especial José Martínez Cobo, en su informe respecto de la discriminación contra los pueblos indígenas, definió al individuo indígena como toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas reuniendo dos requisitos. El primero es el de la autoidentificación con el grupo (conciencia de grupo) y el segundo es el reconocimiento del grupo al individuo como uno de sus miembros (aceptación por el grupo)⁶⁹.

⁶⁸ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p. 337.

⁶⁹ Martínez Cobo, J. (1987) *“Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Vol. V Conclusiones, propuestas y recomendaciones”* Nueva York, Naciones Unidas, p. 30.

b) Libre determinación de los pueblos⁷⁰.

Si bien el Convenio no se refiere textualmente a la "libre determinación"- este concepto es de especial controversia, así que se omitió para evitar que se interpretara como sinónimo de "independencia", como se hizo anteriormente con los PIDCP y los PIDESC-, el contenido de este derecho está impregnado en todo el Convenio. De hecho, en el manual de uso del Convenio publicado por la OIT, se reconoce el objetivo de "fijar las condiciones necesarias para el autogobierno, y a tal efecto, ofrecer medios para que los pueblos mencionados puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios (...) así como un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural"⁷¹.

El Convenio reconoce en su preámbulo las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, lo que finalmente se transforma en un derecho concreto en el artículo 7, "reconociendo el derecho de decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural". Se concretiza una nueva política que busca romper con la asimilación por parte del Estado moderno. Este objetivo no sólo se revela en el artículo 7, sino que también respecto de los mecanismos de consulta (arts. 6, 15, 17, 22, 27 y 28), participación (arts. 1, 2, 7, 15, 22, 23 y 27), control indígena (7 y 25), responsabilidad indígena (22, 25 y 27) y

⁷⁰Artículo 7: 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

⁷¹Organización Internacional del Trabajo (OIT), "Convenio n°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual", p. 16. En: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf (visitado el 12 de octubre de 2020).

cooperación (5, 7, 20, 22, 25, 27 y 33), con el fin de asegurar que los pueblos interesados tengan incidencia en las políticas y programas que los afecten a corto o largo plazo⁷².

El concepto de libre determinación ha significado un punto de especial controversia en la construcción de instrumentos internacionales de protección indígena, en cuanto muchas veces se asimila al de independencia, a que levantan el espectro del debilitamiento de la soberanía estatal, o al fraccionamiento de esta. Sobre la base de las dudas de la comunidad internacional respecto de un significado unívoco del reconocimiento de la libre determinación indígena y el texto del Convenio, emergió una nueva interpretación del concepto de libre determinación aplicada al contexto indígena, según esta, la libre determinación puede manifestarse de forma externa o interna⁷³.

La libre determinación externa, es aquella reconocida en el PIDCP y el PIDESC, donde el ejercicio del derecho tendría como consecuencia la independencia y formación de un nuevo Estado. Por otro lado, la libre determinación interna implica un ejercicio del mismo derecho, pero prescindiendo de la formación de un nuevo Estado, ya que su ejercicio se da en la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente sus futuros dentro de los Estados en que viven. Esta última, implica que la libre determinación interna es una especial o diferenciada, en cuanto es más limitada que la primera⁷⁴.

Como ya mencionamos al principio de la investigación, nuestra postura es favorable a la libre determinación interna, puesto que la formación de un nuevo Estado requiere necesariamente de un reconocimiento suficiente tanto a nivel local como a nivel internacional, lo que está fuera de las competencias del Convenio y del derecho internacional respecto de la libre determinación de los pueblos.

⁷² Seelau, L. y Seelau, R. Op. Cit., p. 254.

⁷³ Seelau, L. y Seelau, R. Op. Cit., p. 249.

⁷⁴ Seelau, L. y Seelau, R. Op. Cit., p. 250.

c) Derecho a la tierra y territorio.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, en materia indígena el territorio tiene un significado sagrado e integral, yendo más allá de lo netamente productivo. El derecho al territorio es parte fundamental en la construcción de la libre determinación de los pueblos, en cuanto la realización del primero implica el disfrute de derechos relevantes en la libre determinación (derecho a los recursos naturales, derecho al medio ambiente, derecho a la cultura, derecho a la vida buena, etc), lo que además asegura su existencia frente a los Estados modernos.

Como ya se comentó en el apartado del tratamiento de los pueblos indígenas y la persona indígena, el derecho al territorio es un derecho colectivo. Cuando estas tierras de tenencia común se dividen, el ejercicio individual de los derechos de propiedad debilita a la comunidad toda, privándole de territorio y recursos, dificultando su existencia.

En este sentido, el Convenio establece en su artículo 13.1, que los Estados deben respetar la especial importancia que para los pueblos indígenas tienen la tierra y el territorio, entendidos como *“la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera”*, incluyendo montañas, mares costeros, ríos, bosques, etc. El Convenio se refiere al concepto de “tierra” en su sentido amplio, desechando la concepción clásica una porción de determinado espacio-, asemejándose al concepto de territorio que dimos al principio del capítulo 1.

Además, el Convenio agrega en su capítulo 14.1 que debe reconocerse el derecho de propiedad y posesión que les corresponde a los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y debe garantizarse la posibilidad de utilizar las tierras a las que históricamente han tenido acceso, aunque no estén exclusivamente ocupadas por estos. En este sentido, el reconocimiento práctico del derecho de los pueblos indígenas a determinado territorio se basa en el uso y ocupación tradicional, y no en un reconocimiento a través de un registro legal y oficial de la propiedad, con el objetivo de garantizar la continuidad de un modo de vida fundado en una particular relación con la tierra.⁷⁵

⁷⁵ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p.350

En su artículo 14.2, el Convenio establece el deber de los Estados de establecer procedimientos para la adecuada demarcación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión. Un procedimiento para la demarcación de tierras hace necesario la implementación de un mecanismo adecuado para la reclamación de tierras -deber incorporado en el artículo 14.3-. Ahora bien, la OIT ha recomendado que se deben tomar medidas provisionales para el resguardo de los derechos territoriales mientras la reclamación está pendiente⁷⁶. El principal objetivo de estos recursos es asegurar la participación de los pueblos indígenas y evitar incidentes violentos.⁷⁷

Por otra parte, el artículo 17.3 del convenio establece la obligación de *“impedir que personas extrañas a estos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de estos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, posesión, o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”*. En un sentido similar, el artículo 18 ordena que la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión o uso no autorizado en las tierras de los pueblos interesados, por parte de personas ajenas a ellos.

d) Tratamiento de los recursos naturales.

Desde la cosmovisión indígena, los recursos naturales son parte integrante del territorio, y la relación con estos debe darse a través de la consecución del equilibrio.

La norma central respecto de los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus territorios está contenida en el artículo 15.1, que establece que estos deberán protegerse especialmente. Además, traduce este derecho como *“a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”*. Aun así, debemos tener en cuenta que la especificidad de este derecho se interpreta de acuerdo con el marco de cada ordenamiento jurídico interno⁷⁸, como veremos a continuación.

⁷⁶ Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p.354.

⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *“Guía para la aplicación del Convenio número 169 de la OIT”* p. 96.

⁷⁸ Montt Oyarzún, S. y Matta Aylwin, M., (2011). *“Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile”*. En Estudios Públicos 121, p. 200

El artículo 15.2, admite los casos en que los recursos minerales, de los subsuelos o de otro tipo pertenezcan al Estado. No obstante, este artículo también reconoce el derecho de los pueblos a ser consultados, participar en los beneficios resultantes de la explotación de los recursos y a percibir una indemnización por los daños que puedan ocurrir en la explotación.

A partir de una lectura general del artículo 15, podemos interpretar que este pretende avanzar hacia la realización de la autonomía de los pueblos indígenas, lo que implica el control de estos sobre sus medios de vida, en plena sintonía con el artículo 7.1 del mismo Convenio, funcionando la autodeterminación de las formas de desarrollo, como mecanismo de preservación cultural⁷⁹. Esto, a partir de la protección especial a los recursos naturales en territorio indígena, y del reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en el caso de los recursos estatales.

e) Derecho a la consulta previa.

El derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que los afecten, consagrado en el artículo 6 del Convenio en cuestión, se configura como una herramienta sumamente relevante en la construcción de la libre determinación de los pueblos indígenas, en cuanto los mecanismos de participación previstos en el Convenio, aseguran la igualdad de los integrantes de los pueblos indígenas frente a cualquier otro ciudadano en el ámbito nacional y además, garantiza la creación de espacios y oportunidades para que los pueblos indígenas puedan determinar libre y autónomamente sus prioridades y ejercer control sobre su propio desarrollo. En este trabajo, nos limitaremos a caracterizar la Consulta Previa, referido por la CEACR, como la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo el principal desafío en la aplicación de este en diferentes países⁸⁰.

⁷⁹Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida, N. Op. Cit., p.357

⁸⁰Observación General (CEACR) - Adopción: 2008, Publicación: 98ª reunión CIT (2009)https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3066698,,2008 (consultado el 2/11/2020)

III.IV Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) Fuerza vinculante de la Jurisprudencia de la Corte y el control de convencionalidad.

Antes que todo, el valor de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es tanto general como vinculante para los Estados que adhieren a la Convención Americana de Derechos Humanos, permeando en sus sistemas jurídicos como fuente del derecho. Sin embargo, cabe señalar que no todos los Estados parte tienen las mismas condiciones materiales y jurídicas en sus sistemas nacionales para ejecutar lo fallado de la misma manera. En este sentido, se hace necesario que el sistema interamericano y el sistema interno tengan un estándar importante de coherencia, en cuanto la piedra angular para la ejecución de las sentencias de la Corte es el propio derecho interno.

En el caso chileno, la Constitución Política de la República establece en el artículo 5° inciso 2° -que se dedica a ampliar el universo normativo de protección y promoción de los derechos fundamentales-, el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos establecidos en tratados internacionales ratificados y a su vez, en su artículo 6° inciso 2°, la obligación general para todas las personas del territorio, de respetar y ejecutar las normas creadas o incorporadas por la Carta Magna (supremacía constitucional).

Las reglas del derecho internacional incorporadas al sistema interno pasan a integrar de forma plena el sistema jurídico nacional, sin pasar por alto el principio de supremacía Constitucional, en cuanto esta misma se ha remitido a las normas internacionales que le son indisponibles. Este instrumento, es el llamado *bloque de constitucionalidad* -que, dado que excede el alcance de este trabajo, no será tratado⁸¹. En este sentido, los tratados internacionales de Derechos Humanos a los que adhirió nuestro país tienen pleno efecto a nivel interno, en virtud de la obligación de garantía de los Estados, para asegurar el ejercicio real y efectivo, por parte de los individuos, de los derechos establecidos en la Convención.

⁸¹ En caso de interés, se recomienda Nash Rojas, C. (2012). “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Así, cuando un tribunal nacional dotado de jurisdicción resuelve un asunto de relevancia jurídica que guarda relación con un precepto de un tratado internacional vigente en nuestro país, por mandato constitucional, el mismo debe ser tanto aplicado como interpretado conforme a las reglas del derecho internacional.

Al respecto, la Corte en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, ha señalado que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, sus jueces también están obligados a velar por el cumplimiento las disposiciones de la Convención, en cuanto forman parte del aparato de un Estado-parte. En síntesis, el Poder Judicial debe llevar a cabo el *control de convencionalidad* entre normas jurídicas internas y la Convención, considerando tanto el tratado, como la interpretación de las disposiciones de la Convención, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸². Esto es relevante, en cuanto se generan principios y estándares de interpretación normativa que aplican a todos los Estados parte.

El control de convencionalidad corresponde a *“la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia de las normas y prácticas nacionales (...) El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH⁸³”*.

Nuestra Constitución Política de la República, respecto de sus artículos 5° inciso 2° y 6°, está en concordancia con lo prescrito por la Convención en sus artículos 1.1, 2 y 29 letra d) (que amplía la obligación incluso para derechos y libertades contenidas en otros tratados internacionales de Derechos Humanos), en cuanto consagra la obligación para los Estados de respetar y promover los derechos señalados en la Convención. En este sentido, cabe destacar lo señalado por el artículo 2° de la Convención, donde se señala que se

⁸² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.123.

⁸³ Nash Rojas, C. (2012). Op. Cit., p. 55.

entenderán incorporados los derechos y libertades reconocidos en la Convención, que a la vez no se encuentren contempladas en el derecho interno. De ahí, concluimos que la obligación de garantía -relacionada al contenido normativo-sustantivo de la Convención y a la jurisprudencia de la Corte- no sólo emana de la Convención misma, sino que también de la Constitución Política de la República, que la hace parte del derecho interno y se aplica -o debiera aplicarse- como tal.

Es relevante mencionar que las sentencias de la Corte no sólo tienen efectos vinculantes solamente como una directriz aplicada *ex-ante* al caso concreto o a un cuerpo legislativo interno, sino que también la jurisprudencia de la Corte (que, pareciera ser más beneficioso para los afectados) tiene efectos vinculantes que obligan a modificar la legislación o incluso las propias decisiones de jueces locales (lo que en el caso de las sentencias nacionales, no aplica el control de convencionalidad, sino que simplemente se cumple -por parte de la Corte Suprema- una sentencia internacional)⁸⁴.

En el caso chileno, el efecto vinculante de las sentencias de la Corte ha logrado auténticas transformaciones en nuestro sistema, tanto de origen sustancial como adjetivo. En este sentido, el caso “La Última Tentación de Cristo” (“*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*”)⁸⁵, el país tuvo que corregir su propia Constitución Política el año 2001 (prohibiendo la censura cinematográfica y consagrando el derecho a la libre creación artística).

En la experiencia nacional, existen un número de casos en los que el Estado ha cumplido las sentencias de la Corte, como lo son los casos “Palamara Iribarne vs Chile⁸⁶”, “Almonacid Arellano vs. Chile⁸⁷”, “Claude Reyes y Otros vs. Chile⁸⁸”, o más reciente y relevante para este trabajo, por los sujetos afectados, el caso “Norín Catrimán vs. Chile⁸⁹”.

⁸⁴ Hitters, J., (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°10, México D.F, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 150.

⁸⁵ Ver más en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263&lang=es (fecha de acceso 26/09/2022).

⁸⁶ Ver más en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=313 (visitado el 26/09/2022).

⁸⁷ Ver más en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=335 (visitado el 26/09/2022).

⁸⁸ Ver más en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=332 (visitado el 26/09/2022).

⁸⁹ Ver más en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nld_Ficha=403 (visitado el 26/09/2022).

b) Pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Derecho de Propiedad Indígena.

Si bien el Estado chileno nunca ha estado involucrado en un conflicto de este tipo en una instancia internacional, en territorio americano han existido un número importante de casos donde las comunidades indígenas han recurrido a la Corte contra actuaciones de diversos Estados para poder ejercer sus derechos de propiedad ancestral, reconocidos en el derecho internacional, que se intensificó con la aprobación del Convenio 169 de la OIT.

- Comunidad Mawagna Awas Tingni vs. Nicaragua (Sentencia 31 de agosto de 2001).⁹⁰

En este caso, la Corte IDH marca un hito histórico en su jurisprudencia relacionada al derecho al territorio y su vinculación con el desarrollo social y cultural de la comunidad.

La Corte lleva a cabo una interpretación extensiva conforme al artículo 29 de la Convención (tratada anteriormente) respecto del concepto de propiedad comunal indígena -piedra angular del dispositivo jurídico que propicia el reconocimiento de la naturaleza especial de la propiedad indígena-. En este caso, la Corte IDH interpreta de manera amplia el artículo 21 -el cual consagra la propiedad privada- de la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera tal que este integra, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal⁹¹.

⁹⁰ Los hechos del presente caso están referidos a la Comunidad indígena Awas Tingni, conformada por más de 600 personas. En marzo de 1992, con ocasión de un proyecto de extracción forestal, la Comunidad Awas Tingni celebró un contrato con la empresa MADENSA con la finalidad de determinar el manejo integral del bosque, reconociéndose así ciertos derechos de participación sobre el territorio ocupado por la Comunidad en virtud de su "posesión histórica". Dos años después, la Comunidad, MADENSA y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua (MARENA) celebraron un convenio mediante el cual el Ministerio se comprometió a facilitar la definición de las tierras comunales de la Comunidad.

En marzo de 1996 el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa SOLCARSA, sin que la Comunidad hubiese sido consultada al respecto. La Comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones fue atendidas. Asimismo, presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco produjeron resultados positivos. (link ficha técnica Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=240&lang=es visitado el 05/10/2022)

⁹¹ Si bien esta interpretación extensiva en favor de derechos de pueblos indígenas es inédita en nuestro sistema interamericano, ya en el 1990, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso "Ominayak y el Grupo del Lago Lubicon contra Canadá" se pronunció respecto de la vulneración al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde lo interpretó por primera vez de manera amplia, reconociendo que dicho artículo comprendería que las actividades tradicionales y económicas también forman parte de la cultura indígena, por

Al respecto, la Corte considera las especiales condiciones culturales de los pueblos indígenas en el caso del título de propiedad sobre la tierra. Se señala que *“el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, **la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro** (el destacado es nuestro)⁹²*. Este razonamiento se repite en una cantidad importante de sentencias de la Corte, como lo son *“Comunidad Moiwana vs. Surinam”*, *“Yaskye Axa vs Paraguay”*, *“Sawhoyamaya vs. Paraguay”* entre otros. Al respecto, cabe señalar que la Corte reproduce dicha interpretación complementándola con el artículo 14 del Convenio 169.

Dentro de estos derechos derivados de la propiedad comunal, destacan el derecho a la delimitación de tierras, lo que entrega un criterio de certeza jurídica importante, siendo esto sumamente valioso como antecedente para el reconocimiento legal de la propiedad. En el caso en concreto, la Corte reconoce que la comunidad tiene derecho a que el Estado 1) delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2) se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad⁹³.

Sin embargo, la Corte señala en su apartado 143 de la sentencia, que la naturaleza de la propiedad comunal indígena sobre su territorio tiene las mismas restricciones a las que se enfrenta la propiedad privada en el derecho común, es decir, los intereses de la sociedad -como reza el artículo 21.2 ya referido-. Lo que, en este caso, como se señaló en el punto 2 de la parte resolutive de la sentencia, se traduce en la abstención de llevar a cabo la concesión hasta después de la delimitación, en vez de simplemente prohibir la concesión

lo que la interferencia en dichas actividades constituye un detrimento para la identidad cultural y supervivencia de la comunidad.

⁹² Cuadernillo CIDH p. 59.

⁹³ Cuadernillo CIDH, página 79.

incluso después de la delimitación, en cuanto – y siendo majadero – la naturaleza de la propiedad indígena no excluye las restricciones en pos de intereses sociales⁹⁴.

En síntesis, si bien el fallo no prohibió las concesiones de exploración o explotación de recursos naturales sobre territorio indígena, estableció un estándar de protección relevante tomando en cuenta la cosmovisión propia de los pueblos indígenas a través de la interpretación progresiva del artículo 29 de la Convención al obligar al Estado de Nicaragua, a entregar y delimitar el territorio de la comunidad.

- Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (Sentencia 17 de junio de 2005).⁹⁵

En este caso -al igual que en el anterior- en virtud del artículo 29, la Corte realiza una interpretación extensiva del artículo 21 de la Convención Americana, pero avanza en el desarrollo del reconocimiento y protección legal de la propiedad indígena, en cuanto refiere su razonamiento al Convenio 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”*⁹⁶.

Una de las particularidades de la jurisprudencia de la Corte en este caso, es el desarrollo del tópico territorio y recursos naturales (ya comentados anteriormente) a partir de la lectura

⁹⁴ Al respecto, ver el párrafo 127 de la sentencia de fondo *Sawhoyamaya vs. Paraguay* del año 2006, la Corte señala que dicha restricción sólo puede hacerse efectiva cuando “1) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean proporcionales; c) sean necesarias; y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”

⁹⁵ Los hechos del presente caso se relacionan con la Comunidad indígena Yakye Axa, conformada por más de 300 personas. A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas de la zona. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias.

A principios del año 1986 los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas. No obstante, ello no trajo consigo una mejoría en las condiciones de vida de los miembros de la Comunidad. Es así como en 1993 los miembros de la Comunidad decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional. Se interpusieron una serie de recursos, lo cuales no generaron resultados positivos. Desde el año 1996 parte de la Comunidad Yakye Axa está asentada al costado de una carretera. En este lugar se encuentran asentadas un número que oscila entre 28 a 57 familia. El grupo restante de miembros de la Comunidad Yakye Axa permanecen en algunas aldeas de la zona. (link ficha técnica Corte IDH https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=258 visitado el 6 de octubre de 2022).

⁹⁶ Corte IDH Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005., párr. 127.

de los artículos 13 y 15 del Convenio 169 de la OIT, en cuanto *“la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, **no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.**”*⁹⁷ (el destacado es nuestro). Por otro lado, fuera de la protección legal entregada a la propiedad indígena, la Corte considera en su parte resolutive el derecho que tienen las comunidades a la restitución de tierras frente a derechos de propiedad anteriormente adquiridos por privados, dada la importancia de cierto territorio en particular para la subsistencia de la comunidad.

A través de esta interpretación, que desarrolla la vinculación de las comunidades indígenas con un territorio particular y sus recursos naturales como parte indispensable de su identidad cultural, la Corte desprende que el Estado de Paraguay tiene una serie de obligaciones con la comunidad Yakye Axa, como lo son 1) identificar el territorio de la comunidad (obligación de demarcación) y 2) en el caso de encontrarse dichos territorios en manos privadas, iniciar los procedimientos para su compra o expropiación⁹⁸.

- Pueblo Saramaka vs. Surinam (Sentencia 28 de noviembre de 2007)⁹⁹

Este caso tiene una particular importancia dentro de la interpretación extensiva de la Corte respecto del artículo 21. Al igual que en el caso anterior, dentro del tópico “recursos naturales” en relación con la subsistencia y actividades económicas tradicionales¹⁰⁰, indica

⁹⁷ Corte IDH Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Op. Cit., párr. 135.

⁹⁸ Es menester comentar que la Corte contempla el caso la existencia de motivos plausibles y objetivos que impidan al Estado llevar a cabo dicha compra o expropiación. En ese caso, la obligación del Estado será la entrega de tierras alternativas siguiendo -al menos esencialmente- el artículo 16 de la OIT.

⁹⁹ Los hechos del presente caso se relacionan con el Pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal con características culturales específicas y una identidad conformada por una compleja red de relaciones con la tierra y las estructuras familiares. La ocupación del territorio de los saramaka data de comienzos del Siglo XVIII.

Aun cuando el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el Pueblo Saramaka, por aprobación tácita del Estado, éste ha obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos. No obstante, el Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname Superior y el territorio del Pueblo Saramaka. Asimismo, las concesiones madereras otorgadas dañaron el medio ambiente.

El Pueblo Saramaka carecía de estatuto jurídico en Suriname y por tanto no era elegible para recibir títulos comunales en nombre de la comunidad o de otra entidad colectiva tradicional que posea la tierra. A pesar de haber solicitado que se establezca o reconozca un título de propiedad sobre sus territorios, el Estado no realizó mayores acciones para ello.

¹⁰⁰ Para otros casos donde la Corte ha aplicado este criterio, véase Kaliña y Lokono vs Surinam.

la Corte que existe afectación directa al agua limpia, bosques y sus frutos -que no solamente se vinculan con el mero consumo para el mantenimiento físico de los pueblos, sino que también con actividades tradicionales de subsistencia- y, por otro lado, afectación indirecta a otros recursos naturales vinculados a la extracción de oro. Ambos, producto de la actividad económica de terceros que ejercen las concesiones entregadas por el Estado.

Dicha particularidad, existe conforme la Corte complementa la interpretación extensiva del artículo 21 con los criterios señalados en las normas del Convenio 169 de la OIT.

En este caso, se señala que el derecho de propiedad indígena -al igual que el derecho de propiedad privada del derecho común- no impide al Estado entregar concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales. Sin embargo, señala que, a diferencia de la propiedad privada común, el ejercicio de emisión de concesiones debe cumplir determinados requisitos:

1. Realizar una *consulta*, que garantice la participación efectiva de la Comunidad, debiendo ser esta de buena fe, y acorde a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad¹⁰¹, además de tener que llevarse a cabo en las primeras etapas del proyecto, y con previa entrega de toda la información relevante y posibles riesgos, siendo la Comunidad (y no el Estado), los que determinen los representantes de la Comunidad en la *consulta*.

En este punto, se torna relevante cómo el tribunal vincula la naturaleza de la propiedad indígena consagrada en el artículo 21 y sus restricciones, en cuanto se establece la protección legal -reconociendo la situación de vulnerabilidad de las comunidades- a través de procedimientos fuera del derecho civil -en cuanto se tiene en consideración la especial vulnerabilidad de la subsistencia de las comunidades-, en los términos de los artículos 6 y 17 del Convenio 169 de la OIT.

2. El Estado de Surinam estará obligado a compartir a modo de indemnización y de forma justa y razonable, los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas, en cuanto estos resultan necesarios para la supervivencia de estos.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 137.

El segundo punto, se vincula al examen fáctico llevado a cabo por la Corte, que señala que *“No sólo se le ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales, sino que además no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio. Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indican que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio Saramaka y no se les pagó ningún tipo de indemnización”*¹⁰² en asociación con el tenor literal del artículo 21.2 de la Convención junto a la interpretación del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

3. El Estado está obligado a supervisar o realizar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se llevarán a cabo en territorio indígena tengan la menor afectación posible en el ejercicio de los derechos de los miembros.

Este tercer punto, se vincula al derecho de subsistencia de los pueblos originarios ya tratado, relacionados al artículo 1 de la Convención Americana, y 4, 5 y especialmente los artículos 7.3 y 7.4 del Convenio 169 de la OIT en el sentido de que el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas no pueden ser limitados de forma arbitraria, debiendo entonces fijar por parte de la Corte (de forma amplia) un umbral de diligencia mínimo por parte del Estado y de los privados para llevar a cabo estudios (en caso de supervisión por parte del primero) como lo señalan los dos artículos precedentes¹⁰³.

CAPÍTULO IV: PROPIEDAD PRIVADA Y LEY INDÍGENA.

IV.I Consideraciones previas.

Para poder entender de mejor manera las diferencias y similitudes que podamos encontrar en las distintas concepciones de “propiedad”, sea esta privada o indígena, es necesario entender a cada una por separado.

¹⁰² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Op. Cit. Párrafo 157.

¹⁰³ Para otros casos donde la Corte ha desarrollado los artículos 7.3 y 7.4 del Convenio 169 de la OIT, véase caso Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012)

Podemos adelantar que, en nuestra cultura occidental, con una clara tradición liberal, la idea de la propiedad privada es fundamental: gracias a ella, mediante la utilización de distintas herramientas jurídicas de índole civil, los bienes y la riqueza en general, pueden circular.

Pero, por otro lado, se encuentra a la propiedad indígena, la cual responde a otros criterios, bastante alejados de nuestra tradición, por lo que, este tipo de propiedad está más bien vinculado con las ideas del “buen vivir”, “solidaridad” y “reciprocidad”¹⁰⁴. Es más, el vínculo entre los pueblos indígenas con el territorio, no se puede entender solamente desde la óptica legal; hay que tener presente que la cosmovisión y la vinculación con el entorno, es estrecha, mucho más que la que tenemos como sociedad liberal¹⁰⁵.

Luego de lo brevemente expuesto, partiremos, primeramente, con la ideología predominante en nuestro Código Civil.

Por *ideología* nos referiremos a su acepción natural, como aquel sinónimo del “conjunto de ideas fundamentales que caracterizaron la regulación contenida en el Código Civil, y que se entienden formar parte de lo que se puede denominar *su espíritu*”¹⁰⁶.

Andrés Bello, codificador de nuestra tradición civilista, logró plasmar de una manera muy admirable, una “transacción” entre tradición e innovación; nuestro Código Civil vigente, fue el resultado de una síntesis entre el derecho castellano y canónico, presente en toda la regulación de la familia, y, por otra parte, la expresión del espíritu individualista de la Ilustración (libertad, igualdad y voluntad), que tuvo gran impacto de materia de bienes y obligaciones¹⁰⁷.

El espíritu general de nuestra tradición civilista, proviene de la Revolución Francesa y de la filosofía que la inspiró, como ya mencionamos, de la Ilustración.

¹⁰⁴Tapia Rodríguez, M, (2018) “*El Código Civil: Evolución y perspectivas*”, Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, pp. 31.

¹⁰⁵ Villanueva Gajardo, F y Morales Castillo, D. (2017). “*El derecho de propiedad indígena: análisis comparado de la legislación e institucionalidad nacional y estándares en tratados internacionales de derechos humanos*” Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, p. 52.

¹⁰⁶ Tapia Rodríguez, M, Op. Cit., p. 29.

¹⁰⁷ Tapia Rodríguez, M, Op. Cit., p. 30.

La Ilustración exalta al *individualismo*, mediante la consagración en normas de derecho privado de la libertad, la igualdad y la voluntad, reproducidas, además, en nuestra Constitución vigente (arts. 1 y 19 n°2, 3, 20, 21 y 23).

Primero, la libertad. Es la filosofía esencial del código de Bello, y puede ser entendida de distintas formas:

Por un lado, puede conceptualizarse en un sentido negativo, como (i) “no estar sujeto a la voluntad arbitraria de otro”, (ii) “no encontrarse dominado por otro” y (iii) “aquella ausencia de barreras o interferencias”; en resumen, la libertad como aquella “no interferencia”¹⁰⁸. También puede ser entendida en un sentido positivo, como la realización de sí mismo, mejor dicho, como la autorrealización¹⁰⁹.

Es en materia patrimonial donde mejor se percibe al espíritu libertario de nuestro código, así la propiedad, en su art. 582 es concebida como una libertad emancipada de vinculaciones feudales y de otras inmovilizaciones, asegurando su libre circulación. Es un derecho cuyos límites los fija el propio arbitrio¹¹⁰.

Eso sí, la libertad tiene como límite a la responsabilidad; la libertad es la justificación de las reglas de responsabilidad civil, ya que, como se sabe, solo porque el ser humano “es libre de gobernar sus actos puede ser declarado responsable de las consecuencias perjudiciales que su actuación pueda provocar a terceros¹¹¹”. Esto será tratado a mayor profundidad en el capítulo de las conclusiones.

Continuando con la igualdad, esta se encuentra definida por la RAE como “la conformidad entre dos cosas en naturaleza”.

Para el mundo jurídico eso sí, la igualdad consiste en aquel principio general del derecho privado, por el cual existe una consideración y un trato normativo idéntico, equitativo o equiparable entre dos o más miembros, parte de un mismo grupo: es un

¹⁰⁸ Omar Seleme, H. (2019) “*Libertad como no- interferencia y abogacía*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 113.

¹⁰⁹ Berlin, I. (2002) “*Two Concepts of Liberty*”, Oxford, Oxford University Press, p. 169.

¹¹⁰ Tapia Rodríguez, M, Op. Cit., p. 35

¹¹¹ Loc. Cit.

parámetro de homogeneidad, por aquella identidad de un grupo y el reconocimiento entre pares¹¹². Trata sobre la igualdad formal, no es necesariamente material, y además tiene matices históricos, ya que depende de factores sociales y económicos¹¹³.

El ámbito patrimonial también se funda en la ideal de igualdad. Existe una igualdad originaria en la adquisición de derechos de propiedad, en el que, todos tienen, al menos en la teoría, la misma posibilidad de adquirir derechos. Además, existe una presunción de que los contratantes se encuentran en posiciones semejantes, y pueden discutir de forma libre el contrato que deseen suscribir¹¹⁴.

También, las normas de responsabilidad civil pueden justificarse en un principio de igualdad, dado que la generación ilícita de un daño en un tercero es condenada por el legislador mediante la imposición de la reparación integral, que persigue reestablecer la igualdad rota por esta acción según un principio de justicia correctiva¹¹⁵.

El último pilar por tratar sobre la visión individualista que predomina en nuestra tradición es el de la voluntad.

Para nuestra legislación, los humanos son esencialmente “una voluntad”, seres capaces de tomar decisiones libres¹¹⁶. Incluso, la misma ley, una obra humana, es apreciada por nuestro código como un acto de la voluntad soberana, art 1 CC.

La voluntad retratada por nuestro legislador es bastante idealista, se trata de una voluntad que es fuerte, es nítida, tiene un propósito determinado y es eminentemente libre¹¹⁷.

Por su parte, la *ideología* predominante en la cultura indígena es bastante distinta a lo descrito, dado que, sus fuentes históricas como legales, difieren.

¹¹² Figueroa Yañez, G. (2010) “Curso de Derecho Civil”. Tomo I, 5ta Edición, N°127, Editorial Jurídica de Chile, p. 68.

¹¹³ Figueroa Yañez, G. Loc. Cit. p. 70.

¹¹⁴ Tapia Rodríguez, Mauricio, “El Código Civil: Evolución y perspectivas”, p. 36.

¹¹⁵ Loc. Cit.

¹¹⁶ Tapia Rodríguez, Mauricio, “El Código Civil: Evolución y perspectivas”, p. 37.

¹¹⁷ Loc. Cit.

La historia de los pueblos originarios en Chile es vasta como diversa, teniendo presente el aspecto geográfico como el político. Existen diversos pueblos que habitan en Chile, desde tiempos inmemoriales, los cuales aportan cada uno con sus diferentes culturas, formas de vida, organizaciones políticas y sociales, y su relación con la tierra, los territorios y los recursos naturales¹¹⁸.

La invasión¹¹⁹ de los conquistadores españoles trajo consigo cambios radicales en su forma de vida. La guerra y la enfermedad produjo devastación en la mayoría de los miembros, y la encomienda, que, si bien buscaba “proteger” a las comunidades, terminó por sustraerle las tierras a los indígenas, para ser apropiadas por los españoles¹²⁰.

Con la República, el Estado de Chile logra anexar los territorios de comunidades ancestrales, logrando la expansión total del territorio que no habían logrado los españoles. Primero se anexaron los territorios australes, como Patagonia y Tierra del Fuego, luego los territorios del norte, pertenecientes a pueblos atacameños, aimara, quechua, coya y diaguita. Los últimos en anearse fueron el pueblo Rapa Nui, para el año 1888 y ya para finales del siglo XIX logran someter al pueblo mapuche. La política expansionista del Estado es que le dio la fisonomía definitiva al las fronteras de Chile, quedando los diversos pueblos indígenas desde tiempos prehispánicos bajo una jurisdicción ajena, que forma parte de sus mitos y relatos fundadores¹²¹.

Desde aquel momento, en nuestro país ha existido una tendencia dominante que ha renegado la diversidad cultural de las comunidades indígenas: se impuso una *ideología* de origen europeo, la cual tuvo su momento cúlmine con la entrada en vigor del Código Civil en 1857. Con la dictación del Código de Bello, se estableció el sistema de inscripción de propiedad raíz en el registro del Conservador de Bienes Raíces, lo que trajo graves estragos en la situación territorial indígena, dado que, gran parte de tierras pertenecientes a comunidades, fueron ocupadas e inscritas por chilenos no indígenas, quienes se

¹¹⁸ Villanueva Gajardo, F y Morales Castillo, D. Op. Cit. p. 55.

¹¹⁹ Concepto utilizado por las comunidades ancestrales y fue acogido por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato del año 2003.

¹²⁰ Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzlidá, N. (2013) “*Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho*”. Lom Ediciones, 1º Edición, Santiago, Chile, p. 41-42.

¹²¹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato para los Pueblos Indígenas. Año 2003. p. 532.

aprovecharon del poco conocimiento legal de las etnias sobre el nuevo marco legislativo, perdiendo así, el derecho sobre sus tierras¹²².

IV.II La Autonomía de la Voluntad.

Este principio imperante en nuestra sociedad puede ser entendido como la *base de nuestro sistema*, ya que, gracias a él, las personas se autorregulan, fomentando el tráfico jurídico y ayudan a enriquecer el carácter individualista.

Además, este principio tiene como fundamento las tres ideas relevantes ya referidas, que resumen y caracterizan nuestro criterio como sociedad liberal, a saber: la libertad, la igualdad y la voluntad.

Es un fenómeno comprobado que, en materia legal, los principios jurídicos no están asilados, sino que, todo lo contrario, unos son consecuencias de otros postulados. Esto se puede ver en relación con el principio objeto de estudio, el cual no es sino un corolario de la noción de derecho subjetivo, tenida en mente como un “poder”, un querer de la voluntad ideada por Savigny.¹²³

De la noción de derecho subjetivo otorgada por Savigny y el principio de la autonomía de la voluntad, fluye de forma lógica el concepto individualista de Derecho: el derecho puesto al servicio de los intereses individuales, incluso cuando exista sacrificio de los intereses de la comunidad¹²⁴.

Así las cosas, se puede notar la estrecha relación e íntima conexión entre la noción de derecho subjetivo como “poder de voluntad”, el principio de la autonomía de la voluntad y el carácter individualista del derecho¹²⁵.

Pero ¿En qué consiste el principio de la autonomía de la voluntad?

¹²² Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzalida, N. Op. Cit. p.43

¹²³ Somarriva Undurraga, M. (2010) “*Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad*” en “*Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales*”. de Raúl Tavorari Olivares. Pp. 271-281.

¹²⁴ Loc. Cit.

¹²⁵ Loc. Cit.

Se entiende de forma bastante clara al remitirnos a un conocido aforismo, según el cual, *“en el derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no ha expresamente prohibido”*. Como consecuencia que deriva de este principio, y a modo de ejemplo, las personas pueden realizar, o no, variadas actuaciones, y en materia de contratos es donde mejor se refleja: los individuos son libres para contratar o no según su deseo y parecer. No están obligados a ello, y su negativa no puede acarrearles consecuencias negativas. También se es libre de discutir las condiciones de un contrato a celebrar, siempre y cuando no se atente el orden público ni las buenas costumbres, entre otras manifestaciones¹²⁶.

Eso sí, este principio, naturalmente, tiene sus límites¹²⁷:

Primero, la ley, definida en nuestro art. 1 del CC como *“La ley es la declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe, permite”*.

Las buenas costumbres también son un límite y consisten en un parámetro ético en constante evolución; son un aspecto particular del orden público, y puede ser definida como *“aquellos usos uniformes que la sociedad considera, en un momento dado, como normas básicas de convivencia social”*.

El orden público es otro límite, y está referido a la estructura de una sociedad, pudiendo ser definido como *“aquella organización jurídica mínima, que sería el sustrato de un funcionamiento social”*.

Y el último límite son, los derechos de terceros.

¹²⁶ Loc. Cit.

¹²⁷ Figueroa Yañez, G. Op. Cit. p. 51.

IV.III Los Derechos Reales¹²⁸.

Para comprender a cabalidad lo que es un derecho real, es conveniente partir con un paralelo entre los derechos personales, y así entender sus puntos de encuentro, pero principalmente sus puntos de desencuentro.

Es bastante relevante hacer esta distinción, entre derechos reales y derechos personales, para entender las diferencias de alcances entre unos y otros, por motivo de esta tesis; además, es de vital importancia tener presente las diferencias entre los derechos reales, para comprender a cabalidad si, mediante el contrato de comodato, el Estado chileno se encuentra en cumplimiento (o no) de sus compromisos internacionales.

Entonces, derechos reales y personales se encuadran dentro de los llamados “derechos patrimoniales”, esto es, aquellos que son susceptibles de evaluación pecuniaria. Por este motivo, su objeto primordial es obtener una ventaja económica avaluable en dinero. Son los instrumentos jurídicos de la economía privada¹²⁹.

Nuestro Código Civil define a los derechos reales en su artículo 577, siendo *“aquel que se tiene sobre una cosa sin respecto de determinada persona”*; por su parte, el artículo 578 del mismo cuerpo normativo define a los derechos personales como *“aquellos que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas”*.

La definición de derecho real enunciada es una definición clásica, que concibe al derecho real con una relación directa entre la persona y la cosa¹³⁰. Pero, debe advertirse que las relaciones jurídicas se dan entre personas, entre sujetos de derechos, y no entre sujetos y cosas, por lo que, en realidad hay en un derecho real es un “sujeto pasivo universal”, esto quiere decir que, se trata de una relación entre personas, sin perjuicio de que una de ellas sea la colectividad, quienes tienen el deber de abstención de realizar actos que impliquen perturbación o impedimentos en la ejecución del derecho¹³¹.

¹²⁸ Peñailillo Arévalo, D. (2010). *“Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 20.

¹²⁹ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 34.

¹³⁰ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p.20.

¹³¹ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p.21.

Así mismo, el vínculo patrimonial que vemos en estos derechos es “absoluto”, ya que se puede exigir a toda persona, y todos tienen un deber de tolerancia y respeto¹³².

Por su parte, se encuentran los derechos personales, definidos en el artículo 578 CC como bien mencionamos, el cual demuestra que, el vínculo patrimonial existente en estos derechos es “relativo”, dado que, se tienen respecto de una o más personas determinadas, que están obligadas a realizar una cierta prestación, que también se encuentra determinada¹³³.

El objeto de derecho de los derechos reales (con la sola excepción de la herencia) es que aquellos recaen sobre *cosas determinadas*¹³⁴.

“Cosa”, entendida como aquel objeto susceptible de apropiación, y que posee valor económico, que puede ser corporal, incorporal e inmaterial¹³⁵.

Sin embargo, el derecho personal, al estar previamente individualizado el deudor (no como en el derecho real, donde se individualiza al sujeto pasivo cuando se infringe el derecho), el núcleo principal está constituido por la prestación¹³⁶.

El objeto del derecho personal es la prestación debida por el deudor; no recae sobre la cosa misma, más bien en la conducta que se puede exigir al deudor¹³⁷.

Por esta diferencia en los objetos, se puede sostener que los derechos reales son más fuertes, dado que pueden hacerse valer en contra de cualquier persona, son *erga omnes*; los derechos personales sólo dan acción en contra de quien se encuentra obligado a la prestación en beneficio del acreedor¹³⁸.

¹³² Loc. Cit.

¹³³ Loc. Cit.

¹³⁴ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 15.

¹³⁵ Barcia Lehmann, R. (2010). “*Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo IV. De los Bienes*”. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 11.

¹³⁶ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p.20.

¹³⁷ Loc. Cit.

¹³⁸ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p.21.

En consecuencia, el deber de tolerancia que exige el derecho real no constituye una deuda, no forma parte del pasivo de quienes deben respetarlo; la obligación, como punto de vista pasivo de los derechos personales, efectivamente constituyen una carga patrimonial negativa¹³⁹.

Otra diferencia la encontramos en las formas de adquirir uno y otro derecho. Los derechos reales nacen gracias a los “modos de adquirir”, que son aquellos hechos materiales a los cuales la ley atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el derecho, y se encuentran enumerados en el art. 588, a saber: Ocupación, Accesión; Tradición; Sucesión por causa de muerte; y Prescripción. También, la ley puede ser un modo de adquirir, y, por excepción, la sentencia judicial puede serlo, como lo es en el caso de las concesiones mineras¹⁴⁰.

Sin embargo, los derechos personales nacen en virtud de las “fuentes de las obligaciones”, los que se pueden definir como “aquellos hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de crear relaciones obligatorias”: derechos personales y sus correlativas obligaciones¹⁴¹. En virtud de lo dispuesto en el art. 1437, se ha establecido por la doctrina tradicional que son: los contratos; los cuasicontratos; los delitos y cuasidelitos; y la ley.

Ahora bien, respecto de los tipos de derechos: en el derecho real, el titular tiene un poder inmediato sobre la cosa, el cual puede ser pleno o limitado¹⁴².

El más amplio de todos es el de Propiedad, que solo se limita con la existencia de otros derechos reales que concurran sobre la misma cosa. Por ello, se han clasificado como¹⁴³:

- “Derechos reales limitados a ciertas facultades del dominio”, entre los que se encuentran el usufructo, el uso y habitación y la servidumbre, y

- Los “derechos reales que cumplen funciones de garantía en el cumplimiento de obligaciones”, entre los cuales están la prenda e hipoteca.

¹³⁹ Loc . Cit.

¹⁴⁰ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 93.

¹⁴¹ Meza Barros, R. (2010). *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo II”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 7.

¹⁴² Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 159.

¹⁴³ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 161.

Se escapa de esta clasificación la herencia, que es un derecho real, pero tiene una característica especial: no recae sobre una cosa determinada, sino que sobre todo el patrimonio, que es una universalidad jurídica¹⁴⁴.

No existen otros derechos reales más que los creados por ley (numero clausus), y sólo ella puede crearlos¹⁴⁵.

En cuanto a los personales, como bien se mencionó, tienen por objeto las prestaciones. Estas pueden ser en dar, hacer o no hacer una cosa. A diferencia de los derechos reales, las partes no están inhibidas de establecerlas, pues rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, que permite generar cualquier tipo de derecho personal sin más limitación que la ley, el orden público y las buenas costumbres (numero apertus). Por ello su número es ilimitado, y existen tantos derechos personales como relaciones jurídicas puedan crearse¹⁴⁶.

Ahora, respecto de las acciones que nacen de los derechos¹⁴⁷:

Los titulares de derechos reales tienen una acción real que persigue hacer efectivos los atributos que comprende el respectivo derecho. Esta acción da a su titular la facultad de perseguir la cosa con el propósito de recuperarla de quien la posea. La acción real por excelencia es la reivindicatoria, que permite recuperar la posesión de la cosa, buscando que el poseedor sea condenado a restituírsela al titular¹⁴⁸.

Todos los derechos reales son reivindicables, salvo la herencia, quien tiene una acción propia bastante similar, llamada acción de petición de herencia, acción real, que busca el reconocimiento de la calidad de heredero de la persona que la ejerce, con todas las prerrogativas que ello signifique¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p.31.

¹⁴⁵ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 93.

¹⁴⁶ Meza Barros, R. Op. Cit. p. 9.

¹⁴⁷ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 22.

¹⁴⁸ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 29.

¹⁴⁹ Somarriva Undurraga, M. (2008). "*Derecho Suecorio. Tomo II*". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 508.

Además, a la par de las acciones mencionadas, los titulares de derechos reales pueden disponer de acciones penales; acción de protección, de materia constitucional y muy usada en materia de derechos reales, ya que se cautela la propiedad, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, evitando así la autotutela, al ser el único medio de carácter urgente que sea efectivo; y una acción civil indemnizatoria, personal, por los perjuicios que resulten de los delitos y cuasidelitos sobre la cosa en que recae el derecho, además del caso hipotético de responsabilidad estricta¹⁵⁰.

Sin embargo, de los derechos personales solo nacen acciones personales, y en consecuencia, el titular del crédito sólo puede ejercer su acción en contra del deudor, quien está determinado desde el inicio, en caso que incumpla¹⁵¹.

Estas acciones persiguen el cumplimiento de la obligación; sea este en naturaleza persiguiendo el pago, que se cumpla la obligación en la forma debida y pactada, llamado ejecución forzada; o en equivalencia, caso en que la pretensión se ve satisfecha con el pago de una cantidad de dinero, que repare los perjuicios producidos con motivo del incumplimiento¹⁵².

A lo anterior se agregan otras acciones personales específicas, como la resolutoria, que pretende dejar sin efecto un contrato bilateral a raíz de un incumplimiento, art.1489 CC, o la acción pauliana, que quiere revocar aquellos actos fraudulentos celebrados por el deudor en perjuicio de sus acreedores, para disminuir su patrimonio, haciendo inoponibles dichos actos a los acreedores (art.2468)¹⁵³. Es fundamental distinguir la prestación- objeto del derecho personal, ya que es de gran importancia, desde el punto de vista de las acciones que puede ejercer el acreedor ante un incumplimiento.

Una u otra acción tiene distintas prerrogativas.

El derecho personal se hace efectivo en el patrimonio del deudor que existe a la época en que se ejercita la acción, ya que el acreedor, desde que toma dicha posición, asume el

¹⁵⁰ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 227.

¹⁵¹ Abeiluk Manasevich, R. (2009). "*Las Obligaciones. Tomo II*". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 793.

¹⁵² Abeiluk Manasevich, R. Op. Cit. 797.

¹⁵³ Abeiluk Manasevich, R. Op. Cit. 757.

riesgo de la solvencia de su deudor, pero tiene consigo, a su disposición, una serie de acciones auxiliares que le permiten mantener las fuerzas del patrimonio del deudor, gracias al derecho de prenda general¹⁵⁴. Las acciones reales otorgan un derecho de persecución que puede hacerse valer en contra de quien posea la cosa, quien sea que la tenga¹⁵⁵.

Además, si un crédito está garantizado con un derecho real, tal como una prenda o hipoteca, la ley otorga un pago preferente, haciéndolo efectivo en el valor del bien afectado. Esta característica rompe el principio general de igualdad, ya que opera en caso de existir varios acreedores que hacen valer sus créditos en un patrimonio, caso en que unos están antes que otros. En todo caso, solo la ley, y de forma muy excepcional puede establecer preferencias, y dentro de ellas se encuentran los derechos reales de garantía¹⁵⁶.

IV.IV La Propiedad.

La Propiedad, piedra angular de nuestro derecho civil, puede ser entendida en dos sentidos: primero, como un atributo de la cosa, de ser exclusiva, de ser titular de una persona, y segundo, propiedad como el dominio, como derecho real, sea que esta se entienda como género o especie¹⁵⁷. Este último punto se verá desarrollado en su propio subcapítulo.

Este derecho real se encuentra regulado en nuestra actual Carta Magna, en los artículos 19 N° 21 a 25 de la Constitución Política, sentando las bases estructurales del dominio¹⁵⁸.

El primer inciso del art 19 n°24 establece que existe derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales; el art 19 n°23, el cual regula el derecho a la propiedad, o libre apropiabilidad de los bienes, vienen en reafirmar la relación género-especie entre propiedad y dominio, referido en los artículos 582 a 584 del CC, sobre la existencia de diversas especies de propiedad, sobre bienes corporales e incorporales, idea que se desarrolla en el siguiente subcapítulo.

¹⁵⁴ Loc. Cit.

¹⁵⁵ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 229.

¹⁵⁶ Meza Barros, R. Op. Cit. p. 56.

¹⁵⁷ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 27.

¹⁵⁸ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 28.

El segundo inciso habla de la reserva legal de los modos de adquirir la propiedad, los que solo pueden establecerse por ley y también se refiere expresamente a la imposición de limitaciones, cargas y obligaciones a la propiedad, dada la función social que ésta tiene, tales como los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Respecto del tercer inciso, establece la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada, con la excepción de la expropiación por causa de utilidad pública (art. 19 N° 24 C.P.R.). En el marco de esta garantía, la Constitución otorga a los afectados el recurso de protección (art. 20 C.P.R.).

El ideario liberal que se ha descrito hasta el momento es inconcebible para las comunidades indígenas. El entender a la propiedad como un derecho que se ejerce de forma privada e individual no tiene cabida dentro del mundo indígena, por la conceptualización abstracta de territorio que tienen. Así las cosas, las comunidades indígenas entienden al territorio como aquella construcción social la cual es resultado de diversas maneras de relacionarse con el espacio, del que participan diversos actores¹⁵⁹.

En el mismo sentido, el concepto de territorio desarrollado por los indígenas tiene como fundamento la geografía y el ambiente físico en el cual se desarrolla la vida, y se nutre dicha concepción, en base a elementos culturales sociales de aquellos quienes habiten el espacio en cuestión¹⁶⁰.

Tal como lo hace la Constitución del 80` para proteger a la propiedad civil, mediante el recurso de protección mencionado, la CIDH ha dispuesto que, para que se garantice al derecho de propiedad indígena es necesario tomar en cuenta que la tierra está íntimamente relacionada con las tradiciones, expresiones orales, costumbres y lenguas indígenas, con sus artes, rituales, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, artes culinarias, derecho consuetudinario e historia, que los miembros de los pueblos indígenas transmiten entre generaciones, creando un patrimonio cultural inmaterial, el cual se mantiene vivo y se recrea de forma constante, gracias a sus miembros¹⁶¹.

¹⁵⁹ Bello Maldonado, A. Op. Cit. p. 98.

¹⁶⁰ Villanueva Gajardo, F y Morales Castillo, D. Op. Cit. p. 53.

¹⁶¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125, párr. 154

Para tener una forma efectiva de protección, se debe reconocer el derecho al territorio con perspectiva indígena, ya que, de cualquier otro modo, como el legislar con una visión individual de la propiedad, sería un despropósito; para la cultura indígena sería visto como una imposición de una visión totalmente contraria, atentando a su etnia minoritaria, resultando en un etnocidio, dado que ya es bastante difícil preservar los derechos de autogobierno y derechos culturales que están arraigados en relación a la tierra¹⁶².

a) Particularidades de la propiedad en materia civil¹⁶³.

Siguiendo con el mismo cuerpo normativo en estudio, el art. 582 inc. 1o del CC dispone:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Por su parte el art. 583 agrega que *“Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad”.*

Para el Código los términos “propiedad” y “dominio” son sinónimos. Eso sí, hay algunos autores que le atribuyen distintos significados: así, algunos dicen que la expresión “dominio” sólo aplica al derecho real que recaiga sobre cosas materiales, y el término propiedad, término más genérico, aplicaría a todo género de derechos susceptible de apreciación pecuniaria, como una herencia o un crédito¹⁶⁴.

Para otros, entre propiedad y dominio no existe diferencia alguna, sea de extensión o contenido; básicamente hay algunos puntos de vista en los que se puede diferir, teniendo el dominio un carácter subjetivo, que se refiere al poder de la persona que lo emplea, y la propiedad sería objetiva, ya que efectivamente le pertenece la cosa a la persona¹⁶⁵.

¹⁶² Villanueva Gajardo, F y Morales Castillo, D. Op. Cit. p. 55.

¹⁶³ Alcalde Silva, J. (2018). *“De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”* en Revista de Derecho Privado, N°26, p. 389.

¹⁶⁴ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 41-42.

¹⁶⁵ Loc. Cit.

La definición que nos otorga la ley respecto del dominio es de carácter analítico¹⁶⁶, ya que se concibe como un conjunto de facultades identificables y con cierta autonomía y, en consecuencia, tiene presente un criterio cuantitativo, dado que el artículo enumera las facultades que el derecho de dominio le otorga al propietario sobre la cosa-objeto de su derecho.

El profesor Peñailillo agrega que la concepción analítica referida se opone a la sintética, siendo esta aquella que concibe el dominio con una mirada cualitativa, como un señorío o poder pleno sobre la cosa-objeto de la propiedad, prescindiendo de las facultades identificadas¹⁶⁷.

Cabe destacar que nuestro Código Civil al definir al dominio, enumera 4 elementos, a saber:

Primero, lo califica como un “derecho”, y agrega que este es “real”;

Segundo, consigna los atributos del dominio¹⁶⁸, siendo estos, el uso, que se encuentra implícitamente en el goce, el goce propiamente tal y la facultad de disposición, facultad tan amplia que se estatuye específicamente la arbitrariedad del ejercicio de este atributo;

Tercero, lo restringe de forma genérica, siendo las limitantes al derecho real de dominio, la ley y el derecho ajeno;

Y cuarto, da un campo de aplicación a aquellas cosas corporales, que, en los artículos siguientes, tales como el art. 583, es ampliado a aquellas las cosas incorporales, pero especificando que sobre estas últimas existe solo una “especie” de propiedad¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 42.

¹⁶⁷ Loc. Cit.

¹⁶⁸ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 47.

¹⁶⁹ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 42.

Así, típicamente se puede señalar que la propiedad o el dominio, ocupados como sinónimos tal como la simple lectura del CC da a entender, es un derecho real, es perpetuo, es exclusivo y es excluyente¹⁷⁰.

Se habla de la perpetuidad del dominio dado que este no se puede extinguir por el transcurso del tiempo ni por su “no” ejercicio¹⁷¹.

Es exclusivo y excluyente ya que el titular es el único que tiene la facultad de alterar o intervenir de alguna manera en el ejercicio de este derecho; la facultad de excluir es la forma en que se concreta el carácter exclusivo del dominio y se manifiesta en el poder del dueño de impedir que terceros extraños usen y gocen de la cosa que se encuentra dentro de su esfera de dominio¹⁷².

Este poder, amplio como bien describimos, tiene sus excepciones: derecho de uso inocente, derecho de acceso forzoso o coactivo y el principio del mal menor¹⁷³.

El derecho de uso inocuo consiste en aquel poder que se tiene en la cosa de otro, para conseguir un provecho sin causar perjuicio alguno al dueño, o causándolo en una medida inapreciable. Eso sí, para ejercer este derecho, es necesario hacerlo con control y prudencia¹⁷⁴.

El derecho de acceso forzoso o coactivo es aquel que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa, para entrar de forma transitoria a una propiedad ajena, a realizar algún acto concerniente a la utilización del objeto en cuestión. A modo de ejemplo, uno como dueño de un árbol que da frutos, puede entrar al predio del vecino, a recoger dichos frutos¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 48.

¹⁷¹ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 61.

¹⁷² Loc. Cit.

¹⁷³ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 60-61.

¹⁷⁴ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 60.

¹⁷⁵ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 61.

El principio del mal menor consiste en que, cualquier persona puede usar una cosa ajena para salvar una cosa o bien jurídico de mayor valor, que el daño que pueda causar, ante la inminencia de acontezca un peligro¹⁷⁶.

Por otro lado, típicamente se distinguen tres grandes atributos del dominio, sin perjuicio de que nuestro ordenamiento se refiera solo a dos de las tres facultades, (1) El uso. Gracias a esta facultad, permite servirse de la cosa según su función natural; (2) luego, el goce, que da la posibilidad al dueño de servirse de los frutos y productos de la cosa; y (3) finaliza con la disposición, también conocida como “facultad de abuso”, la cual permite al dueño hacer “lo que le dé la gana” con la cosa, lo que le plazca, pudiendo destruirla de forma material o jurídica¹⁷⁷.

Entonces, como bien hemos visto, pueden existir distintas formas de detentar una cosa, con mayores o menores grados de eficacia. Todo depende del título que legitime dicha detentación para quien la ejerce y de su contenido o medida.

Así, como ya describimos, la titularidad más fuerte es la dominical, que da al dueño el más amplio señorío sobre una cosa, con los límites indicados en nuestro ordenamiento jurídico, entre los que se incluye la función social, como bien menciona nuestra Constitución vigente en su art. 19 n°24¹⁷⁸.

Le sigue en eficacia la posesión. En ella existe una conducta que da cuenta del poderío sobre la cosa semejante al dominio, pero sin que exista el correspondiente respaldo dominical¹⁷⁹. Con todo lo ya indicado, en principio, si procede de un título (arts. 702 y 708 del CC), existe un antecedente posesorio que lo justifica y le sirve de causa (arts. 703 y 704 del mismo cuerpo normativo). Además, viene igualmente protegida por la ley, sea contra otro poseedor de peor derecho (art. 894 CC), sea contra aquel que llegue a turbar la posesión ajena (916 CC)¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Loc. Cit.

¹⁷⁷ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 30.

¹⁷⁸ Peñailillo Arévalo, D. Op. Cit. p. 42.

¹⁷⁹ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 49.

¹⁸⁰ Loc. Cit.

El artículo 700 del CC establece que:

“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por si mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”.

El segundo inciso del artículo precedente establece la presunción de dominio; se le reputa dueño al que está en posesión de la cosa, mientras otro no justifique serlo.

La razón de lo anterior es que al legislador le interesa proteger las situaciones de hecho, y la posesión es naturalmente un hecho, aunque algunos autores, minoritarios, discrepan¹⁸¹.

Una tercera forma de detentación es la mera tenencia. Ésta implica el reconocimiento del dominio ajeno de la cosa (art 714 CC). Tiene distintas fuentes de origen, de suerte que la titularidad del mero tenedor puede ser de eficacia real o personal, y lo clave de la mera tenencia, es que el simple paso del tiempo o la voluntad del detentador no es suficiente para mudar a la mera tenencia en posesión¹⁸² (arts 716 y 730 CC).

La última manera de detentar una cosa, y la más débil, es el supuesto del precario, implícitamente reconocido en el art. 2195II del CC. Esta forma de detentación también implica el reconocimiento del dominio ajeno, como en la mera tenencia, y además, debe no-existir un contrato u otro título equivalente, que haya antecedido a la detentación. La precariedad, que nuestro ordenamiento civil asimila a aquella del comodato (2194 y 2195 CC)¹⁸³.

b) Particularidades de la propiedad en materia indígena:

En términos jurídicos, la propiedad indígena no tiene símil alguno. No puede ser homologada a la copropiedad, ya que tiene formas de tenencias que transitan entre lo

¹⁸¹ Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 48.

¹⁸² Barcia Lehmann, R. Op. Cit. p. 59.

¹⁸³ Barcía Lehmann, R. (2014) “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce” Revista Chilena de Derecho Privado , N°23, Santiago, Chile, p. 387.

individual, lo colectivo y lo supracolectivo, esto último referido a aquel aspecto religioso y político de la propiedad¹⁸⁴.

La tierra está en estrecho vínculo con el pueblo, más no con el individuo, de la misma forma en que el Estado es dueño del territorio que le pertenece, del cual no puede ser enajenado¹⁸⁵.

Por motivo de estas particularidades en el entendimiento de lo que es propio en relación con el territorio, se justifica la importancia de la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras indígenas, que posean derechos esenciales para la supervivencia cultural e integridad comunitaria indígena¹⁸⁶.

En esta línea, es que el Estado de Chile promulga la ley 19.253, de propiedad indígena. Esta ley tiene como antecedente al gobierno de Patricio Aylwin, quien, en el año 1990, creó la comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), que tuvo la labor de elaborar un proyecto de ley indígena, para reivindicar los derechos sociales, políticos, territoriales y de participación indígena¹⁸⁷.

IV.V Contrato de Comodato.

En el artículo 577 del CC se define al contrato de comodato como aquel contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o inmueble, para que haga uso de ella, con cargo de *restituir* la misma especie, luego de terminado el uso.

Doctrinalmente se agrega que: es un contrato principal, unilateral, gratuito (salvo si beneficia a ambas partes), real y *título de mera tenencia*¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Meza-Lopehandía Glaesser, M. Op. Cit. p. 32.

¹⁸⁵ Loc. Cit.

¹⁸⁶ CIDH, Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.LV/II.1111, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr.16

¹⁸⁷ Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzalida, N. Op. Cit. p. 16.

¹⁸⁸ Barcia Lehmann, R. (2010) *“Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 148.

Luego de esta breve descripción, cabe preguntarse ¿Qué obligaciones nacen de este contrato?

Para el comodatario, sus obligaciones se traducen en tres: (i) conservar la cosa, (ii) restituir la cosa, y (iii) usar la cosa en los términos convenidos o conforme a su uso ordinario. Además, La culpa por la cual responde es de la levísima, pudiendo responder por otra si así se convino¹⁸⁹.

La comunidad indígena en este caso, sería el comodatario, teniendo las obligaciones mencionadas.

Ahora bien, las obligaciones del comodante son eventuales y se pueden materializar en el pago de las expensas para la conservación de la cosa y en las indemnizaciones de aquellos daños que deriven del mal estado de la cosa, siempre que haya conocido esta situación y no haya declarado tal imperfecto, que naturalmente sea posible que dicho defecto cause daño, y que un comodatario de mediano cuidado no haya podido conocerlos ni precaverlos¹⁹⁰.

Un derecho relevante a tener en cuenta es el derecho legal de retención del comodatario (art. 2193 CC). En este caso, el comodatario puede negarse a su obligación de restitución de la cosa, si (i) *él es el verdadero dueño* (art. 2185 CC), o (ii) mientras no se le hayan efectuado las indemnizaciones que el comodante deba¹⁹¹.

IV.VI Propiedad Indígena en la Ley 19.253¹⁹².

Para comprender el fundamento y sentido de la propiedad indígena, tendríamos que volver a nacer, y nacer indígenas.

¹⁸⁹ Barcia Lehmann, R. (2010), Op. Cit. p. 149.

¹⁹⁰ Loc. Cit.

¹⁹¹ Barcia Lehmann, R. (2010), Op. Cit. p. 151.

¹⁹² San Martín, J. "Alcance de la prohibición de 'enajenar' tierras indígenas en el Art. 13 de la Ley N° 19.253" en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/alcance-de-la-prohibicion-de-enajenar-tierras-indigenas-en-el-art-13-de-la-ley-n-19-253/> (consultado el 20/10/2022)

Lo anterior se explica, al entender los orígenes de nuestras concepciones sobre las palabras “territorio” y “tierra”.

Si analizamos lo anterior bajo una óptica histórica, gracias a la aparición de la agricultura, parte nuestro entendimiento occidental de la tierra. Cuando los humanos dejamos de ser nómades, y logramos asentarnos en un lugar, trabajando la tierra, nuestra población pudo aumentar, lo que trajo como consecuencia, que buscáramos otros lugares para poder desarrollarnos¹⁹³.

Así surgen las primeras ciudades, que, en su mayoría se situaban cerca de algún río, para poder cultivar, regar y transportarse, lo que también, a su vez, fomentó el comercio. Teniendo este panorama en mente, uno puede comprender cómo el dominio adquirió la importancia que tiene hasta el día de hoy; la regularización de la posesión de las tierras se convirtió en la base de la estructura económica, de la riqueza de la sociedad¹⁹⁴.

Pero, por otro lado, se encuentra la óptica indígena, muy alejada de ésta visión occidental tradicional, ya que, su significado es mucho mayor que el ser la “base de la riqueza de una sociedad”. Para los indígenas, la tierra es *aquel espacio donde se da la vida*: tierra, territorio, naturaleza, es un gran todo interconectado, gracias a ella, todo puede existir y mantenerse en ese estado, por lo que es de vital importancia, mantenerla y cuidarla¹⁹⁵.

a) Aspectos Generales:

Entonces, volviendo al asunto de este subcapítulo, la Ley Indígena, N° 19.253 del 05 de octubre de 1993, se refiere a la tierra (no territorio), con una perspectiva no-tradicional, estableciendo que ella es el fundamento principal de la existencia y de la cultura de los pueblos indígenas, estableciendo un deber general de la sociedad y del Estado, de protegerla (art. 1 LI). La Ley Indígena “*intenta reconocer a los indígenas como sujetos colectivos (etnias) e individuales, y poner término a la situación de discriminación en que estos se han encontrado a través de la historia*”¹⁹⁶.

¹⁹³ Loc. Cit.

¹⁹⁴ Loc. Cit.

¹⁹⁵ Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzalida, N. Op. Cit. p. 162.

¹⁹⁶ Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzalida, N. Op. Cit. p. 163.

Son tierras indígenas aquellas cuyos titulares son indígenas, quienes verificaron una ocupación en propiedad o posesión, actual o histórica, reconocidas o constituidas según la Ley.

En primer lugar, la ley en su artículo 2°, considera como indígenas “a los hijos de padre o madre indígena, identificando como tales a los que descienden de habitantes originarios de las que define como tierras indígenas. Considera a su vez con dicha calidad a quienes poseen al menos un apellido indígena y a quienes no lo tienen pero pueden acreditar su procedencia hasta por tres generaciones. Por último, dispone que son indígenas los que mantienen rasgos de una etnia indígena, entendiéndose por tal la práctica de sus formas de vida, costumbres o religiones de modo habitual, además de aquellas personas cuyo cónyuge es indígena”, en este último punto, también se agrega la necesidad de que los individuos se autoidentifiquen como indígenas, siguiendo al artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

b) Protección legal de la propiedad indígena:

Así, el legislador distingue 4 categorías de tierras indígenas:

1. tierras que actualmente están siendo ocupadas en propiedad o posesión por indígenas, provenientes de títulos de comisario, de merced, cesiones gratuitas u otras formas que el Estado ha usado para ceder y regularizar, y aquellas en que ciertos beneficiarios indígenas inscriban en el registro de tierras indígenas (art. 12 n°1 LI).
2. tierras ocupadas históricamente y que actualmente poseen indígenas, siempre que sus derechos sean inscritos en el registro de tierras indígenas (art. 12 n°2 LI).
3. tierras que provengan de los títulos/modos referidos en los números anteriores, declarados por los tribunales de justicia, como pertenecientes a indígenas (art. 12 n°3).
4. tierras que indígenas reciban a título gratuito del Estado (art 12 n°4 LI).

Cabe tener presente que, el legislador advierte una gran prohibición; por exigirlo el interés nacional, no se podrá enajenar, embargar o gravar ni prescribir adquisitivamente

dichas tierras, salvo entre indígenas de una misma etnia. La contra excepción, es el permiso para gravar dichas tierras previa autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (contemplándose dicha norma como un estándar más alto que el de la propia Corte IDH en relación con la Convención Americana).

También, se ve limitado o restringido aquellos actos comunes, tales como el arrendamiento, que solo puede establecerse por un plazo que no supere los 5 años, si se arrienda por persona natural indígena, quedando vedada la posibilidad a comunidades indígenas (art. 13 LI).

Lo anterior es una evidente manifestación de lo apartado que se encuentra la perspectiva indígena a la visión tradicional occidental, ya que, es un claro ejemplo de una no-aplicación del principio de la libre circulación de la riqueza.

En la misma línea con lo anterior, la posibilidad de poder enajenar se encuentra restringida, siendo el alcance de esta prohibición, esencial para comprender el estatuto especial indígena, primordialmente ya que ello está en total concordancia y armonía con la prohibición de prescribir adquisitivamente los bienes raíces.

Entonces, la expresión que contiene la Ley, al decir que “ni podrán ser enajenadas”, en el referido artículo 13, se tiene que interpretar extensivamente para entender el verdadero alcance; la idea es que esté prohibida toda mutación jurídica real de los bienes raíces indígenas, en favor de personas no indígenas. El espíritu detrás de esta prohibición es que no se permiten las transferencias o transmisiones de estos bienes, sea a cualquier título y a cualquier persona no indígena¹⁹⁷.

Resulta interesante el artículo 20, donde se establece un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, para (1) posibilitar la compra de predios a través de subsidios; (2) financiar mecanismos que permitan solucionar problemas relativos a tierras indígenas (provenientes de títulos de merced, comisario u otras asignaciones hechas por el Estado a favor de

¹⁹⁷ San Martín, J. “Alcance de la prohibición de ‘enajenar’ tierras indígenas en el Art. 13 de la Ley N° 19.253” en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/alcance-de-la-prohibicion-de-enajenar-tierras-indigenas-en-el-art-13-de-la-ley-n-19-253/> (consultado el 20/10/2022)

indígenas); y (3) para financiar la constitución, compra o regularización de derechos de aguas.

En este sentido, si bien la normativa tiene una vocación de resguardo a la comunidad indígena respecto de su propiedad, la protección es limitada. Ejemplo de lo anterior -como se nombró anteriormente- es que la protección legal se engloba en la tierra y no en el territorio en los términos del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT. Es decir, la protección legal no comprende tanto la interacción comunitaria con la tierra, como los recursos naturales que componen el mismo espacio¹⁹⁸.

CAPÍTULO V: IDONEIDAD DEL CONTRATO DE COMODATO EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.

V.I Consideraciones previas

Ya habiendo examinado los elementos y los efectos que produce el contrato de comodato indígena, junto con los estándares de protección internacional antes tratados, se hace necesario efectuar el examen de idoneidad del contrato, en relación con dichos estándares.

Por consiguiente, es importante identificar qué aspectos del comodato pudieran vincularse con la protección entregada por el Derecho Internacional. En este sentido, cabe recordar el capítulo III, donde ya señalamos los aspectos más importantes dentro de la protección legal del Convenio 169 de la OIT.

En dicho capítulo, se mencionan determinados tópicos del Convenio, como el tratamiento de los pueblos indígenas, libre determinación, derecho a la tierra y territorio, recursos naturales y consulta previa. Nos parece que el desarrollo de dichos tópicos es esencial para lograr un estándar de protección integral y adecuado para las comunidades

¹⁹⁸ Loc. Cit.

indígenas, en el contexto del derecho internacional. De esta manera, también es esencial incluirlos dentro del examen de idoneidad.

Ahora bien, la pregunta que pretende resolver este trabajo dice relación con la aptitud del contrato de comodato como herramienta para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado con las comunidades indígenas. La respuesta, probablemente no tiene un matiz dualista, por corresponder a una materia compleja de abordar teniendo en consideración la diferencia, por un lado, de las condiciones materiales de los pueblos a lo largo del país y por otro, de la aplicación de las políticas públicas.

Lo que se pretende desde esta reflexión, no es señalar una postura categórica respecto del contrato, sino que explorar el uso del comodato, a fin de comprender las ventajas y desventajas que supone su uso en estos casos. Así mismo, cabe tener en consideración que las críticas esbozadas, se concentrarán solamente en lo referente al contrato de comodato, sin vincularlo con otras políticas públicas que también se vinculan con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en esta materia (como la ley 19.253 y sus mecanismos de acceso a la propiedad).

V.II Examen de idoneidad del contrato de comodato en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Chile en materia indígena.

a) Tratamiento de los pueblos indígenas y la persona indígena.

En primer lugar, cabe recordar -en términos someros- que la gran innovación del Convenio 169 fue reconocer a los pueblos indígenas como un sujeto colectivo el que se configura como titular de los derechos reconocidos en el Convenio.

En este sentido, para el contrato de comodato indígena, no se vislumbra dicho sujeto colectivo, sino que simplemente se configura a partir de la concepción clásica del derecho

civil del artículo 1438 del Código¹⁹⁹, donde para este caso, existen dos partes, comodante y comodatario, que contratan. El comodante, sería el Estado dueño del inmueble, a través de organismos públicos competentes, y el comodatario, sería la comunidad indígena, que se configura como una asociación con personalidad jurídica, sin fines de lucro. Cabe recordar que dicha personalidad jurídica sin fines de lucro es la única exigencia explícita que hacen los organismos al momento de postular o suscribir al comodato²⁰⁰.

Entonces, si bien no existe la figura de este sujeto colectivo contemplado en el derecho internacional, igualmente a través de la autonomía de la voluntad, estos individuos pertenecientes a la comunidad indígena se asocian y crean una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro para acceder al contrato. Igualmente, cabe señalar que el estándar de protección del Convenio no distingue entre comunidades indígenas que tengan o no tengan personalidad jurídica.

En segundo lugar, respecto de la conceptualización amplia que el derecho internacional efectúa sobre la definición de persona y los pueblos indígenas, a través del análisis llevado a cabo respecto de los contratos de comodato indígena -que están desregulados- no podemos señalar de forma unívoca que dicha conceptualización amplia se hace parte del contrato de comodato indígena. Sobre todo, porque si bien el origen debiera importar en la suscripción de un comodato indígena, la funcionalidad de este -para el comodante- generalmente se traduce en la difusión o la generación de cercanía con la cultura indígena y sus tradiciones. Igualmente, el estándar de protección y definición amplia están incorporados al derecho chileno, lo que significa que los organismos públicos que suscriben estos contratos debieran tenerlo presente.

b) Derecho a la tierra, territorio y recursos naturales.

Los tópicos de “derecho a la tierra y territorio” junto con el del “tratamiento de los recursos naturales” se tratarán de manera conjunta, ya que la consecuencia del contrato de comodato es la misma para ambos.

¹⁹⁹ Art. 1438. Contrato o convención es un acto por el cual **una parte se obliga para con otra** a dar, hacer o no hacer alguna cosa. **Cada parte puede ser una o muchas personas**”.

²⁰⁰ Caulkins, M. Op. Cit. p. 35.

Entendemos que el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales puede ser una relación género-especie, ya que estos últimos forman parte del territorio. Como se comentó anteriormente, la relación de las comunidades con su territorio y recursos naturales en particular es una relación íntima, que va más allá de lo netamente productivo, ya que la realización del derecho al territorio, implica la base para asegurar el derecho a la libre determinación, asegurando de cierta forma la subsistencia de las comunidades de forma integral, frente a la lógica de los Estados modernos.

En el caso del comodato indígena, queda claro que no se asegura el derecho de garantizar la posesión del territorio para los pueblos indígenas, ya que la esencia del contrato de comodato lo configura como un préstamo, constituyéndose los comodatarios como meros tenedores del inmueble.

Si bien esto es problemático, no pareciera sensato imputar al comodato indígena, esta incapacidad de asegurar el derecho del territorio y recursos naturales a los pueblos indígenas, teniendo en consideración la existencia de políticas públicas que tienen expresamente ese objetivo (como los mecanismos de la ley 19.253 ya comentada), pensando que justamente, el comodato pudiera actuar como una herramienta que suple un defecto del alcance de la política pública.

Ahora bien, lo que sí pudiera ser problemático (y objeto de modificaciones en el mismo contrato), es el uso del inmueble prestado, ya que este está sumamente limitado. Si bien esta limitación se enmarca dentro del derecho al territorio, afecta directamente el derecho a la libre determinación en los términos señalados en el Convenio 169 de la OIT, por lo que es de nuestro parecer, tratar más profundamente la problemática en el apartado que viene a continuación.

c) Libre determinación de los pueblos

Es en el tópico de la libre determinación, que tiene como base en el artículo 7.1 del Convenio²⁰¹, donde el comodato indígena -a nuestro juicio- presenta mayores dificultades para su cumplimiento.

²⁰¹ Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual

Cabe recordar, que la particularidad del contrato de comodato, como figura en el artículo 2174 del Código Civil, consiste en “*un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso*”.

Es decir, además de recibir la cosa y restituir en determinado momento, el comodatario está obligado a usarla en los términos convenidos, lo que, lógicamente, significa que el uso no convenido de la cosa será causal de rescisión del contrato.

Ahora, respecto del comodato indígena, como ya fue señalado anteriormente las obligaciones de uso del inmueble para el comodatario, tienen relación directa con la visibilización de la cultura indígena en el entorno (tales como clases de mapuzungún u otros idiomas, talleres de botánica, difusión y vinculación con la comunidad a través de participación en rituales, etc.) de manera gratuita, que si bien se considera positivo en dos aspectos. Primero, para el aseguramiento de la supervivencia a corto plazo de la comunidad, asegurándoles un techo, y segundo como acto de difusión e integración cultural con el entorno urbano.

Ahora bien, las consecuencias positivas que se consiguen suscribiendo este contrato, no parecen suficientes para asegurar el desarrollo de las comunidades, ya que no les permite -o si se quiere, incluso les prohíbe- a las comunidades ejercer ningún tipo de control sobre su desarrollo económico y social relacionado a su forma de vida.

Esto es así, ya que éstas no reciben ningún tipo de beneficio económico ejecutando estas actividades para las cuales están obligados, ni por el comodante (organismo del Estado con competencia), ni por los beneficiarios de las actividades.

Además, estas comunidades deben pagar por sus servicios básicos en el inmueble, lo que, a corto y largo plazo, significa una merma constante del patrimonio de la comunidad al ejercerse dicha limitación en el contrato para el inmueble. La explicación de la ausencia

y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

del beneficio económico se explica porque en los contratos se señala que los “servicios” que las comunidades prestarán deben ser de manera gratuita, explicándose a su vez, en que estos contratos son gratuitos²⁰².

Esto se convierte en un problema para el desarrollo económico y social de las comunidades indígenas en relación con sus costumbres. Como se dijo anteriormente, la relación de la persona y los pueblos indígenas con su territorio es inseparable, lo que significa que la limitación que las comunidades sufren respecto del territorio que ocupan significa una limitación para su desarrollo en todo sentido, tanto económico, como social, o espiritual. En este caso, se aprecia en concreto que el uso del territorio tiene un valor transversal, tanto para la garantía de otros derechos indígenas, como para el aseguramiento y desarrollo de sus formas de vida.

Esta gran limitación que el contrato de comodato indígena impone frente a las comunidades indígenas (que, además, están mucho más mermadas que los organismos del Estado para negociar), se convierte en el mayor problema del comodato indígena como herramienta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales del Estado en relación con los pueblos indígenas.

Ahora bien, también vale la pena mencionar que el derecho del comodante para reclamar anticipadamente la restitución en el caso de una necesidad imprevista y urgente de la cosa pudiera afectar de -cierta forma y en motivos calificados- la certeza acerca de la duración del contrato, lo que también pudiera mermar el derecho a decidir las prioridades de desarrollo de las comunidades. Sin embargo, este tipo de restitución está bastante limitada, y a su vez, se vincula a la esencia del problema de falta de territorio (cuestión de política pública) de las comunidades.

Por otro lado, también advertimos que la desregulación de los contratos de comodato indígena posibilita que los plazos de duración de los mismos sean sumamente diferentes, yendo desde los 4 años hasta los 50. Esto es un problema, puesto que establecer un plazo para el préstamo, significa que el derecho a planificar y decidir el camino para el desarrollo de las comunidades está limitado al tiempo señalado en el contrato (que se define al momento de la negociación de este).

²⁰² Caulkins, M. Op. Cit. p. 53.

Esta afectación a su derecho de libre determinación resulta mayor en los casos en que los contratos tienen plazos cortos. Es necesario remarcar que, en este caso, pareciera que el problema no es necesariamente la existencia del plazo de restitución (el plazo de restitución es parte de la esencia del contrato de comodato), sino que la posibilidad de que este pueda durar 2 años o menos. La sola posibilidad, le produce incerteza a las comunidades respecto de su futuro a corto plazo -que se sigue de la desregulación existente para este tipo de contratos-.

En síntesis, el comodato como herramienta de cumplimiento de obligaciones internacionales, presenta importantes problemas en su autonomía, no asegurando su libre determinación interna de las comunidades. Esto, porque esta herramienta no considera la especial relación entre el desarrollo de las comunidades y su territorio. Si no existe un manejo relativamente libre del territorio que habiten, no hay desarrollo.

d) Derecho a la Consulta Previa.

Un tipo de herramienta como el comodato, no responde especialmente a este tópico. El contrato en sí no se encarga ni pretende suscribirse o construirse a través de este mecanismo que permite la participación de la comunidad en situaciones calificadas y con un estándar de aplicación más o menos definido²⁰³.

En el contrato de comodato indígena, no existe ningún tipo de prevención respecto a la Consulta Previa, tanto para su suscripción, como para otros ámbitos fuera del fondo del contrato. Esto en inicio es lógico, considerando la lógica del derecho civil (igualdad de las partes), y el ámbito más o menos restrictivo en el que la Consulta Previa actúa²⁰⁴.

Ahora bien, cabe recordar que la obligación de la Consulta previa por el Estado de Chile está caracterizada de forma más completa en el Sistema de Evaluación de Impacto

²⁰³ Para más información respecto del estándar de aplicación de la Consulta previa, ver: BCN (2018). Consulta previa indígena, proyectos de ley y recursos naturales. Asesoría Técnica Parlamentaria. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía link: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25589/1/FINAL__BCN2018__Consulta_previa_indigena_y_proyectos_de_ley__Aguas.pdf (visitado el 16/01/2023)

²⁰⁴ Igualmente, cabe recordar que la aprobación de un contrato de cualquier tipo en el que participa el Estado es un acto administrativo, por lo que pudiera existir en determinados casos la Consulta, en caso de la existencia de afectación calificada a una comunidad indígena aparte a la comodataria.

Ambiental (SEIA), la que señala en el artículo 85 del D.S. 40/2013 (reglamento SEIA), que en caso de que un proyecto o actividad genere determinados efectos señalados en el mismo Reglamento y puedan afectar a miembros de comunidades indígenas, se deberá, obligatoriamente someter a un proceso de consulta previa.

En el caso de la Consulta Previa del SEIA, ni la ley ni el Reglamento distinguen entre las comunidades que poseen un título o las mero tenedoras, por lo que, en este sentido, las comunidades indígenas comodatarias, no sufren ningún tipo de tratamiento diferente a las que tienen un título de dominio para ejercer su derecho a ser consultadas previamente. De hecho, la ley sólo señala que es necesaria la afectación de comunidades, por lo que incluso aquellas que no tienen título alguno, también son titulares de este derecho.

CONCLUSIONES

En términos generales, realizamos un estudio de ciertos aspectos de la cosmovisión indígena, junto con un análisis histórico de la evolución de los instrumentos internacionales en la materia, con especial énfasis en las obligaciones que el Estado de Chile suscribió en materia de propiedad y territorios, junto con efectuar un estudio del concepto y características de la propiedad en el derecho común, contrastándolo con el concepto y particularidades de la propiedad indígena reconocido en la ley 19.253 se nos permitió comprender los aspectos jurídicos necesarios que engloban la propiedad indígena, como la fuerte vinculación entre la libre determinación y el concepto de territorio y cómo las obligaciones internacionales ratificadas por Chile se veían reflejadas en la política pública.

La comparación entre las tradiciones civilista y las tradiciones indígenas nos hizo posible dilucidar que en el origen de las instituciones que nos regulan, hay diferencias con las comunidades indígenas: entendemos y vemos las cosas con otros ojos, por lo que, aplicar la misma regla para todos, cuando somos tan desiguales, sólo perpetúa aquella desigualdad, sea al acceso a la información, al entendimiento de lo que uno suscribe, al vincularse con otros, etc.

Luego, habiendo efectuado un estudio del contexto tanto nacional como internacional, también examinamos en detalle al contrato de comodato en el derecho común, para luego desmenuzar las particularidades del contrato de comodato indígena.

Este panorama, nos permitió finalmente determinar la idoneidad del contrato de comodato respecto del cumplimiento de las obligaciones Internacionales suscritas por el Estado de Chile.

Ahora, respondiendo la pregunta de si el comodato indígena es una herramienta idónea para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, podemos entenderlo bajo dos puntos de vista. El primero, nos señala que el comodato indígena es una herramienta idónea, dado que, como una especie de política pública, satisface la necesidad primaria de las comunidades indígenas de tener acceso a la tierra, para que luego las mismas comunidades, que firmaron de manera voluntaria los contratos en estudio, puedan desarrollarse y vincularse con su entorno, de la forma pactada, por lo que se constituiría como un mecanismo que coincidiría con la idea integradora que ha tenido el derecho internacional respecto de las comunidades. Además, teniendo presente el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT²⁰⁵, el cual establece que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten por parte de los Estados que suscriban el Convenio en mención, deberá ser determinado con flexibilidad, puesto que se deben tener en cuenta las condiciones propias de cada país. De ser así, pareciera ser que -dentro de sus capacidades- efectivamente el Estado de Chile estaría en cumplimiento de sus obligaciones internacionales al utilizar herramientas que le son familiares, como lo es el asimilar una instrumento de carácter civil y hacerlo extensible a materia indígena para proveer de tierras a las comunidades indígenas mediante la celebración de los contratos de comodato indígena, lo que finalmente, puede ayudar a mejorar las relaciones entre el Estado y las diversas comunidades.

Una segunda postura, que considera -además de las demandas históricas de reivindicación del territorio por parte de las comunidades- el cumplimiento más estricto de las obligaciones internacionales del Estado en materia de asegurar la propiedad a los pueblos indígenas respecto de sus tierras que han ocupado ancestralmente, claramente el contrato de comodato no sería idóneo, lo que resulta completamente lógico, dado que ~~que~~ la celebración de este tipo de contrato nunca tuvo la intención de transferir el dominio de

²⁰⁵ Artículo 34: La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

los territorios; además, no es el propósito de la existencia del contrato, sino que la ocupación las tierras a favor de las comunidades indígenas.

Ahora bien, en lo que notamos que el contrato de comodato indígena falla de grave manera, es al implementar dicho contrato con cláusulas “tipo” que restringen la libre determinación de los pueblos indígenas. Este aspecto es la gran deficiencia del comodato indígena, considerando al artículo 34 citado, en cuanto dicha deficiencia no viene dada por las condiciones propias del país, sino que se constituye como una característica perfectible del contrato.

La prohibición de lucrar en el inmueble va en contra de todo principio neoliberal de nuestra cultura occidental; se les está prohibiendo el desarrollo libre en materia económica, que las propias comunidades puedan tomar decisiones de forma libre, respecto de cómo pueden vincularse con su entorno, afectando gravemente la libertad inherente a toda persona humana.

Incluso, si hacemos aún más extensible este argumento, se podría entrar en el análisis de que existe un trato discriminatorio a las comunidades, afectando gravemente el derecho a la igualdad, puesto que, el Estado al tomar decisiones de cómo se deben desarrollar las comunidades, les está dando un trato distinto cuando celebra contratos con otras personas, sean naturales o jurídicas.

Lo interesante de esta situación es que el contrato de comodato indígena está desregulado, entonces, ahí se podría analizar si es mejor aplicar otro contrato, o tal vez, regular el contrato de comodato indígena.

Nuestro parecer es que, si se logra regular el contrato de comodato indígena, en la línea de subsanar la prohibición de llevar a cabo actividades lucrativas en el inmueble, se haría frente a dicha limitación a nuestro parecer, gravosa para las comunidades. En esta misma línea, cabe mencionar que la regulación del contrato de comodato indígena es conveniente para las comunidades en cuanto les otorga certidumbre respecto a los efectos del contrato -como las cláusulas tipo, plazos máximos y mínimos, prohibiciones, etc- reforzando de cierta manera el derecho a la libre determinación para las comunidades.

El punto es que, el contrato de comodato indígena, regulado, es idóneo para mantener relaciones sanas entre el Estado y las comunidades, siempre y cuando sea el norte de la celebración de dicho contrato, el acceso a las tierras y el derecho a la libre determinación. Con todo, el cumplimiento pleno de las obligaciones internacionales del Estado en materia indígena, y propendiendo a la integración efectiva y al mejoramiento de las relaciones entre las comunidades y el Estado, es una larga tarea que comprende cambios estructurales en nuestro Estado que exceden de lo meramente jurídico.

BIBLIOGRAFÍA.

- <https://www.parquemt.cl/quienes-somos/>
- Abeiluk Manasevich, R. (2009). *“Las Obligaciones. Tomo II”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Alcalde Silva, J. (2018). *“De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”* en Revista de Derecho Privado, N°26.
- Aguilar Carvallo, G. (2016). *“Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”*. Boletín mexicano de derecho comparado, num. 146.
- Aylwin Oyarzún, J. (2004). *“Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno”*. Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, Chile.
- Aylwin Oyarzún, J. y Yañez Fuenzlidá, N. (2013) *“Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. En: Los pueblos indígenas y el derecho”*. Lom Ediciones, 1° Edición, Santiago, Chile,
- Barcia Lehmann, R. (2010). *“Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo IV. De los Bienes”*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Barcía Lehmann, R. (2014) *“De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”*. Revista Chilena de Derecho Privado , N°23, Santiago, Chile.
- Barcia Lehmann, R. (2010) *“Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Bello Maldonado, A. (2004) *“Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones”*, en Aylwin Oyarzún J. *“Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno”*, IEI, Temuco, Chile.

- Berlin, I. (2002) *“Two Concepts of Liberty”*, Oxford, Oxford University Press.
- Berraondo López, M. *“Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos”*, en Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2009).
- Bidart Campos, G. (1989) *“Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III”*, Edinar, Buenos Aires.
- Burgogue-Larsen, L. (2014). *“El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”*, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 12, Nº 1, 2014, pp. 105-161.
- Carbonell Sánchez, M. (2001) *“Minorías Etno-Culturales y Derechos Colectivos: premisas conceptuales”*, en Valdés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (coords.), *“Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Vol. III”* En Aylwin Oyarzún, J., Meza-Lopehandía Glaesser, M., Yáñez Fuenzalida.
- Cárdenas Villarreal, H. (2021). *“Tensiones entre la Propiedad Civil y la Propiedad Indígena: Consideraciones de Derecho Privado a propósito de la demanda territorial Mapuche”*, Revista Ius Et Praxis, año 27, Nº3.
- Caulkins, M. (2020). *“Lucha silenciosa por el derecho (Indígena) a la ciudad: Comodatos mapuche en el A.M. de Santiago de Chile”*. Geográfica Del Sur, 9, 27-43., De: Fontana M. y Caulkins M. (2016): *Espacios Mapuche en el Área Metropolitana de Santiago Hoy: Paradojas sobre la propiedad y el territorio*. Revista Planeo, 28, 1-12.
- Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005. Serie C No.51.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Contrato de Comodato entre Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitana y Centro Cultural Indígena de Santiago Conacin, Repertorio Nº12-807, Nº de Protocolización 2.161, de fecha 12 de marzo de 2015, Notaría Nº42.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982) *“Otros tratados”* objeto de la función consultiva de

la Corte. Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/

82 del 24 de septiembre de 1982.

- ¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1982) “*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*”, Opinión Consultiva OC-

2/82, del 24 de septiembre de 1982.

- CIDH, Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1111, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X.

- Cuadernillo CIDH.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

- Decreto Municipal N°111, Municipalidad de Longaví, de fecha 21 de enero 2020.

- Decreto Municipal N°186, Municipalidad de Temuco, de fecha 22 de enero 2021.

- El Ciudadano. (2015). Denuncia fraude y engaño en el concurso de subsidio de adquisición de Tierras de CONADI en la Región Metropolitana. Recuperado de <https://www.elciudadano.com/politica/denuncia-fraude-y-engano-en-el-concurso-de-subsidio-de-adquisicion-de-tierras-de-conadi-en-la-region-metropolitana/05/05/>

- Faúndez Ledesma, H. (2004) “*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3° edición*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

- Figueroa Yañez, G. (2010) “*Curso de Derecho Civil*”. Tomo I, 5ta Edición, N°127, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

- Gaete, L. (2012) “*El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*”. Revista *Ius et Praxis*, año 18, N°2.

- González Parra, C. y Simon W., J., (2008) “Ciudadanía Multicultural y Pueblos Indígenas: exclusión e inclusión”, en Bello Maldonado, A y Aylwin Oyarzún, J.

- Gros Espiell, H. (2004). “*Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos*”. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N°4, págs. 145-172.

- Guía Legal sobre Convenio 169 de la OIT. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>

- Hervé, D. y Pérez, S. (2012). “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”. En: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación”, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Dirección de Extensión y Publicaciones.
- Hitters, J., (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°10, México D.F, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
- Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato para los Pueblos Indígenas. Año 2003.
- Leary, V. (1999) “La utilización del Convenio N° 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas”, San José, IIDH.
- Mandato de Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>
- Martínez Cobo, J. (1987) “Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Vol. V Conclusiones, propuestas y recomendaciones” Nueva York, Naciones Unidas.
- Maturana Castillo, A. y Rogers Bozzolo, S. (2013) “Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT. Justicia Ambiental”. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA. Número 5, diciembre 2013.
- Meza Barros, R. (2010) “Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones” Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2010) Simposio “Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile”, Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, En: Gaete Uribe, L. (2012). “El Convenio 169: Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”. Ius et Praxis, 18(2). En <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>
- Meza-Lopehandía Glaesser, M. (2009) “Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile, Una mirada desde el ordenamiento jurídico y chileno y la urgencia del Reconocimiento”. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- Montt Oyarzún, S. y Matta Aylwin, M., (2011). “Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile”. En Estudios Públicos 121.

- Nash Rojas, C. (2006). “*La protección internacional de los derechos humanos*”. pp 6 y ss. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142636>
- Nash Rojas, C. (2014). “*La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos*”. En: Bazán, V. y Nash Rojas, C. “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico*”. Colombia, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung.
- Nash Rojas, C. (2012). “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Observación General (CEACR) - Adopción: 2008, Publicación: 98ª reunión CIT (2009) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YE_AR:3066698,,,2008
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), “*Convenio n°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual*”. En: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), “*Guía para la aplicación del Convenio número 169 de la OIT*”.
- Omar Seleme, H. (2019) “*Libertad como no- interferencia y abogacía*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Peces Barba, G. (1995). “*Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*” Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, España.
- Peñailillo Arévalo, D. (2010). “*Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile,
- Pinto Rodríguez, J. (2000). “*De la inclusión a la exclusión: la formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*”, Instituto de Estudios Avanzados (USACH), Santiago, Chile.
- Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual, 2003. En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100764.pdf

- San Martín, J. “Alcance de la prohibición de ‘enajenar’ tierras indígenas en el Art. 13 de la Ley N° 19.253” en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/alcance-de-la-prohibicion-de-enajenar-tierras-indigenas-en-el-art-13-de-la-ley-n-19-253/>
- Seelau, L. y Seelau, R. (2012). “Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile”. En Contesse, J., “El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación” Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- Somarriva Undurraga, M. (2010) “Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad” en “Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales”. de Raúl Tavolari Olivares.
- Somarriva Undurraga, M. (2008). “Derecho Sucesorio. Tomo II”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 508.
- Tapia Rodríguez, M, (2018) “El Código Civil: Evolución y perspectivas”, Ediciones Olejnik, Santiago, Chile.
- Villanueva Gajardo, F y Morales Castillo, D. (2017). “El derecho de propiedad indígena: análisis comparado de la legislación e institucionalidad nacional y estándares en tratados internacionales de derechos humanos” Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- Zalaquett Daher, J. (2008) “La declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas”, Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.