



**EL
CONVENIO
169 DE LA
OIT Y EL
DERECHO
CHILENO**

**MECANISMOS
Y OBSTÁCULOS
PARA SU
IMPLEMENTACIÓN**

JORGE CONTESSE SINGH, EDITOR

**EL
CONVENIO
169 DE LA
OIT Y EL
DERECHO
CHILENO**

**MECANISMOS
Y OBSTÁCULOS
PARA SU
IMPLEMENTACIÓN**

© El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2012

Registro de propiedad intelectual. Inscripción n° XXXXXXXX
ISBN

Editor general
Jorge Contesse Singh

Edición
Andrea Palet

Diseño
Rosario Arellano · Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**EL
CONVENIO
169 DE LA
OIT Y EL
DERECHO
CHILENO**

**MECANISMOS
Y OBSTÁCULOS
PARA SU
IMPLEMENTACIÓN**



CentroDerechosHumanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



**HEINRICH
BÖLL
STIFTUNG
CONO SUR**

ÍNDICE

Presentación, <i>Jorge Contesse</i>	11
I. ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA A LOS ESTÁNDARES IMPUESTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS NATURALES <i>DOMINIQUE HERVÉ Y SERGIO PÉREZ</i>	15
Síntesis	17
Introducción	21
A. Protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en el ámbito internacional	23
1. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	23
1.1 <i>Antecedentes</i>	23
1.2 <i>Artículos relevantes del Convenio</i>	24
2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	32
2.1 <i>Antecedentes</i>	32
2.2 <i>Artículos relevantes de la Declaración</i>	33
3. Jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos	37
4. Tabla resumen	50
B. Protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Chile	56
1. Antecedentes	56
2. Legislación nacional	58
2.1 <i>Derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios</i>	58
2.2 <i>Derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales</i>	62

2.3. <i>Derecho de los pueblos indígenas a conocer los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo</i>	98
Conclusiones	99
Comentario de Nancy Yáñez	102
Comentario de Manuel Matta	110
II. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT	
DIANA MAQUILÓN	119
Introducción	121
1. Los indígenas como pueblos titulares de derechos colectivos	123
2. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas en el nivel internacional	126
2.1. <i>Derecho a la educación</i>	128
2.2. <i>Derecho a la salud</i>	142
3. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas en Chile	160
3.1. <i>Educación</i>	160
3.2. <i>Salud</i>	170
Conclusiones	177
Comentario de Domingo Lovera	179
Comentario de Sergio Fuenzalida	183
III. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT	
NOTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE	
JORGE CONTESSE	189
Introducción	191
1. El derecho a consulta previa como elemento transversal del Convenio 169	193
1.1. <i>Características de la consulta previa</i>	194
2. Estándares internacionales y situación actual en Chile	201
2.1. <i>Regulación constitucional de la consulta previa</i>	202
2.2. <i>Regulación infraconstitucional de la consulta previa</i>	205
2.3. <i>Jurisprudencia sobre el Convenio 169</i>	209
3. Posible regulación por vía de ley	226

Conclusión	227
Comentario de Lucas Sierra	229
Comentario de Manuel Núñez	232

IV. IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA EN CHILE

LAURA M. SEELAU Y RYAN SEELAU 241

Introducción 243

1. El concepto de libre determinación 244

2. Implementación en Chile del derecho indígena a la libre
determinación 257

Conclusiones 275

PRESENTACIÓN

Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que manifiesta su voluntad de encauzar las políticas internas siguiendo las directrices y los estándares que la comunidad internacional ha venido adoptando desde al menos la segunda mitad del siglo veinte. Durante mucho tiempo, la doctrina constitucional ha debatido acerca de la jerarquía que esos tratados ocupan en la estructura normativa chilena, o bien, de forma más reciente, sobre la incorporación o no al derecho chileno de los derechos que esos instrumentos consagran. La jurisprudencia tampoco ha sido consistente respecto de esta importante cuestión, generando más preguntas que respuestas en la aplicación del derecho. Pero, más allá de las diversas posiciones que juristas y jueces mantienen sobre el tema, lo cierto es que Chile participa activamente de la producción y aplicación de normas de derecho internacional y declara su compromiso respecto de su cumplimiento dentro del país.

En materia de derechos de los pueblos indígenas, y después de casi veinte años de tramitación en el Congreso, Chile ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tratado internacional vinculante de mayor relevancia que establece derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas.¹ Su ratificación por parte de Chile fue una de las promesas que los representantes de pueblos indígenas obtuvieron del entonces candidato presidencial, Patricio Aylwin, en el denominado Acuerdo de Nueva Imperial, semanas antes de la primera elección presidencial tras la dictadura militar, y en la misma época en que las elites políticas habían acordado modificar la Constitución para dar cuenta de un renovado compromiso con la vigencia y protección de los derechos fundamentales, principalmente por medio de la reforma al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución. Y si bien el gobierno

¹ En 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la que innova en una serie de estándares jurídicos pero que, a diferencia del Convenio, tiene un valor normativo diferente, ya que no es en rigor un "tratado" internacional.

de Aylwin envió prontamente al Congreso el tratado –junto con otras propuestas legislativas sobre derechos de pueblos indígenas, como lo que sería la ley indígena de 1993 o el proyecto de reconocimiento constitucional, aún pendiente–, las fuerzas políticas demoraron décadas en dar su aprobación para que el tratado finalmente entrara en vigor. Dudas sobre la utilización del vocablo “pueblo”, así como la manera en que las normas allí establecidas podrían hacerse compatibles con el derecho chileno, acostumbrado a una tradición de derechos individuales y de poco espacio normativo para las demandas y los intereses de los pueblos indígenas, retrasaron la ratificación del Convenio.

El presente libro tiene por objeto aportar al debate sobre la implementación del Convenio 169 en Chile. Para ello se presentan tres estudios –sobre recursos naturales, derechos sociales y derecho de consulta, respectivamente–, acompañados por comentarios de juristas y profesores de derecho. Finalmente, se incluye un estudio especial sobre el derecho de autodeterminación y los desafíos que se presentan en Chile para su implementación. Los trabajos fueron presentados en diversos coloquios abiertos al público, organizados durante 2011.

Uno de los temas más sensibles para la protección de los derechos de pueblos indígenas dice relación con el uso y la administración de los recursos naturales. Es campo de batallas legales y políticas que inciden no solo en el reconocimiento de derechos de estos pueblos, sino también en las posibilidades de desarrollo e inversión que interesan a los gobiernos. Para iluminar esta materia, Dominique Hervé y Sergio Pérez, directora y ayudante del Programa de Derecho y Política Ambiental UDP, respectivamente, abordan con profundidad los estándares internacionales sobre administración y uso de recursos naturales por los pueblos indígenas, y analizan las normas del derecho chileno a la luz de dichos estándares. Comentan críticamente el artículo Nancy Yáñez, académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y codirectora del Observatorio Ciudadano, y el abogado Manuel Matta.

En seguida, la abogada Diana Maquilón explora la situación de los derechos sociales en el marco del Convenio 169, poniendo énfasis en el derecho a la educación y el derecho a la salud. Maquilón contrasta estos estándares con la situación chilena, mostrando cómo la categoría normativa de derechos “colectivos” tiene consecuencias al momento de legislar o adoptar decisiones de política pública respecto de los pueblos indígenas y sus derechos sociales. El texto es comentado por Sergio Fuenzalida, director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central y consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y por Domingo Lovera, profesor de la Facultad de Derecho de la UDP.

En tercer lugar, un trabajo de mi autoría analiza la situación del derecho a consulta previa. La OIT lo ha señalado como el “núcleo” del Convenio 169, razón por la cual se hace necesario contar con informa-

ción respecto de los estándares técnicos que lo regulan y, desde luego, de la adecuación o no del derecho chileno. Aquí se analiza la manera en que se ha normado en el nivel administrativo, alejándose de los estándares internacionales, así como la jurisprudencia más relevante que permite comprender el modo como los jueces abordan la materia. El texto es comentado por Manuel Núñez, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y por Lucas Sierra, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y coordinador académico del Centro de Estudios Públicos.

Finalmente, Laura Seelau y Ryan Seelau exploran los contornos del derecho a la libre determinación y la manera en que el derecho chileno se aleja de su realización, para luego sugerir avenidas para su adecuación normativa. Los autores articulan una escala de cumplimiento de este derecho, desechando las visiones binarias que reducen a un todo y nada la manera como se ejerce e implementa este importante derecho. Se trata de una contribución que permite entender mejor el contexto, particularmente en el nivel de las obligaciones internacionales, que impone a Chile el deber de ajustar su legislación sobre pueblos indígenas y sus derechos, y que debiera servir para análisis futuros que pongan énfasis en los estándares no solo del Convenio, sino del derecho internacional general.

El ánimo que ha motivado este libro no es otro que preguntarse por el rol que el derecho cumple para los propósitos de inclusión social que una democracia constitucional debe ofrecer a quienes habitan su territorio. Como se dijo, en el marco de una tradición de derechos individuales es preciso estudiar la manera en que un horizonte normativo nuevo, que pone en el centro una categoría de derechos “colectivos”, ha de ser incorporado por el Estado. De la lectura de los trabajos y comentarios aquí compilados se desprende que para algunos la técnica de los derechos no admite tal categorización de facultades “colectivas”, la que crearía problemas graves en la aplicación del derecho; mientras, otros ven como un hecho el que, una vez ratificado un tratado como este, el Estado simplemente deba abocarse a la tarea de adaptar su legislación interna, como ordena el derecho internacional de los tratados. En cualquier caso, para jueces, legisladores, estudiantes y estudiosos del derecho la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT presenta problemas teóricos y prácticos que han de abordarse para que el país cumpla con sus compromisos internacionales, para empezar, y sobre todo para que las expectativas que los propios pueblos indígenas han puesto en el derecho no se deshagan, minando la autoridad y la legitimidad social que las normas jurídicas están llamadas a tener.

Este proyecto no habría sido posible sin el apoyo y colaboración de muchas personas. Desde luego, agradezco a los autores y comentaristas

tas que han puesto su talento y conocimiento a disposición de quienes trabajamos en derechos humanos desde la academia. También a los participantes de los talleres donde se discutieron los trabajos que están ahora en sus manos. Y por cierto a la Fundación Heinrich Böll, la que desde un inicio creyó en la necesidad de profundizar el conocimiento sobre estas materias. Agradezco sinceramente a todos su disposición a trabajar en forma colectiva.

En la Universidad Diego Portales, quiero especialmente agradecer el trabajo de Carmen Gloria Álvarez, asistente de proyectos del Centro de Derechos Humanos, y a mis colegas Francisco Cox, Alberto Coddou, Domingo Lovera y Alejandra Otero, cuya pasión y compromiso con el estudio y promoción de los derechos humanos no se encuentran fácilmente. He tenido el privilegio de trabajar con Andrea Palet, quien una vez más ha cuidado la edición del trabajo, y Matías Rivas, director de Ediciones UDP. A ellos se debe que un compilado de páginas tenga la forma de un libro y que este se encuentre ahora a vuestra disposición.

Jorge Contesse Singh

Marzo 2012

**I. ADECUACIÓN DE
LA LEGISLACIÓN
INTERNA A LOS
ESTÁNDARES
IMPUESTOS PARA
LA ADMINISTRACIÓN
DE RECURSOS
NATURALES**

Investigadora principal
Dominique Hervé Espejo
Coinvestigador
*Sergio Pérez Correa**

* Dominique Hervé es directora y Sergio Pérez es ayudante del Programa de Derecho y Política Ambiental UDP. Los autores agradecen los comentarios de Juan Pablo Aristegui, investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental, y de Cristhian de la Piedra, profesor de la Clínica de Justicia Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. También agradecen los comentarios de los abogados Nancy Yáñez y Manuel Matta, y de quienes participaron en una sesión de discusión de este trabajo convocada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, realizada el 25 de mayo de 2011. Por último, agradecen los comentarios enviados por Rosario Vial y Carolina Andrade, abogadas del Centro de Energías Renovables de la Corfo, y de Francisco Bascuñán, abogado de la División de Asuntos Internacionales del Ministerio del Medio Ambiente.

SÍNTESIS

El presente trabajo se desarrolla en torno de dos objetivos principales. El primero es *identificar y explicar los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales*, de acuerdo con el derecho internacional, considerando el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esencia, los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales son los siguientes: i) derechos sobre tierras y territorios, incluyendo la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera (arts. 13 y 14 del Convenio 169); ii) derechos sobre los recursos naturales que se encuentran en dichas tierras y territorios, y que comprenden la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos (art. 15 N^o 1 del Convenio 169); iii) si los recursos naturales son de propiedad del Estado, o si este ejerce derechos sobre ellos, los derechos que reconoce el Convenio 169 a los pueblos indígenas son el derecho a consulta antes de la prospección o explotación de los recursos, el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos, y el derecho a indemnización por los daños que se ocasionen a raíz de la prospección y explotación de los recursos (art. 15 N^o 2 del Convenio 169), y iv) el derecho a conocer los impactos ambientales de las actividades que se desarrollen en sus tierras (art. 7 N^o 3 del Convenio 169).

El segundo objetivo es *proponer un método para evaluar si el ordenamiento jurídico nacional sobre los recursos naturales reconoce los derechos de los pueblos indígenas ya identificados*. El modelo que aquí se propone se basa a su vez en dos consideraciones: la titularidad de los recursos naturales y la distinción entre tierras y territorios.

Lo primero se justifica porque el artículo 15 del Convenio 169 distingue entre dos categorías de recursos naturales: aquellos sobre los cuales el Estado ejerce propiedad u otros derechos y los demás recursos naturales.

El ordenamiento jurídico nacional distingue cuatro categorías de recursos naturales, que determinan las diversas facultades que tendrán el Estado y los particulares sobre ellos: recursos naturales de dominio público, recursos naturales “comunes a todos los hombres”, recursos naturales de dominio privado y recursos naturales de dominio indeterminado.

Respecto de lo segundo el trabajo distingue, en cuanto a los recursos naturales de dominio privado, entre la situación en que se encuentran los recursos naturales existentes en “tierras” indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 19.253 (ley indígena), de los recursos naturales existentes en “territorios” indígenas, concepto que nuestra legislación no reconoce expresamente. Sin perjuicio de ello, hay dos figuras jurídicas que podrían implicar un reconocimiento de dicho concepto: las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO).

De esta manera, a partir tanto de la *titularidad* de los recursos naturales como de la *distinción entre tierras y territorios*, se analiza el estatuto jurídico nacional aplicable a cada recurso natural y se evalúa si reconoce el o los derechos que de acuerdo con el artículo 15 N^o 1 y N^o 2 del Convenio 169 le corresponden a cada categoría.

Se examina la situación de los siguientes recursos naturales: i) recursos de dominio privado: recursos forestales, fauna terrestre (silvestre o no silvestre), recursos hidrobiológicos y flora; ii) recursos de dominio público: recursos minerales, recursos hídricos, recursos del borde costero, lecho marino, y de ríos y lagos; se incluyen aquí también algunos aspectos de la legislación de energía, y iii) recursos de dominio indeterminado: recursos genéticos.

Las principales *conclusiones* a las que llega el trabajo son las siguientes:

1. En cuanto a la implementación de los derechos que reconoce el Convenio 169 relativos a los recursos naturales de propiedad privada situados en “tierras” indígenas, el derecho de propiedad que ejercen los pueblos indígenas resulta, en general, suficiente para garantizar los derechos que reconoce el Convenio 169.
2. Sin embargo, para aquellos recursos ubicados en “territorios” indígenas, esto es, en terrenos consuetudinariamente utilizados por los pueblos indígenas que no se encuentran dentro de la categoría de “tierras” indígenas de acuerdo con la Ley 19.253, las alternativas que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico actual son dos: aceptar que esos territorios son solo aquellos que han sido protegidos como ADI y ECMPO, en cuyo caso correspondería promover la creación de este tipo de espacios para garantizar estos derechos y, además, modificar la legislación aplicable a estas figuras en la medida que sea necesario para reconocer efectivamente los derechos que

el Convenio 169 les otorga en esta materia a los pueblos indígenas; o bien sostener que se trata de una cuestión que se debe resolver caso a caso, al analizar el interés concreto que las comunidades indígenas hagan valer al ejercer este derecho reconocido por el Convenio.

3. Nuestra legislación sectorial no cumple con los estándares del Convenio 169 respecto de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de dominio público. Por lo tanto, es necesario implementar adecuadamente el derecho de consulta y diversos mecanismos que permitan hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en los beneficios provenientes de la explotación de los recursos. Seguramente esto último requerirá de un análisis especializado desde el derecho tributario, económico y de seguridad social.
4. En cuanto al derecho a conocer los impactos ambientales de los proyectos que se desarrollen en tierras y territorios indígenas, la nueva legislación ambiental cumple con los estándares exigidos, ya que establece mecanismos de acceso a información que, si se implementan adecuadamente, permitirán ejercer este derecho.
5. Por último, sobre el derecho a indemnización, para hacerlo efectivo seguramente será necesario modificar el sistema regular de responsabilidad civil chileno, de manera que los pueblos indígenas puedan hacer valer colectivamente la acción. Junto con ello, se debe resolver qué daños son los que se deben indemnizar, cómo se valorizan y cuál es el interés jurídico protegido en estos casos.

INTRODUCCIÓN

Los recursos naturales de un país, región o localidad han sido, son y serán un elemento fundamental en su desarrollo económico. Gracias a su explotación, las naciones elevan en mayor o menor medida la calidad de vida de su población y se acercan al “desarrollo”.

Ahora bien, los estilos de vida de la población de las naciones no siempre son uniformes. Los pueblos originarios, que existen desde hace centenares o miles de años, suelen relacionarse con los recursos naturales que los rodean –de los cuales obtienen su sustento– de una manera completamente diferente del resto de los habitantes. Los bosques, la tierra, el agua, los minerales o el petróleo son para ellos fuentes de riqueza, pero la relación que los vincula a tales recursos sobrepasa la variable meramente económica o productiva. A este respecto, el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas,¹ José R. Martínez Cobo, sostiene que “es esencial que se conozca y comprenda la relación especial, profundamente espiritual, de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tales, y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción (...) la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente”.²

Tanto en el pasado como en la actualidad, la manera en que los pueblos originarios manejan los recursos naturales supone un vínculo espiritual con la naturaleza, que le otorga al indígena lo necesario para su subsistencia. En Chile no es distinto. Como señalan Richeri y otros, “los mapuches y araucanos tenían una cosmovisión basada en el mantenimiento del orden del universo y todas las cosas, que solo es posible en la medida que el actuar del hombre sea el correcto. Caso contrario, ese orden establecido se quebrará desatando el conflicto entre las fuerzas positivas y negativas en

1 Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations”, Documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, párrafos 196 y 197.

2 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, 2009, p. 91.

relación con la Che o Ce (el pueblo). El respeto por la Naturaleza constituía la base filosófica para transformarla en un recurso para la reproducción de la existencia de los pueblos, y el primer paso [hacia] un conocimiento mayor sobre los ecosistemas que habitaban”.³

Pero la posibilidad de seguir utilizando sus tierras ancestrales y recursos naturales, parte fundamental de la filosofía de los pueblos originarios, ha venido disminuyendo drásticamente desde el siglo xv. Su historia se caracteriza “por el exterminio físico y cultural, la opresión política, la explotación económica y la apropiación de sus recursos naturales por la administración colonial según las épocas y regiones”.⁴

Según la presidenta del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas,⁵ la mayor parte de los recursos naturales restantes en el mundo –minerales, fuentes potenciales de energía y muchos más– se encuentra en los territorios de los pueblos indígenas. El acceso a esos recursos, su propiedad y utilización siguen siendo una cuestión contenciosa.

El problema se acrecienta cuando se trata de recursos forestales. Según Naciones Unidas, alrededor de 60 millones de indígenas de todo el mundo dependen casi por entero de los bosques para sobrevivir. El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas desde sus bosques tradicionales, como resultado de leyes que favorecen los intereses de empresas comerciales, es un factor fundamental en el empobrecimiento de esas comunidades.⁶

El trabajo del que se da cuenta en este capítulo busca, en primer lugar, identificar y analizar los derechos que el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales reconocen a los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, y determinar el contenido específico de esos derechos. Luego se analizará la legislación nacional relevante con el objeto de determinar si debe modificarse para implementar los derechos reconocidos en esta materia por el derecho internacional de los pueblos indígenas.

3 Paola Richeri, Javier Ordoqui y Facundo Hernández, “Los pueblos originarios y los recursos naturales. Filosofía, territorio e identidad en la construcción del desarrollo latinoamericano en el siglo XXI”, www.docstoc.com.

4 *Íd.*

5 Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Los pueblos indígenas. Tierras, territorios y recursos naturales”, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2007, p. 3.

6 *Íd.*, pp. 3-4. “Indonesia posee el 10 por ciento de los recursos forestales del mundo, que proporcionan medios de vida a aproximadamente 30 millones de personas indígenas. De los 143 millones de hectáreas de territorios indígenas que están clasificados como tierras forestales estatales, casi 58 millones están en manos de empresas madereras, y el resto se está convirtiendo en plantaciones comerciales. En el África oriental y la Cuenca del Congo, la creación de zonas forestales protegidas ha sido causa del desplazamiento de decenas de miles de personas indígenas y amenaza su supervivencia de subsistencia”.

A. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE TIERRAS Y RECURSOS NATURALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En 1989, la OIT adoptó el Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, y en 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295).⁷

Según la OIT,⁸ ambos textos “constituyen la culminación de años de discusiones y negociaciones entre gobiernos y pueblos indígenas, y constituye un logro histórico que aporta a la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos de los pueblos indígenas”.⁹

1. CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

1.1. Antecedentes

El objetivo primordial del Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante el Convenio) es contribuir al reconocimiento y protección de los derechos de los “pueblos interesados”.¹⁰

⁷ Estos documentos se refieren exclusivamente a los pueblos originarios. Esto no quiere decir que ellos no estén incluidos en los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sea que se trate de instrumentos de *soft law* o de tratados vinculantes. Destacan entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (especialmente el artículo 23), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (especialmente el artículo 21), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

⁸ OIT, op. cit., p. 5.

⁹ Actualmente existe consenso en que, más que perfeccionar el derecho internacional, corresponde implementar tal marco normativo en los países signatarios, con el objetivo de que la protección de los pueblos indígenas sea concreta y efectiva.

¹⁰ Conforme lo establece en su artículo primero, el Convenio entiende por “pueblos interesados” tanto a “pueblos tribales” como a “pueblos indígenas” en países independientes. A los primeros “los define el hecho de que tengan condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”. A los segundos, “el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que cualquiera sea su situación jurídica conservan sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. En este capítulo los términos “pueblos originarios”, “pueblos indígenas” y “pueblos interesados” se usarán en forma indistinta.

La incorporación y posterior ratificación del Convenio exige a las naciones signatarias una serie de adecuaciones de su regulación sectorial, sobre todo porque muchos de los derechos consagrados son genuinos derechos humanos, derechos fundamentales reconocidos por la mayoría de las naciones.

En términos generales, el Convenio protege a los pueblos interesados de diversas formas. Reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, y establece en su favor un conjunto de derechos políticos (participación en el Estado, consulta y autogestión), territoriales (derechos de propiedad y posesión sobre las tierras, los territorios y los recursos naturales indígenas) y culturales (derecho consuetudinario, educación y salud pertinentes, entre otros).

A continuación se analizan los derechos relacionados con el territorio desde la perspectiva de los recursos naturales, materia de esta investigación. Para averiguar qué derechos suponen para las comunidades indígenas, se examinarán los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio.

1.2. Artículos relevantes del Convenio

En el artículo 13, el Convenio reconoce la especial importancia que los pueblos interesados otorgan a las tierras o territorios, por lo que es un criterio de interpretación de todas las normas del Convenio. En consecuencia, exige a los Estados el “respeto” de las particularidades con que los pueblos indígenas se relacionan con sus tierras y territorios, especialmente en lo que se refiere al aspecto colectivo de sus derechos. Tal reconocimiento tiene por objeto asegurarles lo necesario para su supervivencia como pueblo.

Asimismo, se establece que el concepto “tierra”, empleado en los artículos 15 y 16, abarca la totalidad del territorio que emplean los pueblos indígenas, que según la OIT¹¹ incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros, además de la superficie y el subsuelo. Tampoco se limita a las tierras ocupadas permanentemente, sino que abarca todas aquellas a las que tienen acceso para sus actividades o que “utilizan de alguna otra manera”. En el hábitat se incorporan los aspectos sociales y culturales, lo que subraya la dimensión política de la propiedad indígena.¹²

Los artículos que se examinan a continuación están relacionados, ya que los recursos naturales (art. 15) se ubican en las tierras que ocupan los indígenas (art. 14), de donde eventualmente estos últimos pueden ser trasladados (art. 16).

¹¹ OIT, op. cit, p. 91.

¹² Juan Manuel Salgado y María Micaela Gómez, *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Neuquén, Argentina, 2010, pp. 190-191.

1.2.1. Artículos 13 y 14

Artículo 13:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término “tierras” en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Ya se hizo referencia al contenido del artículo 13 del Convenio, por lo que ahora corresponde analizar el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras que hace el artículo 14. En efecto, la propiedad es la primera dimensión del derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos que aborda el Convenio. Dicha propiedad deberá “reconocerse”, lo que implica que el derecho existía con anterioridad al Convenio, no nace con este. Así, tomando en cuenta la historia de desplazamientos y vulnerabilidad de los pueblos indígenas, el artículo 14 consagra una protección especial para ellos en cuanto al derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, como también de las que no están exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso. Como señala la OIT, estas “son tierras que los pueblos indígenas habitaron a lo largo

del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Es por ello que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados”.¹³

Los Estados deberán tomar medidas para determinar cuáles son estas tierras y garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y de posesión. El Convenio insta a los Estados a crear procedimientos para solucionar la reivindicación de tierras, procedimientos que “pueden adoptar diversas formas, y en algunos casos incluir medidas como la demarcación y otorgamiento de títulos, y en otros puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración. Lo importante es que el proceso de identificación y protección de las tierras forma parte de las medidas coordinadas y sistemáticas del gobierno para garantizar el respeto por la integridad de los pueblos indígenas y asegurar las consultas adecuadas con respecto a las medidas propuestas”.¹⁴

Estas disposiciones se relacionan estrechamente con los artículos 17 y 18 del Convenio, relativos al respeto de las modalidades de transmisión de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, a impedir que personas extrañas se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento de las leyes para apropiarse de sus tierras, y al establecimiento de sanciones apropiadas para estos casos.

1.2.2. Artículo 15

Artículo 15:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible,

¹³ OIT, op. cit., p. 94.

¹⁴ *Íd.*, pp. 95-96.

en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Salgado y Gomiz destacan que “la especial protección constitucional e internacional de los pueblos indígenas y el carácter público de su propiedad imponen un conjunto de normas relativas a los recursos naturales que no guardan semejanzas con las del derecho privado, y que tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas (...). Es que el principal fundamento de estos derechos no se encuentra sólo en la ‘propiedad’, con sus resonancias de derecho privado, sino en la libre determinación. El artículo 1 común a los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos (...) establece que ‘Para el logro de sus fines, *todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. *En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia*’. Es con este *alcance* que deben interpretarse los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales”.¹⁵

El principio básico, consagrado por el numeral primero, otorga a los pueblos indígenas el derecho a los recursos naturales de sus territorios y a participar en su utilización, administración y conservación. Continúan Salgado y Gomiz: “... estos derechos no dependen de que el Estado previamente reconozca la propiedad de las tierras y [los] territorios. Si así fuera, el Estado se beneficiaría de su propio incumplimiento, lo que es violatorio de principios jurídicos básicos. Por el contrario, como lo ha resuelto la Corte Interamericana,¹⁶ la ausencia de demarcación y titulación incrementa la protección jurídica sobre las tierras y [los] territorios indígenas, de modo que, mientras no se reconozcan y delimiten, el Estado está inhibido de utilizar los recursos naturales si no cuenta con el previo consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas involucrados”.¹⁷

Los recursos naturales comprenden tanto los recursos renovables como los no renovables, tales como la flora y fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el subsuelo, los bosques, los recursos pesqueros, los recursos genéticos y los minerales.

Estos derechos son los que resultan necesarios para conservar, mantener y reproducir colectivamente el modo de vida de los pueblos indígenas, pero la OIT no profundiza en su contenido sino que utiliza

¹⁵ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., p. 213.

¹⁶ Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 194.

¹⁷ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., p. 216. Es discutible que la ausencia de implementación interna de la obligación a la que se hace referencia en esta cita opere en la práctica como un veto para el Estado.

la expresión genérica “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras”, con lo que establece un régimen mínimo de participación en la utilización, administración y conservación de todos los recursos naturales que les correspondan.

Si los recursos minerales son de propiedad del Estado –lo que es una realidad en muchos países–, o si este mantiene algún tipo de derechos sobre otros recursos, pese a que se encuentren en territorios indígenas, el numeral dos otorga el derecho de los indígenas a ser consultados antes de emprenderse la prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras. Este caso especial del derecho de consulta, que se establece en el artículo 6, se justifica por la vulnerabilidad de la cultura indígena frente a estos supuestos, sobre todo en relación con las industrias extractivas.

Al respecto, la OIT señala que “teniendo en cuenta que las actividades de prospección y explotación por lo general son procesos a largo plazo, en los que las empresas reciben concesiones por períodos de 30 a 50 años, es importante subrayar que la obligación de consultar no solo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos, sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso, debido a que afecta a los pueblos indígenas. En este sentido, el artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta a los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten”.¹⁸

El derecho a consulta se complementa con el derecho a conocer los impactos que tendrán las tareas de prospección y explotación. En el artículo 7 N^o 3 y N^o 4 del Convenio se sostiene que los gobiernos, en colaboración con los pueblos indígenas, deberán velar por que se efectúen estudios que evalúen los impactos sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo, y tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el ambiente de sus territorios.

Además, los pueblos interesados tendrán derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales. Conforme señala la OIT, “la distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre el Estado y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas”.¹⁹ De cualquier forma, los acuerdos celebrados bajo el amparo del Convenio solo son con el Estado, y no le competen los que se lleven a cabo entre privados y comunidades indígenas.

¹⁸ OIT, op. cit., pp. 107-108.

¹⁹ *Íd.*, p. 108.

Ahora bien, el Convenio establece que la participación en los beneficios se realizará “siempre que sea posible”. Salgado y Gomiz plantean que “el sentido de esta referencia no es establecer un permiso al Estado para negar la participación alegando algún tipo de ‘imposibilidad’, sino que esta debe fundarse en la falta de organización indígena para llevarla a cabo en la voluntad indígena libremente manifestada en contrario”.²⁰

Finalmente el artículo 15 establece el derecho a recibir una indemnización por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales, puesto que pueden afectar al medio ambiente e incluso la salud y calidad de vida de los pueblos cercanos. En palabras de Salgado y Gomiz, “la indemnización por los perjuicios ocasionados debe ser establecida en todos los casos de daño y debe ser integral, incluyendo los perjuicios civiles, ambientales y culturales. Los pueblos son sujetos con derecho a indemnización, concepto que es más amplio que las comunidades directamente afectadas, ya que el daño ocasionado puede perjudicar la vida colectiva del pueblo indígena en su conjunto”.²¹

1.2.3. Artículo 16

Artículo 16:

- 1.** A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
- 2.** Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá[n] tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
- 3.** Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
- 4.** Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir en todos los casos posibles tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocu-

²⁰ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., pp. 223-224.

²¹ Íd., p. 224.

paban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

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

Este artículo contempla una serie de derechos en favor de los pueblos interesados. El principio general es que los pueblos indígenas no deberán, en circunstancias normales, ser trasladados de las tierras que “ocupan”, lo que da a entender que esto opera aun cuando sus títulos no hayan sido reconocidos por el Estado.

Ahora bien, en casos excepcionales podrá procederse a su reubicación, pero siempre con su consentimiento previo, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Ello implica que los pueblos indígenas deben comprender y aceptar cabalmente el significado y las consecuencias del desplazamiento. El consentimiento requerido es “de los pueblos”, de lo que se desprende que la negociación debe ser colectiva, debido a la relación comunitaria que tienen los indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales.

Si los pueblos interesados no estuviesen de acuerdo con el desplazamiento pero este resultara inevitable, la reubicación deberá apegarse a los “procedimientos adecuados”, que deberán ser establecidos por las naciones signatarias. Para que dichos procedimientos sean lo más eficaces posible en cuanto a la participación, deberán contemplar “encuestas públicas”, las que, no obstante, no son vinculantes para el Estado.

En la medida de lo posible, los pueblos deberán tener el derecho de regresar en cuanto deje de existir la causa por la que debieron abandonar las tierras. Ello implica que habrá que tomar medidas para evitar la imposibilidad de que ello ocurra. Al respecto, Salgado y Gomiz aducen que “los antecedentes del Convenio ilustran claramente que dentro de la necesidad no se encuentran decisiones estatales como los proyectos de desarrollo económico, que eran una de las principales causas utilizadas de acuerdo al texto anterior, pues precisamente esa fue la situación que se decidió modificar. En primer lugar, el apartado 3 del artículo aclara que la necesidad debe estar motivada en ‘causas’. Estas fueron ejemplificadas como peligros extremos para la salud, catástrofes naturales, guerras, epidemias y riesgos inminentes de vida. Así, la mención a causas utiliza un lenguaje de las ciencias naturales que alude a acontecimientos externos. No se considera causa a una decisión estatal motivada en proyectos de desarrollo”.²²

²² *Íd.*, p. 233.

Si por acuerdo o mediante procedimientos adecuados se determina que el regreso es imposible, los indígenas tendrán derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente. Esto implica que el nuevo territorio también deberá ser indígena y que las características físicas deben ser iguales en lo relativo a la calidad, especialmente respecto de sus recursos naturales. Según Salgado y Gomiz, “dichas tierras deberán permitir ‘subvenir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro’, lo que implica que deberán ser equivalentes en todo sentido a aquellas que se dejaron, con las características que permitan mantener las prácticas sociales, económicas y culturales anteriores (artículo 13 del Convenio) incluyendo la calidad, similitud y cercanía física, es decir ‘ecológicamente equivalentes’. Solo en caso de que ello ‘no sea posible’ el Estado puede entregar tierras diferentes. La imposibilidad debe ser probada por el Estado y debe originarse en la inexistencia de tierras similares, ya que, de haberlas, el Estado cuenta con recursos jurídicos para entregarlas (llegando incluso a la expropiación de sus titulares), puesto que no puede alegar una disposición de derecho interno para evitar el cumplimiento de compromisos internacionales (...). La entrega de las tierras debe ser colectiva, tal como surge del cambio en la denominación del titular del derecho, que en el nuevo convenio son los pueblos y en el anterior los interesados. Obviamente, los pueblos pueden optar por un estatuto jurídico diferente si así lo desean libremente y con conocimiento informado, ya que se trata de una norma de protección que no puede perjudicarlos en contra de sus aspiraciones”.²³

Si lo desean, los pueblos indígenas podrán exigir otras formas de pago –que deberán incluir todas las garantías necesarias– para resarcir las pérdidas de sus tierras.

Por último, el artículo 16 contempla el derecho a recibir plena indemnización por cualquier pérdida o daño que pueda haber causado la reubicación. Esta incluye “gastos de traslado, formación de poblados con todos los servicios y compensación de todo perjuicio producido por la diferencia de valor o calidad de las tierras recibidas. La indemnización es de carácter individual, de allí que se establezca que ella es debida ‘a las personas’. (...) Sin embargo, no puede desecharse que los daños colectivos (como el cultural) sean indemnizados a los pueblos o a las comunidades, ya que ello resulta de los principios generales”.²⁴

Es importante notar que el Convenio extiende la plena reparación a “cualquier daño”, sea patrimonial o extrapatrimonial.

²³ *Íd.*, p. 235.

²⁴ *Íd.*, p. 236.

2. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

2.1. Antecedentes

La Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Como cualquier declaración, no tiene fuerza obligatoria. No obstante, como señala José Zalaquett, “si bien una declaración de Naciones Unidas puede calificarse, dado que estrictamente carece de fuerza vinculante, de *soft law* o ‘derecho blando’, habitualmente da impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante. Más aun, en la práctica, los derechos y estándares proclamados en una declaración determinada comienzan a invocarse desde ya por organizaciones no gubernamentales y movimientos de derechos humanos en sus campañas en pro del respeto de determinados derechos, independientemente de su carácter jurídico de *soft law*; del mismo modo, las declaraciones contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de las cortes u otros órganos de protección de los derechos humanos, sean internacionales o regionales”.²⁵ La adhesión a esta Declaración refleja entonces el fuerte compromiso de los Estados signatarios con ciertos parámetros y con el respeto a ciertos principios, independientemente de su fuerza obligatoria.²⁶

A mayor abundamiento, la Declaración no crea derechos nuevos, sino que más bien especifica o proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales, solo que referidos a su aplicación a los pueblos originarios. Por ejemplo, la Declaración se esgrime para interpretar, reforzar y complementar los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, que exige a las naciones que conciben de una manera diferente temáticas globales como el desarrollo, la descentralización, la democracia multicultural y, en general, el respeto a la diversidad cultural.

Una de las finalidades de la Declaración es asegurar el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Aborda además los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos culturales y a la identidad, junto con los derechos a la educación, la salud, el empleo y el idioma.

Zalaquett destaca que el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas suele agruparse en tres grandes categorías:

²⁵ José Zalaquett, “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, Santiago, 2008, p. 139.

²⁶ Ni Canadá ni Estados Unidos votaron a favor de esta Declaración.

- Derechos colectivos a la libre determinación o a un estatus político de una autonomía tal que permita a estos pueblos afirmar y preservar su identidad, autogobernarse en importante medida, incluyendo la administración de justicia en ciertas materias, de acuerdo con sus propias costumbres ancestrales, y decidir o participar en la elaboración y ejecución de estrategias y planes de desarrollo para su comunidad.
- Derechos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura. Incluyen el uso, preservación y/o difusión de su historia, idiomas, tradiciones, filosofías y religiones, medicina tradicional, artes y deportes.
- Derechos colectivos a la tierra y recursos naturales, tales como recursos pesqueros y del subsuelo, además de la protección del medio ambiente y de la biodiversidad de sus territorios.²⁷

Del tercer punto, materia de este informe, se desprende que la obtención de tierras, territorios y recursos es fundamental para la supervivencia y el desarrollo de los pueblos indígenas. De allí que los derechos que debía consagrar la Declaración –lo que provocó intensos debates– fueran particularmente trascendentes. La Declaración refuerza la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales que ya se había establecido en el Convenio 169.

A continuación se analizan los artículos más importantes en relación con las tierras, los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas.²⁸

2.2. Artículos relevantes de la Declaración

2.2.1. Artículo 26

Artículo 26:

- 1.** Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
- 2.** Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
- 3.** Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconoci-

²⁷ José Zalaquett, op. cit., p. 140.

²⁸ Se mantuvo el orden propuesto por el texto de Unicef, que sigue una lógica “temporal”, vale decir que una vez que se tiene la tierra (art. 26) se puede ir teniendo los derechos señalados en los artículos que siguen, terminando con el caso de pérdida de la tierra (art 28).

miento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

En el citado artículo se reconocen los derechos de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído (y no solo las que poseen hoy), ocupado o utilizado, pero asimismo los que “hayan adquirido de otra forma”. Esto último debe entenderse como “adquisición, por ejemplo, por acuerdos con el Estado o por alianzas entre pueblos indígenas, y no en el sentido de una adquisición inmobiliaria regida por el código civil (sobre la cual tendrán los derechos que corresponden a la propiedad privada)”.²⁹

En el numeral tercero se establece que los Estados, al brindar reconocimiento y protección jurídica a las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas, lo harán respetando las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos de que se trate. En consecuencia la identificación de dichos bienes, así como la determinación del alcance de los derechos inherentes a ellos, no pueden basarse únicamente en conceptos y tradiciones jurídicas a los que el Estado ha adherido, pues con frecuencia estos entran en conflicto directo con aquellos de los pueblos indígenas.³⁰

2.2.2. Artículo 25

Artículo 25:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras y territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Del artículo 25 se desprenden dos elementos esenciales: la relación espiritual con las tierras, los territorios y los recursos, y la responsabilidad con las futuras generaciones. Ambos aspectos se alejan sustancialmente del sistema de propiedad privada recogido por el derecho civil continental, que considera esencial la facultad del propietario para usar, gozar y disponer del objeto de su propiedad, incluso arbitrariamente. En cambio, “la relación de los pueblos indígenas y de sus

²⁹ Unicef, *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional*, 2008, p. 62.

³⁰ OIT, op. cit., p. 94.

miembros con todos los elementos del ambiente, humanos y no humanos (...) se rige por normas ancestrales de convivencia y respeto mutuo. La ‘posesión indígena’, por ello, no se exterioriza en actos de dominio sobre una tierra convertida en objeto sino en actos de conservación y mantenimiento para la vida común”.³¹

En este artículo se aclara que no solo se trata de tierras, sino también de territorios, aguas, mares costeros y otros recursos, aunque no se enumeran taxativamente. Asimismo plantea la necesidad de haber poseído u ocupado de otra forma tales recursos. La Unicef identifica “casos en que la relación con los cursos de agua no pretende ser de dominio, sino que lo que se busca es mantener la utilización tradicional, sea de pesca, riego o navegación. En otros casos, las comunidades van rotando sus cultivos –estacionalmente y para descansar la tierra– en distintos parajes conectados, y se considera que todos estos son sus tierras. En otra parte, la tierra está destinada a la explotación agrícola o ganadera, y otras son áreas conexas utilizadas como zonas de caza regular o de abastecimiento de plantas medicinales y minerales. En estos casos, la totalidad de ese territorio integrado debe tomarse en cuenta para definir los límites de esa relación”.³²

2.2.3. Artículo 27

Artículo 27:

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Este artículo obliga a los Estados a crear los procedimientos necesarios para reconocer y adjudicar las tierras a los pueblos indígenas tomando en cuenta sus leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra. Debe notarse, como señala la Unicef, “que este reconocimiento y adjudicación se refiere a un dominio y control de sus tierras y territorios distinto al del Código Civil, y que puede ser realizado por otro procedimiento especial (sea legislativo o administrativo o por acuerdo entre el Estado y los pueblos interesados), siempre que sea equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente”.³³

31 Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., pp. 202-203.

32 Unicef, op. cit., p. 67.

33 Íd., p. 68.

2.2.4. Artículo 32

Artículo 32:

- 1.** Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
- 2.** Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
- 3.** Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

El artículo 32 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar por sí mismos sus estrategias de desarrollo en lo que respecta a la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos. Reconoce también su derecho a ser consultados por el Estado, que deberá cooperar y actuar de buena fe para con ellos, y obtener así su consentimiento informado respecto de cualquier proyecto en esta materia. Cabe destacar que en este aspecto la Declaración adopta un estándar más exigente que el Convenio, ya que para el desarrollo de proyectos que afecten su territorio y recursos exige el “consentimiento libre e informado”.

En el caso de que sus tierras, territorios o recursos ya hayan sido afectados, los Estados deberán establecer mecanismos eficaces para la obtención de una reparación justa y equitativa, incluyendo medidas de mitigación de los impactos ambientales, económicos, sociales, culturales o espirituales que se hayan producido.

2.2.5. Artículo 28

Artículo 28:

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

torios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

En lo que respecta al derecho de los pueblos indígenas a la reparación por el desposeimiento de tierras, territorios y recursos propios, la Declaración es más explícita que el Convenio 169. En primer lugar procede la restitución, y en segundo lugar, en el caso de que la primera sea imposible, procederá la indemnización. Según la Unicef, la idea es evitar reducir los derechos en cuestión a lo meramente monetario, y por ende asegurar una relación que permita la supervivencia de los pueblos indígenas como cultura y sociedad, junto con el desarrollo de sus actividades y espiritualidades propias.³⁴

3. JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) sobre casos concernientes a derechos de los pueblos y personas indígenas han aumentado significativamente en años recientes.

En términos generales, y en concordancia con la Comisión, cuando aborda temáticas propias de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte se ha concentrado en el derecho colectivo a la tierra. Poco a poco se ha ido aceptando la idea de que el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, además de ser de carácter colectivo, involucra los recursos naturales existentes en ellas. Con el fin de ilustrar esta tendencia, a continuación se examinan los casos más relevantes de la Comisión y de la Corte en la materia.

3.1. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001

La comunidad Mayagna (también llamada Sumo) Awas Tingni está situada en la Región Autónoma del Atlántico Norte de Nicaragua. Durante años sus integrantes reclamaron la titularización de sus tierras tradicionales al Estado de Nicaragua, sin obtener una respuesta favorable.

El problema surgió cuando comenzaron a ingresar a las tierras que ellos reclamaban ciertas empresas forestales, autorizadas por el Estado, para explotar dichos recursos. Luego de agotar las instancias nacionales para impedirlo, acudieron a la Comisión.

En octubre de 1995 presentaron una petición en la que se responsabilizaba al Estado de Nicaragua de haber violado los artículos 1 (obligación

³⁴ *Íd.*, pp. 71-72.

de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el hecho de no haber garantizado efectivamente sus derechos de propiedad –fruto del uso y ocupación tradicional de sus tierras–, por otorgar sin su consentimiento una concesión de explotación maderera a una compañía coreana (Solcarsa), por discriminar a la comunidad y no suministrarle igual protección ante la ley, y por no haber garantizado un recurso adecuado y efectivo que permitiera a la comunidad proteger sus derechos ante la justicia nicaragüense. Luego de declarar admisible el caso e intentar en reiteradas oportunidades lograr un acuerdo amistoso, en junio de 1998 la Comisión llevó el caso ante la Corte Interamericana.

En agosto de 2001 la Corte dictó sentencia y estimó que el Estado nicaragüense violó la Convención Americana de Derechos Humanos al no reconocer ni proteger los derechos enumerados, debido a que la comunidad Awas Tingni tendría derechos colectivos a sus tierras tradicionales, recursos y medio ambiente.

La Corte llegó a dicha conclusión “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”.³⁵

En esta sentencia, la Corte define el concepto de propiedad en las comunidades indígenas señalando que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.³⁶

Esta definición, como señala José Aylwin, “se refiere no tan solo a aspectos de carácter material, vinculados a los espacios físicos ancestralmente poseídos y con los recursos que hay en ellos, sino también a componentes inmateriales, de carácter político, simbólico, cultural. (...) la demanda indígena por el territorio se vincula estrechamente a otra

35 Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148.

36 *Íd.*, párr. 149.

reclamación emergente de los pueblos indígenas como es aquella relacionada con su derecho a la libre determinación y a la autonomía, esta última como expresión o manifestación concreta del primer derecho”.³⁷

Luego, la Corte consideró 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”.³⁸

Asimismo, la Corte reafirma la centralidad de los derechos territoriales indígenas para la integridad cultural y ubica la fuente de los derechos de propiedad indígenas en las costumbres indígenas y en la posesión del territorio, independientemente de si el Estado ha emitido título o reconocido de otra manera los derechos indígenas sobre un territorio. La ocupación y el uso ancestral indígena sobre sus tierras, territorios y recursos naturales daría entonces origen a un “título originario” que es anterior al de los Estados y a los procesos de colonización, y que, por lo mismo, no puede ser extinguido unilateralmente sin el consentimiento indígena.

En consecuencia, la Corte concluyó que los miembros de la comunidad Awás Tingni tienen un derecho de propiedad ancestral comunal sobre las tierras que hoy habitan, que les otorga preeminencia incluso por sobre el derecho positivo, y estableció que garantizar el respeto por los derechos territoriales incluye la emisión y el registro de títulos formales y la demarcación para fijar y hacer conocer los límites del territorio. A continuación, la Corte declaró que:

Los miembros de la comunidad Awás Tingni tienen el derecho a que el Estado:

- a. delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la comunidad; y
- b. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, 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 comunidad.³⁹

³⁷ José Aylwin, “El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el derecho internacional”, extracto del peritaje presentado en febrero de 2005 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.313, *Comunidad indígena Yakye Axa del pueblo Enxet-Lengua vs. Estado de Paraguay*, pp. 10-11.

³⁸ Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 151.

³⁹ *Íd.*, párr. 153.

La Corte estimó enseguida que el Estado de Nicaragua violó la Convención Americana de Derechos Humanos y, específicamente a la luz del artículo 21 de la Convención, el derecho al uso y goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado ni demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes. Además, lo condenó a pagar a la comunidad una indemnización para reparar el daño inmaterial provocado por la falta de delimitación, demarcación y titulación de sus tierras comunales.

La sentencia también es relevante porque alude al alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Dice José Aylwin que “tradicionalmente los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados en que habitan los pueblos indígenas se han preocupado de la regulación de los derechos que estos pueblos tienen sobre sus tierras, disociando tales derechos [de] aquellos relativos a los recursos naturales que hay en ellas. Sin embargo, como señala el Relator Stavenhagen, ‘la cuestión de los derechos a la tierra no puede disociarse de la cuestión del acceso a los recursos naturales y su utilización por parte de las comunidades indígenas’”.⁴⁰

Junto con la tierra, los pueblos indígenas reclaman derechos sobre el conjunto de recursos –aguas, bosques, recursos del subsuelo– que existen en el hábitat o territorio ancestral que ocupan o utilizan de alguna otra manera. También reclaman el derecho a decidir sus prioridades en cuanto al uso de dichos recursos y, en general, en torno a su desarrollo material y cultural al interior de sus tierras y territorios. Dichas demandas han ido gradualmente encontrando acogida en el derecho y la jurisprudencia internacionales.

En cuanto a la naturaleza y alcance de los derechos sobre los recursos naturales, los pueblos indígenas reclaman el derecho a ser consultados y a dar su consentimiento en forma previa a su utilización cuando estos les pertenecen.

Según José Aylwin, “la Relatora Daes sostiene que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios incluyen ‘el de utilizar, poseer, administrar y controlar los recursos naturales que se encuentran en ellos’. Agrega que los mismos pueblos tienen una ‘soberanía permanente’ sobre dichos recursos, entendida esta ‘como el derecho colectivo en virtud del cual el Estado está obligado a res-

⁴⁰ “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión”, 2002. E/CN.4/2002/97, párr. 55.

petar, proteger y promover los intereses de los pueblos (y colectividades) indígenas, en términos de gobierno y propiedad, sobre sus recursos naturales”.⁴¹

Volviendo a la sentencia de la Corte, esta acoge la noción de que, de acuerdo con su derecho consuetudinario, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, además de ser de carácter colectivo, involucra los recursos naturales y un hábitat o territorio que forma parte de su cultura.⁴² Y en el voto razonado de Antonio Cancado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli se señala:

Como se desprende de los testimonios y peritajes rendidos en la citada audiencia pública, la Comunidad tiene una tradición contraria a la privatización y a la comercialización y venta (o alquiler) de los recursos naturales (y su explotación). El concepto comunal de la tierra –inclusive como lugar espiritual– y sus recursos naturales forma parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el hábitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.⁴³

3.2. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005, y caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006

Las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaya, sociedades tradicionales de cazadores, pescadores y recolectores, que han ocupado ancestralmente el Chaco paraguayo, reclamaron –por separado– la titularización de su territorio tradicional, ahora en manos privadas, pero esta nunca se hizo efectiva. Ello las obligó a asentarse en parajes inhóspitos y en condiciones precarias, lo que acarreó pobreza y muerte a su población.

Las comunidades estimaron que se habían vulnerado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la vida (art. 4 de la Convención Americana) y a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana), presentaron una demanda y esta fue acogida por la Comisión y luego por la Corte.

En ambos casos la Corte estimó que, cuando se trata de pueblos indígenas, para interpretar los derechos a las garantías judiciales, a

⁴¹ “Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales” (13 de julio de 2004). E/CN.4/Sub.2/2004/30, párr. 39 y 40.

⁴² Párr. 149-155.

⁴³ Párr. 6, voto razonado.

la propiedad y a la vida –por estar establecidos de manera general en la Convención Americana– debe acudir al Convenio 169 de la OIT, dado que el Estado paraguayo ratificó e incorporó el referido Convenio a su derecho interno. Tal argumento constituye una novedad muy importante, especialmente porque marcó las argumentaciones de la Corte en los casos que se analizan en el presente informe.

En cuanto al primer punto, las garantías judiciales, la Corte estimó importante el hecho de que Paraguay desarrolle procedimientos administrativos y judiciales adecuados para que las comunidades puedan obtener de manera pronta y eficaz su personalidad jurídica, así como la propiedad comunal de sus tierras ancestrales. En relación con el derecho de propiedad, la Corte estimó que, aun cuando las tierras estén ocupadas por terceros, los pueblos indígenas continúan siendo sus dueños legítimos y por lo tanto mantienen intacto su derecho a recuperarlas.⁴⁴

Luego, en 2006, la Corte resumió su jurisprudencia anterior y expuso los principios que de conformidad con la Convención garantizan los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.⁴⁵

Asimismo, la Corte consideró en ambos casos, tal como en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, que en los temas que digan relación con tierras tradicionales de pueblos o comunidades indígenas deberán tomarse en cuenta sus derechos colectivos a ellas, que están asociados con la supervivencia como pueblo organizado, y con el control de su hábitat y recursos naturales como condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

En los párrafos 135 a 137 del caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, similares a los párrafos 118 a 121 del caso *Comunidad Sawhoyamaya*, la Corte establece:

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 solo 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. (...) En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.

⁴⁴ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 124-131.

⁴⁵ Caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 128.

En consecuencia, los Estados deberán considerar especialmente la particular relación que las comunidades indígenas establecen entre la tierra, los recursos naturales presentes en ella, la cultura y el modo de vida.

Es importante destacar que aquí la referencia a los recursos naturales es más concreta y decidida que en el caso anterior: la idea de la insolubilidad de tales recursos con la cultura, con el modo de vida y con las tierras indígenas es mucho más clara.

Respecto de las medidas de reparación, en relación con el alcance de las medidas que el Estado debe adoptar para restituir a las comunidades la titularidad de sus tierras ancestrales, la Corte le ordenó al Estado de Paraguay tomar estas medidas de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Convenio 169, entre ellos la consulta a la comunidad y el respeto a sus valores, usos y costumbres; para ello, la Corte le exigió “medidas consensuadas” con los pueblos indígenas.⁴⁶

Por último, la Corte agregó un argumento –que no está presente en el caso anterior– conforme al cual estimó como una violación de su derecho a la vida el hecho de que la comunidad se hallara en una situación tan precaria debido a la falta de reconocimiento de sus derechos a la tierra.⁴⁷

3.3. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007

Fruto de las demandas de representantes de comunidades del pueblo saramaka, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a Surinam por violaciones relacionadas con la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, con la falta de reconocimiento del derecho de propiedad colectiva de la tierra ocupada por las comunidades, con la concesión de permisos de explotación de recursos naturales a terceros sin consulta a la comunidad y sin otorgarle participación en los beneficios, y con la ausencia de tutela judicial efectiva ante estas violaciones, demanda que fue acogida por la Corte.

En términos generales, la Corte volvió a aplicar la doctrina desarrollada en casos anteriores, esta vez a un pueblo tribal cuyos derechos alegados consideró vulnerados; así, consideró que el Estado no había respetado los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo tribal, el derecho de propiedad (entendido –por tratarse de un pueblo tribal– como propiedad comunal o colectiva de la tierra) ni el derecho a la tutela judicial efectiva por la inexistencia o ineffectividad de los recursos internos.

⁴⁶ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 150-151, y caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párr. 212.

⁴⁷ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 163, y caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párr. 178.

En cuanto al punto que interesa para los efectos de este capítulo –el derecho de propiedad de las tierras colectivas indígenas en torno a los recursos naturales que allí existan–, es posible destacar ciertas particularidades.

La primera de ellas es que, pese a que Surinam no es parte del Convenio 169, la Corte Interamericana estimó que igualmente corresponde su aplicación (argumentación seguida en los párrafos 93 y 94 de la sentencia), en especial para identificar el derecho a la propiedad colectiva o comunal de la tierra, y a la participación efectiva y a la participación de los beneficios en caso de explotación de los recursos naturales cuando se trata de comunidades indígenas y tribales. Así, la Corte estimó que los principios establecidos en el Convenio también son recogidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Surinam, y por la práctica de sus órganos de interpretación.

Además, en esta sentencia la referencia a los recursos naturales es más detallada que en fallos anteriores. Dice la Corte que “el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que ‘no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría’”.⁴⁸

En el párrafo 121 se establece que “la Corte ha sostenido previamente (casos *Yakye Axa Sawhoyamaya*) que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio ‘que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí’, y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales. Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros”.

Según se indica en el párrafo 122, los recursos naturales que se encuentran protegidos son aquellos que los pueblos han usado tradicionalmente y que son necesarios para su supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida: “... los integrantes de los pueblos indígenas

⁴⁸ Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 94. La cita de la Corte dice lo siguiente: “ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (art. 27) (Quincuagésima Sesión, 1994)*, ONU. Doc. CPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párr. 1 y 3.2”.

y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio *por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo*. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”.

A mayor abundamiento, en el párrafo 123 se explica que “debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre este, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención, a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.

Por lo anterior, la Corte estimó que le correspondía a ella determinar cuáles son los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio saramaka que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida y que deben ser, por lo tanto, protegidos conforme al artículo 21 de la Convención. En consecuencia, la Corte debe también decidir si el Estado puede otorgar, y en qué medida, concesiones para la exploración y extracción de aquellos, y de otros recursos naturales que se encuentren en el territorio saramaka.⁴⁹

49 Íd., párr. 124.

Así, aunque la Corte reconoció que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar de los recursos naturales existentes en sus territorios no es un derecho absoluto, estableció los parámetros bajo los cuales las limitaciones son aceptables.

Salgado y Gomiz señalan que “el Estado solo podrá restringir el uso y goce de los pueblos indígenas respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares, y de los recursos naturales que se encuentren en estas, cuando, luego de un adecuado procedimiento de consulta, se haya determinado que la restricción no implica una denegación de su relación continua con el territorio y la cultura. De acuerdo con la Corte Interamericana, además, deben cumplirse los recaudos genéricos para las restricciones de derechos establecidos en la Convención Americana: a) que hayan sido previamente establecidas por ley; b) que sean necesarias; c) que sean proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁵⁰ Adicionalmente, como se señalará más adelante, deberán establecerse las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados, y en el caso de las actividades económicas, también el régimen de participación indígena en la gestión y en los beneficios. La falta de cualquiera de estos recaudos implica que la restricción sobre los derechos a los recursos naturales solo podrá ser válida si cuenta con el previo consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas”.⁵¹

En cuanto al consentimiento libre e informado en proyectos de gran escala, la sentencia se refiere a ello en sus párrafos 134 a 138. En su párrafo 135 establece que “el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto requiere de mayor análisis”.

A mayor abundamiento, en su párrafo 136, la sentencia señala que “Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

Siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales (...) comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el

⁵⁰ Íd., párr. 128.

⁵¹ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., p. 218.

desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.⁵²

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.⁵³

Finalmente, en su párrafo 138, la Corte “establece que es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional saramaka. La salvaguarda de la participación efectiva que se requiere cuando se trata de grandes planes de desarrollo o inversión, que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse también como la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

Ahora, en relación con los recursos mismos, la Corte distingue entre recursos tradicionales y no tradicionales. A este respecto establece que “los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.⁵⁴ Esto es especialmente relevante en el caso de las aguas, cuyas utilización y conservación mediante prácticas tradicionales constituyen en la mayoría de los casos un elemento esencial de la cultura comunitaria, y en consecuencia, salvo supuestos excepcionales, no las alcanza la legislación general ni puede incluirse dentro de los “otros recursos existentes en las tierras” mencionados en el artículo 15; así, el Estado solo puede restringir los derechos comunitarios previo consentimiento libre e informado de los pueblos involucrados.⁵⁵

52 ONU, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen”, U.N. Doc. A/59/258, 12 de agosto de 2004, p. 2.

53 *Id.*, párr. 66.

54 Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 123.

55 Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomis, *op. cit.*, p. 219.

En cuanto a los otros recursos de los pueblos indígenas, la Corte estimó que “el mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida”.⁵⁶ Conforme lo señalan Salgado y Gomiz, “este es el caso, muy común, de las actividades mineras o hidrocarburíferas, tenidos en mira al redactarse el artículo 15 del Convenio 169”.⁵⁷

La Corte establece que la potestad de decisión estatal está condicionada por los siguientes requisitos: i) consulta previa y permanente, ii) afectación no esencial de los derechos de los pueblos indígenas, iii) participación en los beneficios, y iv) indemnización plena.

Finalmente, la Corte señaló que los Estados estarán obligados a asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes de inversión y desarrollo, a otorgarles beneficios razonables,⁵⁸ y a cerciorarse de que se elaboren estudios técnicos e independientes de impacto ambiental y social.

3.4. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010

El 24 de agosto de 2010, la Corte emitió una nueva sentencia en favor de una comunidad indígena paraguaya, que ha reclamado sus tierras ancestrales por más de veinte años sin haber obtenido reconocimiento alguno del Estado. Debido a ello, la comunidad no ha podido acceder a la propiedad ni a la posesión de su territorio, y se ha visto condenada a un estado de pobreza y vulnerabilidad que amenaza en forma continua la supervivencia e integridad de sus miembros.

Tal como en los dos casos ya revisados, la Corte condenó al Estado paraguayo por violar los derechos de la comunidad Xákmok Kásek a la propiedad colectiva, a la vida y a la integridad personal, así como los derechos del niño. En el fallo también se señala que el Estado violó la protección judicial, las garantías judiciales y a la persona jurídica, y que incumplió el deber de no discriminar a los integrantes de la comunidad.

Respecto del tema que interesa para este capítulo –la propiedad colectiva relacionada con los recursos naturales presentes–, no hay grandes novedades.⁵⁹ La sentencia reafirma la doctrina de la Corte Interamericana respecto de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a los recursos naturales que ellas contengan. Sin embargo, se menciona esta sentencia para dejar en claro que en agosto de 2010 la Corte seguía

⁵⁶ Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 156.

⁵⁷ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., p. 219.

⁵⁸ Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 140.

⁵⁹ Ver capítulo IV de la sentencia, especialmente párr. 85-116.

manteniendo su postura de protección de los derechos indígenas, especialmente de sus derechos colectivos a la tierra y a los recursos naturales.

Asimismo, es interesante el hecho de que la Corte haya estimado que la declaración de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado no puede constituir una excusa para no hacer valer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. En palabras de la Corte,

... el 31 de enero de 2008 la Presidencia de la República declaró 12.450 hectáreas de la Estancia Salazar como un área silvestre protegida bajo dominio privado, por un período de 5 años. De las tierras afectadas, aproximadamente 4.175 hectáreas forman parte de las 10.700 hectáreas reclamadas por la Comunidad desde 1990. Dicha declaratoria de reserva natural se realizó sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial. Ello fue confirmado por la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente, la cual concluyó que el proceso a través del cual se declaró como reserva natural a parte de la Estancia Salazar padecía de serias irregularidades, entre las cuales se encontraba no haber tomado en cuenta la existencia del reclamo de la Comunidad, por lo cual debería ser revocado. De acuerdo a la Ley No. 352/94, que establece el régimen legal aplicable a las Áreas Silvestres Protegidas, aquellas que se encuentren bajo dominio privado serán inexpropiables durante el lapso de validez de la declaratoria. Además, dicha Ley establece restricciones de uso y dominio, entre las cuales se encuentra la prohibición de la ocupación de todo el terreno, así como actividades tradicionales de los miembros de la Comunidad como la caza, pesca y recolección. Esta regulación penaliza las infracciones a tales prohibiciones y asigna un guardaparques, quien puede estar armado y efectuar arrestos. El 31 de julio de 2008 la Comunidad promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de la mencionada declaración de reserva natural. Como consecuencia de la interposición de dicha acción se notificó a la Fiscalía General del Estado, la cual solicitó el 2 de octubre de 2008 la interrupción del plazo para contestar a dicha acción, debido a la necesidad de agregar el expediente administrativo relativo a la reclamación de tierras por parte de la Comunidad. Dicho plazo efectivamente se interrumpió el 24 de octubre de 2008 y, a pesar de que los representantes de la Comunidad remitieron el 14 de diciembre de 2009 una copia autenticada del expediente administrativo, dicho procedimiento todavía se encuentra suspendido.⁶⁰

4. Tabla resumen

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
Derecho a tierras y territorios	Artículo 13: destaca el aspecto colectivo de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y que el término “tierras” deberá incluir el concepto de “territorios”, que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.	Artículos 25 y 26: profundizan esta relación, incluyendo aguas, mares costeros y otros recursos. Introducen la idea de responsabilidad frente a las generaciones venideras.	En todos los casos analizados, la Corte reconoce esta especial relación como la base de su cultura, y que es necesario su reconocimiento para la transmisión a las generaciones futuras.

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
<p>Derecho a la propiedad y posesión sobre tierras, territorios y recursos naturales</p>	<p>Artículo 14.1: reconoce el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Derecho a tierras que no estén exclusivamente ocupadas por un pueblo indígena, pero a las que se tiene tradicionalmente acceso para actividades tradicionales y de subsistencia. Artículo 14.2: identificación y protección de las áreas pertenecientes a los pueblos indígenas. Artículo 14.3: establecimiento de mecanismos para la solución de reivindicaciones sobre las tierras. Artículo 17.1 y 17.2: reconocimiento de procedimientos tradicionales para transmisión de tierras. Artículos 17.3 y 18: protección contra abuso e intrusión.</p>	<p>Artículo 26.1: señala explícitamente el derecho a “tierras, territorios y recursos” que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. Artículo 26.2: reconoce el derecho sobre tierras en razón de la propiedad tradicional y también los derechos adquiridos de otra forma. Artículos 26.3. y 27: respeto a costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.</p>	<p>En los casos analizados, la Comisión y la Corte dejan en claro que los derechos colectivos a la propiedad de los indígenas se encuentran protegidos y que no dependen de los Estados. En las sentencias más actuales la Corte reconoce el derecho a reivindicar sus tierras aun si están ocupadas por terceros. En cuanto al derecho de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, el caso <i>Saramaka</i> explica el deber de protegerlo cuando se trate de recursos que se han usado tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia, el desarrollo y la continuidad del estilo de vida de los pueblos indígenas.</p>

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
<p>Derecho a los recursos naturales y a participar en su uso, administración y conservación</p>	<p>Artículo 15.1: Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.</p>	<p>En cuanto a los recursos naturales, la Declaración se refiere permanentemente a “tierras, territorios y recursos”, señalando de manera explícita –que no siempre es el caso del Convenio– que cuando se trate de derechos de los pueblos indígenas en cuanto a tierras y territorios, siempre se debe considerar los recursos naturales presentes en ellos. Ejemplos importantes se encuentran en los artículos 25, 26 y 32.</p>	<p>En el caso <i>Saramaka</i>, la Corte decidió que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso de los recursos naturales de su territorio que están relacionados con su cultura. Este caso precisa, de manera aun más clara que en otros más antiguos, el artículo 15.1, que señala que los recursos naturales que se encuentran protegidos son aquellos que los pueblos han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida.</p>

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
<p>Derecho a consulta antes de la prospección o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras</p>	<p>Artículo 15.2: En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.</p>	<p>Artículos 32.1 y 32.2: establecen un estándar más exigente que el Convenio, ya que exigen “consentimiento libre e informado” antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos.</p>	<p>La Corte explica latamente el procedimiento adecuado para la consulta e introduce la distinción entre recursos tradicionales y no tradicionales (caso <i>Saramaka</i>).</p>
<p>Derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales en sus tierras</p>	<p>Artículo 15.2: Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de ellas.</p>	<p>La Declaración no se refiere expresamente a este derecho.</p>	<p>En el caso <i>Saramaka</i> la Corte reconoce el derecho a los beneficios.</p>

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
Derecho a recibir una indemnización por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales	Artículo 15.2: Los pueblos interesados deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.	Artículos 32.3. y 28: la Declaración precisa más el estándar al señalar que la reparación debe ser “justa y equitativa”, y la indemnización, “justa, imparcial y equitativa”.	Caso <i>Awas Tingni</i> . La Corte condenó al Estado a pagar una indemnización para reparar el daño inmaterial provocado por la falta de delimitación, demarcación y titulación de tierras comunales. También se reconoció el derecho a la indemnización en el caso <i>Saramaka</i> .
Derecho a conocer los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo	Artículo 7.3: Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.	La Declaración no se refiere expresamente a este derecho.	En el caso <i>Saramaka</i> se señaló la obligación del Estado de cerciorarse de la elaboración de estudios de impacto ambiental.

Derecho	Convenio	Declaración	Casos
Prohibición de desalojos y traslados	Artículo 16: derecho a exigir consentimiento previo en caso de reubicación / derecho a regresar a sus tierras / derecho a recibir tierras de igual calidad y estatuto jurídico / derecho a compensación en dinero.	Artículo 28: es más explícito que el Convenio en cuanto al derecho a la reparación por el desposeimiento de tierras, territorios y recursos indígenas. En primer lugar procede la restitución; en el caso de que esta sea imposible, procede la indemnización.	Las sentencias analizadas no abordan expresamente los estándares que reconoce el Convenio o la Declaración en esta materia.

B. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE TIERRAS Y RECURSOS NATURALES EN CHILE

1. ANTECEDENTES

Como todo tratado internacional, el Convenio 169 crea obligaciones tanto ante el órgano del que emana –la OIT– como internas para los Estados firmantes. Cuando un Estado signatario ratifica el Convenio 169 –que no admite reservas en su ratificación–, debe iniciar un procedimiento largo y costoso para adecuar a él su legislación y sus prácticas nacionales.

Conforme al derecho internacional,⁶¹ los tratados, y en consecuencia el Convenio, deberán implementarse de buena fe. Es más, la Constitución de la OIT establece la obligación de los Estados miembros de “hacer efectivas las disposiciones de los Convenios ratificados”, lo que implica que

el gobierno debe tomar todas las medidas necesarias para aplicar las disposiciones del Convenio en el derecho y en la práctica mediante la adopción y la efectiva implementación de la legislación, las reglamentaciones y las políticas adecuadas. Además, es menester disponer de las instituciones, los mecanismos y acuerdos administrativos necesarios para garantizar que se cumplirán las obligaciones del Estado en virtud del Convenio.⁶²

Para reforzar estas medidas, los Estados deben presentar memorias regulares sobre aquellas que han adoptado, y analizar las dificultades que pudieran haber surgido en su implementación. La primera memoria debe presentarse tras un año de vigencia del Convenio, de manera de darle un plazo al gobierno. Las siguientes memorias se entregan

⁶¹ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, convenio ratificado por Chile, debe cumplirse de buena fe (artículo 26), por lo que el Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para su incumplimiento (artículo 27).

⁶² OIT, op. cit., p. 176.

cada cinco años, a menos que los órganos de control de la OIT determinen lo contrario. La idea es generar un proceso de cooperación y diálogo entre el Estado signatario y la OIT, con el objetivo de “trabajar en conjunto y asegurarse de que la legislación y prácticas nacionales estén en concordancia con las disposiciones del Convenio”.⁶³

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Chile⁶⁴ el 15 de septiembre de 2008 –luego de casi dos décadas desde su suscripción–⁶⁵ y entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009. El Estado de Chile está pues obligado a adecuar sus políticas públicas y su legislación a los mandatos y directrices del Convenio, e imposibilitado de aducir normas internas para incumplir aquello a lo cual se ha sometido libre y soberanamente.⁶⁶

La implementación del Convenio debiera incluir cambios en la regulación ambiental y de recursos naturales que involucren de alguna manera los derechos de los pueblos originarios, sobre todo porque ciertos derechos consagrados en el Convenio son genuinos derechos humanos, de conformidad con la interpretación dominante del artículo 5, inciso 2°, de nuestra Constitución Política. Ello hace de este instrumento internacional uno particularmente relevante porque, según una parte de la doctrina, queda integrado en la Constitución; por consiguiente, dichos derechos gozarían de las garantías constitucionales establecidas para garantizar y proteger los derechos fundamentales reconocidos en Chile, y los jueces, frente a un conflicto de normas, deberían preferir las disposiciones del Convenio por sobre otras normas de rango infraconstitucional.

No obstante, el Tribunal Constitucional (TC)⁶⁷ ha señalado en dos ocasiones que, si bien reconoce la constitucionalidad de sus disposiciones, varias de ellas, como las referidas a los derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, son programáticas y no autoejecutables, por lo que se requiere de una reforma legal para su plena efectividad.⁶⁸

En ambos fallos, el Tribunal estimó que el Convenio contiene normas *self executing* y *non self executing*. Las primeras son aquellas que están habilitadas para aplicarse sin necesidad de otra fuente interna; las segundas necesitan de una norma interna que las implemente o

63 *Íd.*, p. 178.

64 Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Supremo 236, 14 de octubre de 2008.

65 Ver “Acuerdo relativo al Convenio 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989”, *Boletín* 233, 10 de enero de 1991.

66 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27.

67 Entre otras atribuciones, al TC le corresponde el ejercicio del control preventivo constitucional de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación. Desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 2009 (ver artículo 47 ñ, Ley 20.381), se discute si le corresponde también el ejercicio del control constitucional luego de ratificado un tratado (control represivo).

68 Tribunal Constitucional, Rol N° 309, de 2000, y Rol N° 1050, de 2008.

habilite. Esta distinción es importante, puesto que las disposiciones que requieren de una actividad legislativa o administrativa posterior

no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional, ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado (...). Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.⁶⁹

El TC estima que el artículo 15 del Convenio es una norma programática o *non self executing*, razón por la cual para implementarla necesariamente se requiere dictar preceptos nacionales.⁷⁰

En la presente sección se analizará la normativa nacional relacionada con los temas atinentes a los pueblos indígenas y sus derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales, con el fin de dar luces sobre sus necesidades de adecuación y con ello contribuir a la operatividad del Convenio 169, particularmente de sus artículos 14 y 15.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL⁷¹

2.1. Derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios

Se examinarán exclusivamente dos dimensiones: el derecho a tierras y territorios, y el derecho a la propiedad y posesión sobre tierras, territorios y recursos naturales. Se excluyen del análisis los derechos relativos al des-

⁶⁹ Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 309, año 2000, considerando 48.

⁷⁰ En Chile, la relación entre los tratados internacionales y el derecho interno no se ha resuelto del todo, en particular porque, a pesar de las reformas de 1989 y de 2005, la Constitución no es clara sobre temas como la incorporación de los tratados ni su jerarquía en el derecho chileno, y tampoco respecto del problema de la autoejecutabilidad, es decir, de la posibilidad de invocarlos directamente en tribunales (o también ante el Ejecutivo), cuestión que los tribunales superiores de justicia (Cortes de Apelaciones, Corte Suprema y Tribunal Constitucional) han resuelto de manera casuística. De cualquier forma, la implementación de un tratado consiste en el desarrollo institucional y normativo del mismo para que tenga operatividad en el derecho interno. Si no se implementa un tratado, se puede incurrir en responsabilidad internacional a pesar de no dañar a ningún tercer Estado por ello.

⁷¹ Para la elaboración de esta sección se consideraron principalmente las siguientes fuentes: Gobierno de Chile, "Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008", y dos informes elaborados por la UDP que analizan preliminarmente el derecho chileno en esta materia. Centro de Derechos Humanos, "Adecuación de la normativa nacional al artículo 15 N° 1 del Convenio 169 de la OIT, con especial atención a la legislación minera, de energía, de aguas, forestal, de pesca y acuicultura", 2009, informe inédito; y Programa de Derecho y Política Ambiental, "Derecho ambiental y políticas públicas", *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Ambiental*, tomo I, Ediciones UDP, 2011.

plazamiento, ya que no están directamente relacionados con la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales.

Hemos visto que este derecho comprende el reconocimiento y respeto del Estado a las particularidades de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, que son principalmente dos: el *aspecto colectivo* de los derechos y que abarquen *la totalidad del territorio* que emplean los pueblos indígenas, incluyendo todas aquellas tierras necesarias para sus actividades, aunque no las habiten. A su vez, se reconoce el *derecho a la propiedad y posesión* de tierras, territorios y recursos naturales.

En Chile, la ley indígena⁷² establece y reconoce derechos específicos a las personas y comunidades indígenas en materia de “tierras”. El artículo 1 sostiene que la tierra es el fundamento de la sociedad y cultura indígenas, e instituye que corresponde al Estado a través de sus instituciones velar por su protección, ampliación, adecuada explotación y equilibrio ecológico. El énfasis de la ley está puesto en el *reconocimiento* de las tierras indígenas, esto es, de aquellas que las personas o comunidades ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el Estado a indígenas, así como aquellas inscritas en el Registro de Tierras Indígenas⁷³ o declaradas como tales a futuro por los tribunales de justicia. El artículo 12 de la ley identifica con precisión cuáles son las tierras que tienen el carácter de indígenas y las define según cuatro hipótesis. Asimismo, en su inciso final, reconoce el hecho de que la propiedad de dichas tierras indígenas podrá ser de carácter individual o comunitario.⁷⁴

La ley indígena no se pronuncia expresamente sobre la protección jurídica del “territorio” indígena, que según el artículo 13 del Convenio *cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*. Sin embargo, en Chile este de-

72 Ministerio de Planificación y Cooperación, Ley 19.253, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de octubre de 1993.

73 Según se dispone expresamente en la ley, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante Conadi) abrirá y mantendrá un Registro de Tierras Indígenas en el que se inscribirán las tierras de que trata el artículo 12. El objetivo de esta inscripción es precisamente acreditar la calidad de indígenas de las tierras.

74 Las hipótesis del artículo 12 son las siguientes: “Son tierras indígenas:

1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los distintos títulos o formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas.

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

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

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

recho sobre el territorio indígena se ha esgrimido ante los tribunales en algunas ocasiones⁷⁵ y, además, ha recibido reconocimiento legal a través de dos figuras jurídicas: las Áreas de Desarrollo Indígena, ADI (ley indígena, art. 26) y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios, ECMPO (Ley 20.249 de 2008).⁷⁶ El objetivo de estas figuras es reconocer la vinculación tradicional de los pueblos indígenas con ciertos territorios que han sido o son utilizados de alguna manera por ellos.⁷⁷

Por último, para proteger el “derecho a la propiedad y posesión de las tierras, territorios y recursos naturales”, la ley indígena dispone de una serie de mecanismos:

- *El artículo 13 de la ley, que establece restricciones y limitaciones* a los actos jurídicos que se pueden realizar respecto de tierras indígenas. En razón del interés nacional, se prohíbe su enajenación, embargo, gravamen o adquisición por prescripción, salvo excepciones calificadas en el mismo artículo. Los actos que contravengan este artículo se sancionan con nulidad absoluta.
- *Creación de un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas* (arts. 20 a 22 de la ley), cuyo objeto es subsidiar a comunidades o personas indígenas que deseen adquirir tierras;⁷⁸ financiar mecanismos para solucionar problemas de tierras; financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua, y financiar obras para obtener agua. La ley de presupuesto anual del Estado incluirá una suma destinada exclusivamente a este Fondo.

75 Por ejemplo, en septiembre de 2009 la Corte de Apelaciones de Temuco falló a favor de la machi Francisca Linconao Huiricapan de la comunidad Pedro Lincolao, Lof Rawe, comuna Padre Las Casas, en la Novena Región el recurso de protección interpuesto en 2008 en contra de la Sociedad Palermo Limitada, representada por Fernando Taladriz (Rol 1773-2008), ordenando no seguir desarrollando faenas forestales cerca de *menokos* (fuente de extracción de hierbas medicinales de las machis) ubicados en un territorio considerado sagrado por las comunidades mapuche del sector. Una de las normas invocadas por la Corte fue el Convenio 169, en particular el artículo 14. La Corte Suprema confirmó el fallo el 30 de noviembre de 2009. En otra sentencia, conocida como caso *Chusmiza-Usmagama*, el 25 de noviembre de 2009, la Corte Suprema también se refirió a los derechos de los pueblos indígenas sobre su “territorio”.

76 Es discutible que las ADI realmente constituyan un reconocimiento del concepto de territorio del Convenio 169. Más clara resulta la situación de las ECMPO. Se volverá sobre este punto más adelante.

77 En Chile también se ha propuesto reconocer este derecho mediante algunas instituciones de derecho civil, tales como el comodato precario o actos de mera tolerancia a propósito de las servidumbres, o incluso la constitución de servidumbres voluntarias y la celebración de contratos de arriendo. Ver Andrés Fernández, “Aspectos ambientales del reconocimiento de derechos a pueblos indígenas y tribales: Caso del Convenio N° 169”, *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental. Desarrollo sustentable: Gobernanza y derecho: Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental*, Santiago, Legal Publishing/Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008, p. 600.

78 Entre 1994 y 2010 se adquirieron, traspasaron o sanearon 667.457 hectáreas a personas y comunidades indígenas mediante la aplicación de los diversos mecanismos que establece la ley indígena para esos efectos. Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile...”, op. cit., p. 70.

- *Protección especial a las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas* (ver artículo 64).
- Los *derechos de sucesión* de las tierras indígenas se rigen por el artículo 18, que establece que la sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio a la ley común.
- En el párrafo 2 del título VII de la ley indígena, artículos 55 al 59, se establecen procedimientos especiales para solucionar las *reivindicaciones de tierras*.

Como se observa, la legislación nacional efectivamente contempla mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Sin embargo, se ha sostenido que estos mecanismos no son suficientes, en particular en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos sobre el “territorio”.⁷⁹

Otro aspecto problemático en torno al reconocimiento del derecho a la propiedad sobre las tierras indígenas en la legislación nacional surge cuando se enfrentan derechos concurrentes sobre terrenos reclamados como indígenas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un privado tiene el dominio inscrito de tierras que se encuentran en proceso de reivindicación por comunidades indígenas. Determinar cuál es el derecho preferente puede generar un conflicto, ya que de acuerdo con la Constitución solo se puede privar del dominio por ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificado por el legislador, y con derecho a indemnización, de manera que el derecho del privado podría verse favorecido al aplicar la Constitución.⁸⁰

A continuación se analizan el régimen legal nacional aplicable a los recursos naturales que se encuentran en tierras y territorios indígenas, y el reconocimiento del ordenamiento jurídico nacional a los derechos que sobre dichos recursos tienen los pueblos indígenas de acuerdo con el derecho internacional.

⁷⁹ José Aylwin, “El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos nacionales de América Latina: Un estudio de casos”, vol. II, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo 128, 2002, p. 24.

⁸⁰ En su fallo del 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, considerando 66, el Tribunal Constitucional declaró que el sistema jurídico nacional no contempla ni da cabida a expropiaciones de tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas. Esta declaración del TC “no permitiría a las comunidades indígenas invocar el Convenio, para exigir por parte del Estado que inicie un proceso de expropiación de tierras o territorios que son legítimamente ocupados por terceros, por cuanto el sistema jurídico nacional dado por la Constitución y las leyes no dan cabida a expropiaciones para tal efecto”. Ver Andrés Fernández y Cristhian De la Piedra, “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT N° 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias”, *Estudios Públicos* 121 (verano 2011), p. 90.

2.2. Derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales

En el artículo 2, letra r, de la ley de bases del medio ambiente, los recursos naturales se definen como *los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos*. Es decir, se trata de aquellos bienes materiales y servicios que proporciona la naturaleza y que son valiosos para las sociedades humanas por contribuir a su bienestar y desarrollo de manera directa (por ejemplo, a través de materias primas) o indirecta (mediante servicios ecológicos).

En Chile, la regulación de los recursos naturales obedece a diversas leyes sectoriales; se carece de un ordenamiento jurídico sistemático. Por ello es necesario analizar de manera separada los estatutos jurídicos aplicables a cada tipo de recurso natural.

Sin embargo, sí hay un elemento esencial y común del ordenamiento jurídico aplicable a los recursos naturales, y dice relación con la definición de su *titularidad*, es decir, con la determinación de si los recursos naturales son bienes objeto de dominio y, en tal caso, si este es público o privado. Dicha definición permitirá entender el papel que le corresponde al Estado como legislador/regulador o administrador de tales recursos; pues la potestad de un Estado sobre los bienes o recursos respecto de los cuales tiene el dominio es distinta de aquella que puede ejercer sobre bienes que se encuentren fuera de esta categoría. De la misma manera, serán diferentes los derechos de los particulares sobre dichos recursos dependiendo de la titularidad que se ejerza sobre ellos.

Así, según el dominio que se reconoce sobre los bienes, Alejandro Vergara⁸¹ clasifica los recursos naturales en cuatro categorías: recursos naturales comunes a todos los hombres, recursos naturales de dominio público o “bienes nacionales de uso público”, recursos naturales de dominio estatal o de “reserva estatal”,⁸² y recursos naturales de dominio privado. Como se verá, esta categorización no es completa, por lo que se agregará una quinta categoría correspondiente a ciertos recursos naturales de dominio “indeterminado”.

Esta clasificación es relevante porque distingue aquellos bienes o recursos naturales que pueden de aquellos que no pueden ser apropiados por los particulares. Esta distinción es importante puesto que los recursos naturales que no son objeto de dominio privado son, en teoría, bienes de libre acceso y tienen un especial significado social.⁸³

El fundamento de estas categorías deriva de la siguiente disposición constitucional:

⁸¹ Alejandro Vergara, “La *Summa Divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”, *Ius Publicum* 12, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2004, pp. 105-126.

⁸² Dentro de la categoría de los bienes sujetos a dominio público, Vergara distingue los de reserva estatal (como los recursos minerales) de aquellos de uso público (como las aguas).

⁸³ Alejandro Vergara, op. cit., p. 108.

El artículo 19 N° 23 asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de la Constitución.

Una ley de quórum calificado[,] y cuando así lo exija el interés nacional[,] puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

De esta norma constitucional se deduce el estatuto jurídico aplicable a cada recurso natural. Por ejemplo, dentro de la categoría de los recursos “comunes a todos los hombres” se consideran generalmente el “aire”,⁸⁴ la “alta mar”⁸⁵ y “los fondos marinos y oceánicos”.⁸⁶ La ausencia de regulación a su respecto se explicaría porque el régimen jurídico de estos bienes es la no apropiabilidad.⁸⁷ Sin embargo, existen claros ejemplos –tanto en el derecho internacional como en el nacional– que contradicen esta afirmación.⁸⁸

Entre los recursos naturales de dominio público, se pueden distinguir aquellos que pertenecen a la nación toda o “bienes nacionales de uso público”, como las aguas,⁸⁹ los lechos de ríos o lagos,⁹⁰ el lecho marino,⁹¹ el mar adyacente y sus playas,⁹² o la categoría de recursos naturales y elementos del medio ambiente que conforman el borde costero;⁹³ y, por otro lado, aquellos de dominio exclusivo del Estado, como los recursos minerales.⁹⁴ En el caso de los bienes que pertenecen a la “Nación”, se trata de recursos que no pueden ser objeto de pro-

84 Tanto la doctrina del derecho civil como la del derecho administrativo consideran el “aire” (no el espacio aéreo) como una cosa que en su estado natural pertenece a la categoría de “cosas comunes a todos los hombres”. Ver, por ejemplo, Daniel Peñailillo, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 69; y Alejandro Vergara, op. cit., p. 110.

85 En virtud de lo dispuesto por el art. 585 del Código Civil.

86 Los fondos marinos oceánicos constituyen lo que en derecho del mar se denomina “la zona” (artículo 1.1.1 y Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, y Acuerdo de 1994 relativo a la Implementación de la Parte XI de la Convención).

87 Alejandro Vergara, op. cit., p. 110.

88 En el ámbito internacional, respecto del aire se puede mencionar el mercado de los bonos de carbono, creado por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Protocolo de Kioto. En el ámbito nacional, la Región Metropolitana posee un “sistema de compensación de emisiones” regulado a través del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana (PPDA).

89 Código de Aguas, art. 6.

90 Código de Aguas, art. 30.

91 Código Civil, art. 596. En el art. 2, N° 22, de la ley de pesca y acuicultura se define lo que se entiende por “fondo de mar, río o lago”: “... extensión del suelo que se inicia a partir de la línea de más baja marea aguas adentro en el mar, y desde la línea de aguas mínimas en sus bajas normales aguas adentro en ríos o lagos”.

92 Código Civil, arts. 589, 593 y 594.

93 De acuerdo con la Política Nacional del Uso del Bordo Costero (DS 475/94), se trata de “aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales, la playa, las bahías, [los] golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República [y que] conforma una unidad geográfica y física de especial importancia para el desarrollo integral y armónico del país”.

94 Constitución Política de la República, art. 19, N° 24, inciso sexto.

propiedad privada sino que corresponde al Estado, en su calidad de ente regulador, administrar el acceso a ellos, su uso y aprovechamiento.⁹⁵

Los recursos naturales de dominio privado, que se definen de manera negativa o residual,⁹⁶ son aquellos que no son comunes a todos los hombres o que no están sujetos al dominio público. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico y en la medida en que el artículo 19, N° 23, garantiza la libertad para adquirir toda clase de bienes, los recursos naturales de dominio privado constituyen la regla general. Estos bienes se rigen por el derecho civil o “derecho común” y por las leyes especiales que definan el uso y goce de dichos bienes a favor de los particulares. Se incluyen el suelo, los bosques, la flora y la fauna.⁹⁷

Finalmente, en el ordenamiento jurídico chileno la titularidad de ciertas categorías de recursos naturales no está expresamente establecida. Es lo que ocurre con los recursos hidrobiológicos y los recursos genéticos, cuya titularidad, al menos hasta antes de su “captura”, no está definida.

A partir de esta clasificación se reconocen fundamentalmente dos mecanismos que determinan los derechos en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales: las concesiones de dominio público y los derechos de propiedad privada.

Las primeras permiten a la autoridad constituir a favor del particular derechos de uso y goce exclusivo sobre bienes de dominio público, pero se mantiene la titularidad pública del bien. Las leyes más relevantes del derecho chileno para recurrir a las concesiones como mecanismo para otorgar acceso y uso sobre los recursos naturales de dominio público son las siguientes:

- Respecto de los fondos marinos, las playas y el borde costero: el DFL 340 de 1960 sobre concesiones marítimas⁹⁸
- También con respecto al lecho marino y playas de mar, pero específicamente para el desarrollo de la acuicultura como actividad económica: la ley general de pesca y acuicultura⁹⁹

95 La no susceptibilidad de dominio privado es común tanto a los “recursos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” como a los recursos que constituyen bienes públicos. La diferencia es que los primeros no son susceptibles de dominio público ni privado.

96 La Constitución reconoce tanto el dominio público (art. 19, N° 23) como la propiedad privada (art. 19, N° 24). Debido a que la redacción de la primera disposición ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, se concluye la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. Ver Santiago Montt, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Santiago, Conosur-Lexis Nexis, 2002, pp. 149-151.

97 La titularidad privada sobre el suelo, los bosques, la flora y la fauna deriva de la regulación del derecho civil en materia de propiedad de los bienes muebles e inmuebles. Código Civil, art. 566 y ss.

98 De acuerdo con su art. 3, las concesiones marítimas son “las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar donde se encuentren ubicados los bienes”.

99 Art. 2, N° 12: “Concesión de acuicultura: es el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años renovables sobre determinados bienes nacionales, para que esta realice en ellos activida-

- El Código de Aguas, en la medida en que mediante un acto concesional o de autoridad constituye los derechos de aprovechamiento sobre las aguas a favor de particulares¹⁰⁰
- Respecto de los recursos minerales: el Código de Minería y la Ley 18.097 de 1982 sobre concesiones mineras¹⁰¹
- Y respecto de bienes fiscales que no estén bajo la competencia de un organismo público distinto del Ministerio de Bienes Nacionales, el DL 1939 de 1977 sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.¹⁰²

En cuanto a los recursos naturales de dominio privado, en teoría excluyen el acceso, uso y aprovechamiento de cualquier otro sujeto que no sea el titular del derecho de dominio u otros derechos reales sobre el bien. Ello limita las facultades del Estado sobre dichos recursos, pues solamente puede intervenir en la regulación de los límites del ejercicio del derecho de propiedad mediante la determinación de su función social, que incluye especialmente la conservación del patrimonio ambiental.¹⁰³ Ejemplos de leyes que dan contenido a la función social ambiental de la propiedad son la Ley 19.300 de bases generales del medio ambiente de 1994, modificada en 2010;¹⁰⁴ la Ley 20.283 de bosque nativo, de 2008; la Ley 19.473 de caza de 1996; la ley de pesca y acuicultura de 1981 y sus modificaciones;¹⁰⁵ y la Ley 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales.

des de acuicultura”. Art. 67, inciso primero: “En las áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas, dentro y fuera de las bahías, y en los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por grupo o grupos de especies hidrobiológicas, por uno o más decretos supremos, expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, existirán concesiones de acuicultura para actividades acuícolas, las que se regirán solo por las disposiciones de este título y sus reglamentos”.

100 Art. 140 y ss. De la concesión que otorga la autoridad nace el derecho de aguas, que se encuentra garantizado en el art. 19, N° 24, inciso 11, de la Constitución.

101 La autoridad judicial es la encargada de constituir las concesiones mineras que confieren los derechos de exploración y explotación a los particulares sobre los recursos minerales.

102 Art. 57: “Conforme a las disposiciones de este párrafo, el Ministerio podrá otorgar concesiones sobre bienes fiscales, con un fin preestablecido y en las condiciones que para cada caso se determine a personas jurídicas de nacionalidad chilena.

En ningún caso el Ministerio podrá adjudicar en concesión bienes cuya administración esté entregada a la competencia de otro Ministerio, servicio público, municipio o empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado”.

103 Art. 19, N° 24, inciso segundo de la Constitución: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

104 Esta ley contempla una serie de instrumentos de gestión ambiental que limitan el derecho de propiedad privada sobre los elementos del medio ambiente, tales como las normas de emisión y de calidad, los planes de prevención y descontaminación, y el sistema de evaluación de impacto ambiental.

105 Que establecen mecanismos de protección de los recursos hidrobiológicos, tales como las autorizaciones de pesca o la veda biológica.

Tabla resumen

Recurso Natural	Categoría jurídica	Intervención del Estado	Derechos del particular
Agua	Bien nacional de uso público	Regula / Constituye el derecho real de aprovechamiento / Limita el ejercicio del derecho	Propiedad privada (uso, goce y disposición) del derecho de aprovechamiento
Minas e hidrocarburos	Bien de dominio público	Regula / Otorga concesiones sobre los recursos minerales	Concesionario (uso y goce) de los recursos minerales
Aire	Recurso común a todos los hombres o <i>res communis</i>	Regula emisiones mediante normas generales y autorizaciones particulares	¿Derecho de propiedad? ¿Permiso para emitir?
Suelo	Bien privado	Limita el derecho de propiedad	Propiedad privada del recurso suelo
Bosque	Bien privado	Limita el derecho de propiedad	Propiedad privada del recurso forestal
Flora	Bien privado	Limita el derecho de propiedad	Propiedad privada del recurso flora
Fauna	<i>Res nullius</i> / ¿ <i>Res communis</i> ? / Bien privado una vez capturado	Limita el derecho de propiedad	Propiedad privada del recurso animal
Fondo o lecho marino	Bien nacional de uso público	Regula / Otorga concesión sobre el lecho marino	Concesionario (uso y goce) del lecho marino
Lechos de ríos y lagos	Bien nacional de uso público	Regula / Otorga concesión sobre el lecho de ríos o lagos	Concesionario (uso y goce) del lecho del río o lago

Mar (alta mar)	<i>Res communis</i>	Elaboración de normas internacionales / Regulación de la pesca que realicen los barcos en alta mar en calidad de Estado del pabellón / ¿Regulación de la pesca en alta mar en calidad de Estado ribereño?	Sujeción a normas internacionales, a normas del Estado del pabellón y eventualmente a normas del Estado ribereño para realizar pesca en alta mar
Fondos marinos oceánicos (la zona)	Patrimonio común de la humanidad	Interviene en la elaboración de normas internacionales / Puede ser Estado patrocinante de las actividades de empresas en la zona	Sujeción a normas internacionales y a la Autoridad de los Fondos Marinos y Oceánicos
Mar (Zona Económica Exclusiva - ZEE)	Derechos soberanos de exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos del Estado ribereño	Regula en virtud de derechos soberanos / Otorga concesiones: explotación de hidrocarburos, pesca	Concesionario (uso y goce) de recursos minerales existentes en la ZEE / Propiedad privada de recursos hidrobiológicos existentes en la ZEE una vez capturados
Borde costero (terrenos de playa fiscales, playas, bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial)	Bienes nacionales de uso público / Bienes fiscales / Bienes privados	Regula / Otorga concesiones sobre los terrenos que constituyen bienes nacionales de uso público / Limita el derecho de propiedad	Concesionario de terrenos / Propiedad privada

Recursos hidrobiológicos	¿Bienes comunes? / ¿Res nullius? / Bien privado una vez capturados	Autoriza la pesca / Limita el derecho de propiedad	Propiedad privada, una vez capturados
Recursos genéticos	Soberanía nacional sobre los recursos naturales	Regula el acceso y uso de los recursos genéticos	¿Propiedad sobre los recursos genéticos? / ¿Derechos de uso y goce? / Derechos de propiedad intelectual sobre procesos o productos obtenidos a partir de los recursos genéticos

En este contexto jurídico es que se propone analizar la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Para ello, el presente análisis parte de la base de que se pueden distinguir las siguientes situaciones jurídicas:

- *Pueblos indígenas que tienen derecho de propiedad sobre los recursos naturales:* se trata de aquellos recursos que son objeto de dominio privado y que se encuentran en sus “tierras”, esto es, que se encuentran en tierras que cumplen con alguna de las hipótesis que contempla el artículo 12 de la ley indígena. Se incluyen los bosques, la flora, la fauna y el suelo que se encuentren dentro de los límites de las “tierras indígenas”.
- *Pueblos indígenas que no tienen derecho de propiedad sobre los recursos naturales:* se trata de aquellos recursos naturales que, encontrándose dentro de los límites de sus “tierras”, no son susceptibles de dominio privado (por ser recursos de dominio público, comunes a todos los hombres o de dominio indeterminado); o bien recursos que se encuentran fuera de los límites de sus “tierras”.

La relevancia de esta distinción relativa al dominio radica en las facultades que otorga el derecho de propiedad a su titular. Sobre la base de esta premisa, es posible sistematizar las diversas hipótesis que plantea el artículo 15 del Convenio 169.

2.2.1. Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras y a participar en su utilización, administración y conservación

Este derecho –consagrado en el artículo 15, N° 1, del Convenio 169– incluye el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus “territorios”. Sin duda, las facultades que confiere el derecho de propiedad contemplan estas atribuciones, por lo que se hará la siguiente distinción:¹⁰⁶

- Respecto de aquellos recursos naturales susceptibles de dominio privado y que se encuentran *dentro* de los límites de las tierras indígenas, los titulares de estas tierras acceden al dominio de los recursos y, por lo tanto, tienen el derecho a usar, gozar y disponer de ellos, con la única limitación de la función social de la propiedad. Las limitaciones a la propiedad de los recursos naturales están dadas por aquellas legislaciones especiales que establecen, entre otras, medidas de protección y conservación del medio ambiente y que ya han sido identificadas. Por lo tanto, respecto de esta categoría de recursos naturales se debe concluir que la legislación nacional reconoce los derechos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169, sin perjuicio de que los mecanismos mediante los cuales el ordenamiento jurídico nacional promueve e incentiva su participación en la “utilización, administración y conservación” de dichos recursos tengan mayor o menor fuerza, dependiendo de las regulaciones aplicables a cada recurso natural.
- Respecto de aquellos recursos naturales susceptibles de dominio privado y que se encuentran *fuera* de los límites de las tierras indígenas pero dentro de lo que se reivindica como territorios indígenas, el Convenio 169 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “participar en la utilización, administración y conservación” de los recursos. Es en este punto donde surge un conflicto entre lo dispuesto por el Convenio 169 y la legislación nacional, ya que no existe un derecho similar consagrado en el ordenamiento jurídico chileno.

Como una forma de evaluar los posibles mecanismos útiles para solucionar este conflicto e implementar este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, se analizarán las figuras legales que podrían otorgar protección jurídica al concepto de territorio indígena –para determinar si reconocen el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales

106 Para los recursos naturales de dominio público que se encuentran dentro de los límites de tierras y territorios indígenas, se aplica la hipótesis del art. 15, N° 2, del Convenio 169, que se analiza en los tres siguientes apartados de este capítulo.

allí existentes–, y luego se explicará brevemente el marco regulatorio aplicable a los recursos naturales susceptibles de propiedad privada, para determinar si es posible implementar este derecho reconocido por el Convenio 169 en dicha situación jurídica.

2.2.1.1. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional de la categoría “territorio indígena”

Áreas de Desarrollo Indígena

A continuación se cita el artículo 26 de la ley indígena, que crea las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI):

El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena, que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:

- a.** Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b.** Alta densidad de población indígena;
- c.** Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- d.** Homogeneidad ecológica, y
- e.** Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como flora y fauna.

En el artículo 35, por su parte, se señala que para la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en las ADI se considerará la participación de las comunidades que se desarrollan allí. Les corresponde a la Conaf (Corporación Nacional Forestal) y al SAG (Servicio Agrícola y Ganadero) determinar la forma y el alcance de dicha participación.

Aunque las ADI no parecen destinadas a reconocer el “territorio” indígena en los términos del Convenio 169 –ya que la disposición legal que las crea se basa en un paradigma distinto, que sostiene que es la autoridad quien define las áreas donde desarrollar acciones en beneficio de los indígenas–, podría interpretarse que existen para dar protección jurídica a aquellas tierras que no contempla ninguna de las hipótesis del artículo 12 de la ley indígena, pero que sin embargo son parte de lo que se entiende por “territorio”. Pero la ley indígena no señala expresamente cuáles son los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en dichas zonas. En virtud del Convenio 169, esos derechos deben comprender la “participación en la utilización, administración y conservación” de los recursos.

Por lo tanto, para que esta figura legal constituya un reconocimiento efectivo a lo dispuesto por el Convenio 169, se requiere modificar la ley indígena de manera que incorpore expresamente el concepto de territorio indígena en la definición de las ADI, e incluya la participación de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en tales áreas.¹⁰⁷

Ley que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios

Esta ley establece una nueva figura jurídica de protección, el espacio costero marino de los pueblos originarios (ECMPO), a la que queda sometida la destinación, la administración y el término de dichos espacios. De acuerdo con el artículo 2 de la ley:

Serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de conformidad con el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre Concesiones Marítimas, o la normativa que lo reemplace.¹⁰⁸

Conforme al artículo 3 de la ley, esta figura se crea con el objetivo de resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. El acto jurídico que permite crear este tipo de espacios es un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca –a la que el Ministerio de Defensa entrega en destinación dicho territorio– y la asociación de comunidades o comunidad asignataria. La Comisión Regional del Borde Costero debe pronunciarse respecto de la aprobación o rechazo de la solicitud.

Es fundamental la referencia que hace la ley a la costumbre, señalando que la designación del espacio deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante. A su vez, en el artículo 6, la ley define lo que se entiende por “uso consuetudinario”:

107 Hasta hoy se han creado diez ADI en el país. Ver Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales, 1989 (NUM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008”, p. 78.

108 Ministerio de Planificación y Coordinación, Ley 20.249, publicada en el *Diario Oficial* el 16 de febrero de 2008.

Se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de cultura.

La Conadi tiene un importante papel aquí, ya que es el organismo encargado de responder, a solicitud de la Subsecretaría de Pesca, con un informe que acredite o no el uso consuetudinario invocado por el solicitante.

Ahora bien, a pesar de que el legislador deja a cargo de un reglamento las cuestiones relativas a la periodicidad de las prácticas o conductas,¹⁰⁹ aclara en la misma ley que las interrupciones del uso no afectan la habitualidad, elemento consustancial de las prácticas consuetudinarias. Lo contrario hubiera supuesto en muchos casos la imposibilidad material de constituir estos nuevos espacios, dado que la competencia por el borde costero suele ser fuerte, cuestión que puede repercutir directamente en la periodicidad de ciertas prácticas; en este sentido, los pueblos indígenas podrían estar en desventaja.

En cuanto a la administración –que estará a cargo de las comunidades indígenas–, se realizará conforme a un “plan de administración” que debe asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en el espacio, y propender al bienestar de las comunidades.

Finalmente, la ley regula otros aspectos importantes, como la posible superposición de concesiones de acuicultura o concesiones marítimas con la solicitud de ECMPO (se otorga preferencia a las primeras),¹¹⁰ y el contenido mínimo de los planes de administración y de los planes de manejo.

Esta ley, por lo tanto, representa un intento por incorporar al derecho nacional el concepto de “territorio indígena” y, a diferencia de las ADI, establece expresamente facultades de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en dicho espacio.¹¹¹

Participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Aun cuando el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) no tiene por objeto proteger el derecho de los pueblos indígenas sobre los

109 Ministerio de Planificación, DS 134 de 2009.

110 Art. 7, inciso segundo: “... En caso de constatarse una sobreposición con concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del espacio costero marino de pueblos originarios, se comunicará esta circunstancia al solicitante, mediante una resolución denegatoria. En caso de que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios”. El artículo 10 sostiene que, en caso de que la solicitud de ECMPO se sobreponga a otra solicitud para otros fines, primará la primera en la medida que la Conadi dé cuenta del uso consuetudinario de dicho espacio.

111 El 20 de agosto de 2010 se aprobó la primera solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, por parte de la Comunidad Altué, comuna de Fresia, Región de los Lagos, que contempla un espacio de múltiples usos correspondiente a 105 hectáreas de mar territorial. Ver “Chile: Aprueban espacio costero marino para comunidad”, www.mapuexpress.net.

recursos naturales existentes en sus “territorios”, es un instrumento legal que permite hacer valer el derecho de participación de dichos pueblos en la administración y conservación de los recursos en cuestión. Pero veremos que tal instrumento de gestión ambiental no es suficiente para garantizar los derechos reconocidos por el Convenio 169 en esta materia.

De acuerdo con el SEIA, cualquier proyecto de inversión que se encuentre dentro de los indicados en la lista del artículo 10 de la ley de bases del medio ambiente, y cumpla con las dimensiones y magnitudes que especifica el artículo 3 del Reglamento del SEIA (DS 95/2001), debe someterse a la evaluación de su impacto ambiental. Una de las etapas de este procedimiento corresponde a la “participación ciudadana”, de especial relevancia para el tema que aquí se analiza, ya que podría constituir un mecanismo para que los pueblos indígenas participen en la “utilización, administración y conservación” de los recursos naturales que se encuentren más allá de los límites de sus “tierras”, esto es, dentro del concepto de “territorio” de acuerdo con el Convenio 169.

Las hipótesis de participación ciudadana que establece la ley son las siguientes:

- En el caso de que el proyecto ingrese por la vía del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), siempre procede la participación, que puede tener lugar en dos oportunidades: durante los sesenta días siguientes a la publicación que debe hacer el titular de un extracto del EIA; y por otros treinta días, cuando durante su evaluación el EIA hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto.¹¹²
- Si el proyecto ingresa por Declaración de Impacto Ambiental (DIA), la participación no es una etapa obligatoria, sino que procede cuando la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) así lo decreta, por un plazo de veinte días, en el caso de que el proyecto genere cargas ambientales para las comunidades próximas,¹¹³ y si lo solicitan a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o como mínimo diez personas naturales direc-

112 El reglamento del SEIA es el que debe precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas (art. 29, inciso segundo de la ley).

113 De acuerdo con el art. 30 bis, inciso sexto de la ley, “se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación”. La actual propuesta del SEA de un nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (sometida a consulta pública a partir del 1 de junio de 2011), señala que “se considera que pueden generar cargas ambientales únicamente los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras b), c), d), e), j) y o) del artículo 10 de la Ley o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías”.

tamente afectadas. Si una DIA es sometida a participación ciudadana y durante el procedimiento de evaluación hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, se deberá abrir una nueva etapa de participación, esta vez por diez días.

En ambas hipótesis la participación corresponde a cualquier persona, natural o jurídica. No es necesario, como señalaba originalmente la ley, que se trate de personas “directamente afectadas”. De ello se desprende que procede la participación de los pueblos indígenas ante cualquier proyecto de inversión que deba someterse al SEIA mediante un EIA y que genere impactos ambientales en tierras y recursos naturales que se consideren parte de un “territorio” indígena.¹¹⁴ En cambio, para aquellos proyectos que ingresen por DIA solamente procederá la participación si el proyecto genera “cargas ambientales”, y es la autoridad ambiental en ejercicio la que debe interpretar qué se entiende por carga ambiental.

Se pueden formular diversas objeciones a este instrumento como mecanismo de implementación de este derecho de los pueblos indígenas. Desde ya, la participación ciudadana en el SEIA no considera la particular relación de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos, ya que ninguna norma se refiere de manera particular al proceso de participación ciudadana por parte de comunidades indígenas, ni a sus particulares costumbres y tradiciones a la hora de participar.¹¹⁵

Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 19.300 señala que:

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comu-

114 Solamente los proyectos que reúnan los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300 deben ingresar por EIA. Algunos de aquellos efectos, características o circunstancias que enumera el art. 11 son especialmente relevantes para los pueblos indígenas: “c) Reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.

115 El 1 de junio de 2011 el Servicio de Evaluación Ambiental sometió a consulta pública una propuesta de nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta propuesta incorpora algunas disposiciones relativas a la participación indígena. Dichas normas apuntan a que se contemplen los mecanismos apropiados para que las comunidades indígenas puedan participar de manera informada, según las características socioculturales propias de cada pueblo. Se contempla también la facultad del director del SEA de destinar un período a la información y difusión a grupos indígenas de proyectos que no han ingresado al SEIA por alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 que son relevantes para los pueblos indígenas. En este último caso, si el EIA o la DIA carece de información relevante o esencial, el director podrá aplicar la disposición normativa que autoriza a poner término anticipado al procedimiento.

nidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La aplicación de esta norma –a través de la regulación de la participación ciudadana en el reglamento del SEIA– permitiría incorporar una regulación especial para la participación de los pueblos indígenas.¹¹⁶

Por lo tanto, este mecanismo podría ser una vía para implementar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en su territorio.¹¹⁷ Sin embargo, no sería suficiente para garantizarlo siempre que corresponda porque no todos los proyectos deben ingresar al SEIA.¹¹⁸

2.2.1.2. Estatutos jurídicos aplicables a los recursos naturales de dominio privado

Recursos forestales

En materia de bosques, el cuerpo legal chileno se compone de la ley de bosques,¹¹⁹ del DL 701 de 1974 sobre fomento forestal y de la Ley 20.283 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, de 2008.¹²⁰ Ni la ley de bosques ni el DL 701 distinguen entre indígenas y el resto de los chilenos, lo que sí ocurre en la ley de bosque nativo.

116 Refuerza esta idea lo dispuesto por los arts. 34 y 39 de la ley indígena, que sostienen que cuando los Servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. A su vez, señala que corresponde a la Conadi promover e impulsar la participación indígena en la vida nacional.

117 Este derecho de participación se distingue del derecho de consulta que contempla el art. 6 del Convenio. Durante el primer año de vigencia del Convenio 169 en Chile, han surgido diversos conflictos en torno al posible incumplimiento de los estándares del derecho de consulta por parte del mecanismo de participación del SEIA, lo que no dice relación, por lo tanto, con la aplicación del art. 15 N° 1. Ver Alejandra Precht y Sebastián Aylwin, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, *Derecho ambiental en tiempos de reforma*, actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, pp. 445-470.

118 La modificación del criterio que adoptó tradicionalmente la dirección ejecutiva de la antigua Conama, de no considerar las ADI como área protegida para los efectos del SEIA, es un mecanismo para lograr el ingreso obligatorio al SEIA de cualquier proyecto que se ejecute en territorio indígena. Al reconocerse tal categoría a las ADI –y eventualmente también los EGMPO–, por aplicación del art. 10, letra p) de la ley de bases del medio ambiente, cualquier proyecto deberá ingresar al SEIA. Ver Andrés Fernández, op. cit., p. 602. El 26 de enero de 2011, el Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, el cual excluye expresamente las ADI como áreas silvestres protegidas (art. 2, letra a). Sin perjuicio de ello, en la definición de “área silvestre protegida” que hace la misma disposición, se sostiene que se trata de un “espacio geográfico específico y delimitado, reconocido mediante decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, cuyo objeto es la conservación a largo plazo, por medio de instrumentos jurídicos y de gestión eficaces, de la biodiversidad del país, así como del patrimonio natural, cultural y del valor paisajístico contenidos en dicho espacio”.

119 Ministerio de Tierras y Colonización de 1931, DS 4.363.

120 Ministerio de Agricultura, Ley 20.283, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de julio de 2008.

La ley de bosques define los terrenos de aptitud preferentemente forestal, establece normas para la protección forestal y para evitar la degradación de suelos –prohibiendo la tala o destrucción de determinados árboles y arbustos–, y regula la explotación de los bosques fiscales.

El DL 701 regula la actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados, e incentiva la forestación, en especial por parte de los pequeños propietarios forestales y aquella necesaria para la prevención de la degradación, la protección y recuperación de los suelos en el territorio nacional. Dispone además las normas generales del sistema de calificación de terrenos forestales y regula la utilización de los planes de manejo, contemplando sanciones para el incumplimiento de sus disposiciones.

En cuanto a los incentivos, este DL ha promovido el crecimiento silvícola chileno de los últimos años mediante exenciones de impuestos para los terrenos que cuenten con plantaciones bonificadas, bosques nativos y bosques de protección, así como una bonificación fiscal a la forestación del territorio equivalente al 25% de los costos netos, con cargo a su restitución al fisco una vez que se produzca la venta o explotación del bosque a que dio origen la bonificación. Por otra parte, impuso la obligación de reforestar la superficie explotada u otra de la misma extensión, con el objeto de que la superficie forestal del país se mantuviera a lo menos constante.

Los beneficios consagrados en la ley de bosques y el DL 701 no se refieren específicamente a los pueblos indígenas, aunque igualmente pueden beneficiarlos. En cambio, la ley de bosque nativo los menciona explícitamente.

El objetivo de esta ley es la protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos del país, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental (artículo 1). Para ello clasifica el bosque nativo en categorías de manejo, contempla disposiciones para el establecimiento de los tipos forestales a que pertenecen los bosques nativos del país, crea métodos de regeneración aplicables a ellos, efectúa una regulación específica de la figura del plan de manejo aplicable al bosque nativo, y establece normas de protección forestal y ambiental e incentivos para la investigación, conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo.

En ese contexto, en el número 17 del artículo 2 se define qué se entiende por pequeños propietarios forestales y se establece que dentro de este grupo se debe incluir a las comunidades indígenas regidas por la Ley 19.253. Gracias a ello, a los pueblos indígenas les alcanzan de manera explícita las obligaciones y los beneficios de esta nueva ley, especialmente aquellos destinados a los pequeños propietarios forestales que se analizan a continuación.

En Chile, muchas comunidades indígenas poseen tierras donde se extienden áreas de bosque nativo; por ende, esta ley tiene particular relevancia para ellas. Pueden presentar planes de manejo genéricos

para su tala, en la medida que cumplan con todos los requisitos técnicos y reglamentarios.¹²¹ Pero además la misma ley contiene disposiciones tendientes a facilitar la tarea a pequeños propietarios forestales –categoría que contiene a las comunidades indígenas–, para fomentar su desarrollo a través de la actividad forestal, ya sea de conservación maderera o no maderera. Así, la ley introduce una excepción a la regla general de los planes de manejo, que puede tener particular relevancia para los pueblos indígenas:

La Corporación podrá otorgar, a petición del interesado, autorización simple de corta [tala] cuando se trate del aprovechamiento o corta de una cantidad reducida de árboles, cuyo número se fijará en cada caso, destinados al autoconsumo o a las mejoras prediales, de acuerdo a las normas que establezca el reglamento, con lo cual se dará por cumplida la obligación de presentar el plan de manejo forestal (artículo 57).

Esta disposición regula una situación de hecho que es común entre los pequeños propietarios forestales –y por ende los pueblos indígenas, quienes utilizan los productos del bosque para autoabastecimiento y subsistencia familiar, independientemente de la posibilidad de explotar propiamente el bosque. Así, la Conaf logra ejercer un control de estas actividades, evitando que el aprovechamiento se exceda de lo necesario para el autoconsumo y que se explote desmedidamente bajo este pretexto.¹²²

Por otra parte, el título IV de la ley establece la figura del Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo, fondo concursable a través del cual se otorga una bonificación para solventar parte del costo de actividades de regeneración, recuperación, protección de formaciones xerofíticas de alto valor ecológico o de bosques nativos de preservación. También favorece actividades dirigidas a la obtención de productos no madereros y otras actividades con fines de producción maderera. Se establece un monto máximo a bonificar y se distingue entre pequeños y grandes propietarios forestales: los pequeños propietarios son objeto de discriminación positiva pues se les

121 Art. 2, N° 18, de la ley: “Plan de manejo: instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos”. Las particularidades de los planes de manejo aplicables al bosque nativo surgen a propósito de la distinción o clasificación que efectúa esta ley respecto de estos bosques. Este cuerpo normativo distingue entre bosque nativo de preservación, bosque nativo de conservación y protección, y bosque nativo de uso múltiple, y precisa en cada caso el tipo de intervenciones que pueden realizarse, de conformidad con los objetivos de manejo de cada una de estas categorías.

122 Asimismo, el art. 11 ofrece la posibilidad de acogerse a planes de manejo de carácter general elaborados por la Conaf, a la que le corresponde promover y facilitar que los pequeños propietarios forestales usen esas normas y planes.

incrementa el monto de las bonificaciones hasta en un 15% en comparación con los grandes, según se disponga en el reglamento del Fondo.

Por otro lado, se establece que se asignarán fondos por medio de dos concursos, uno de ellos destinado exclusivamente a pequeños propietarios forestales, en que las actividades bonificables, los requisitos y la periodicidad de los concursos están determinados por un reglamento.

A su vez, la ley prescribe que el reglamento deberá establecer condiciones o mecanismos que permitan participar con igualdad en los concursos, fijando un procedimiento simplificado de postulación para pequeños propietarios forestales. Junto con ello, la ley establece que una porción de los recursos se puede destinar a programas de capacitación, educación y transferencia tecnológica en áreas rurales, con el fin de instruir y perfeccionar a personas cuyo medio de vida es el bosque nativo, como suele ser el caso de los pueblos indígenas.

De esta manera, sin duda que la ley de bosque nativo contiene mecanismos jurídicos que garantizan la participación de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de los bosques. Sin embargo, como estos mecanismos se basan en la propiedad del recurso, dicha protección jurídica no incluye los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos forestales que se encuentran más allá de sus tierras, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de la ley indígena. Por ejemplo, la legislación forestal vigente no exige una consulta para la adopción de medidas administrativas tales como la autorización de planes de manejo forestal en territorio indígena, ni considera su participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Solo se protegerán los derechos de los pueblos indígenas cuando sus territorios se encuentren en la categoría de ADI o ECMPO.

Por último, hay un problema con el artículo 19 de la ley de bosque nativo, que entra en conflicto con los derechos garantizados a las comunidades indígenas por el Convenio 169. Este artículo establece la prohibición de la corta, eliminación, destrucción o descepa de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas en alguna de las categorías de conservación del artículo 37 de la ley de bases del medio ambiente. Asimismo, prohíbe la alteración de su hábitat, con la excepción de los casos que expresamente señala el inciso segundo y que requiere de autorización de Conaf. Debido a ello, las comunidades indígenas se han visto imposibilitadas de hacer uso de ciertos recursos forestales (por ejemplo, el tamarugo) en actividades tradicionales como la recolección de semillas o la corta de árboles para leña. De acuerdo con la ley, para autorizar la excepción la Conaf debe calificar la actividad como de interés nacional.¹²³

123 En todo caso, de acuerdo con la Resolución 263 de 2009 de la Conaf, uno de los criterios para determinar el carácter de interés nacional de un proyecto en el marco del art. 19 de la Ley 20.283 refiere al elemento indígena: "Programas o proyectos destinados a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y

Fauna

Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha considerado a la fauna como *res nullius*, es decir, como un bien que no le pertenece a nadie.¹²⁴ Se puede distinguir entre fauna silvestre, fauna no silvestre y especies hidrobiológicas.¹²⁵ Las tres categorías permiten el dominio privado; por lo tanto, las comunidades indígenas pueden adquirirlas como tales. El marco regulatorio aplicable a estos recursos está compuesto por el Código Civil, la ley de caza y la ley de pesca.¹²⁶

Fauna silvestre: su acceso, uso y aprovechamiento, en la medida que necesariamente exigen su captura o caza,¹²⁷ va a requerir siempre, de acuerdo con lo dispuesto por la ley de caza, de un permiso o un carnet de caza, requisito que se exige aun a los dueños de los predios en que se encuentren estos animales.¹²⁸ Es decir, solo se podrá adquirir el dominio de los especímenes de la fauna silvestre, de sus productos, subproductos y partes, por “ocupación”. El permiso de caza lo otorga el SAG¹²⁹ y habilita a su titular para practicar la caza mayor o menor, según corresponda. El otorgamiento del permiso está sujeto a la aprobación de un examen y al pago de una tarifa.¹³⁰

locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”.

124 En efecto, según el Código Civil, por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie; y la caza y la pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos (arts. 606 y 607).

125 Se entiende por fauna silvestre “todo ejemplar de cualquier especie animal que viva en estado natural, libre e independiente del hombre, en un medio terrestre o acuático, sin importar cuál sea su fase de desarrollo, exceptuados los animales domésticos y los domesticados, mientras conserven, estos últimos, la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre”. Art. 2 a), Ley 19.473 de 1996, ley de caza. La fauna no silvestre es toda aquella que no se encuentra incluida en la categoría anterior, con la excepción de las especies hidrobiológicas. Estas últimas son especies “en cualquier fase de su desarrollo, que tenga[n] en el agua su medio normal o más frecuente de vida”. Art. 2, N° 18, del DS 430 de 1991, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892, ley de pesca.

126 La ley de bases del medio ambiente también regula las especies de flora y fauna silvestre. En el art. 37 se señala que el reglamento respectivo fijará un procedimiento para clasificar dichas especies según su estado de conservación. El DS 75 de 2004, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de mayo de 2005, aprueba tal reglamento. La fauna y flora silvestre se definen como un “[c]onjunto de especies de plantas y animales que habitan en el país en estado natural, sean estas residentes o migratorias”.

127 “Captura: apoderamiento de animales silvestres vivos”. Art. 2 c), ley de caza. “Caza: acción o conjunto de acciones tendientes al apoderamiento de especímenes de la fauna silvestre, por la vía de darles muerte. La caza puede ser mayor o menor. Se entiende por caza mayor la de animales que en su estado adulto alcanzan normalmente un peso de 40 o más kg, aunque al momento de su caza su peso sea inferior a este. Se entiende por caza menor la de animales que en su estado adulto alcanzan habitualmente un peso inferior a dicha cifra”. Art. 2 b), ley de caza.

128 En virtud de lo establecido por los arts. 609 y 610 del Código Civil, además de este permiso, el acceso depende de la autorización expresa del dueño de la propiedad. En efecto, el art. 609 señala: “El ejercicio de la caza estará sujeto al cumplimiento de la legislación especial que la regule. No se podrá cazar sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño”. Por su parte, el art. 610 dispone: “Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio”.

129 Servicio Agrícola y Ganadero. De acuerdo con su ley orgánica, al SAG le corresponde la conservación de la fauna silvestre.

130 Ley de caza, art. 8.

Fauna no silvestre: en este caso, para adquirir el dominio se requerirá solamente la autorización del dueño del predio y del espécimen.¹³¹

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos casos en que la caza o captura está prohibida o restringida:

- a. Se prohíbe la caza o captura en predios que constituyan áreas protegidas y otras zonas especiales.¹³² Sin embargo, el SAG podrá autorizarla, pero solo para fines científicos, para controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema, para establecer centros de reproducción o criaderos, o para permitir una utilización sustentable del recurso.¹³³
- b. Se prohíbe la caza o captura de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, así como la de especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas.¹³⁴ Sin embargo, el SAG podrá autorizarla cuando el interesado acredite que la caza o captura de los ejemplares es necesaria para fines de investigación, para el establecimiento de centros de reproducción o criaderos, para la utilización sustentable del recurso o para controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema. En todo caso, la autorización deberá indicar su vigencia, el número máximo y tipo de ejemplares cuya caza o captura se autoriza y las demás condiciones en que deberá efectuarse la extracción.¹³⁵
- c. Restricciones respecto de las demás especies: para las especies no contempladas en los casos anteriores el reglamento establece temporadas y zonas de caza y captura, y número de ejemplares que podrán cazarse o capturarse por jornada, temporada o grupo etario. La única excepción a estas restricciones la constituyen ciertas especies de fauna silvestre que son consideradas perju-

131 Esta categoría está compuesta por los animales domésticos y domesticados, de acuerdo con la clasificación del art. 608 del Código Civil: "Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre como las fieras y los peces; domésticos los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos".

132 Entendiendo por áreas protegidas y otras zonas especiales las reservas de regiones vírgenes, parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, áreas prohibidas de caza, zonas urbanas, líneas de ferrocarriles, aeropuertos, (en y desde) caminos públicos, y lugares de interés científico y de aposentamiento de aves guaníferas. Ley de caza, art. 7, inciso primero.

133 Ley de caza, art. 7, inciso segundo.

134 Estas especies se clasifican en el reglamento de la ley de caza, DS 5/98, del Ministerio de Agricultura, y de acuerdo con la ley de bases del medio ambiente, también en los decretos que se aprueban en el procedimiento de clasificación de especies.

135 Ley de caza, art. 9.

diciales, y que por lo tanto pueden ser cazadas o capturadas en cualquier época del año, en todo el territorio nacional y sin limitación de número de piezas o ejemplares,¹³⁶ aunque siempre requerirán del permiso o carnet de caza.

- d. Para el comercio y transporte internacional de especies de fauna silvestre se debe cumplir con lo dispuesto por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES). Este tratado internacional regula el comercio y transporte de animales y plantas silvestres considerados en peligro o amenazados de extinción, y no solo alcanza a las especies animales y vegetales vivas, sino también a todos sus derivados y subproductos (animales embalsamados, pieles, huesos, muestras de tejido, productos farmacéuticos, etcétera).

Especies hidrobiológicas: la ley de pesca y acuicultura regula el procedimiento de acceso a estos recursos cuando trata de actividad pesquera extractiva y de investigación.¹³⁷

La actividad pesquera extractiva puede ser industrial o artesanal.¹³⁸ Para la primera, la ley establece un régimen general y otro especial de acceso a los recursos, los que se aplican en el mar territorial y en la zona económica exclusiva, con excepción del “área de reserva” para la pesca artesanal. El régimen general de acceso a la pesca extractiva industrial consiste en que las personas interesadas deben solicitar para cada nave una autorización de pesca, que se otorga sobre las especies y áreas que se indiquen expresamente, por tiempo indefinido. Por otra parte, existen regímenes especiales de acceso en tres casos: los recursos que se encuentran en plena explotación y aquellos a los que se aplica el sistema de pesquerías en recuperación o en desarrollo

136 El reglamento de la ley de caza identifica a estas especies en su artículo 7.

137 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, DS 430, de 1991, publicado en el *Diario Oficial* el 21 de enero de 1992. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892 de 1989 y sus modificaciones. “Actividad pesquera extractiva: actividad pesquera que tiene por objetivo capturar, cazar, segar o recolectar recursos hidrobiológicos. En este concepto no quedarán incluidas la acuicultura, la pesca de investigación y la deportiva”. Art. 2 N° 1, DS 430. “Pesca de investigación: actividad pesquera extractiva que tiene por objeto la realización de los siguientes tipos de pesca sin fines comerciales: a) pesca exploratoria: uso de equipos de detección y artes o aparejos de pesca para determinar la existencia de recursos pesqueros presentes en un área y obtener estimaciones cualitativas o cuantitativas; b) pesca de prospección: uso de equipos de detección y artes o aparejos de pesca, especialmente diseñados para capturar cierto tipo de especie, con el objeto de determinar su cantidad y su distribución espacial en un área determinada; c) pesca experimental: uso de artes o aparejos y sistemas de pesca para determinar las propiedades de estos y sus efectos en la especie o especies objetivo de la captura, como así también cuando corresponda, evaluar el impacto sobre otras especies asociadas y sobre el hábitat mismo”. Art. 2, N° 30, DS 430.

138 “Pesca industrial: actividad pesquera extractiva realizada por armadores industriales, utilizando naves o embarcaciones pesqueras, de conformidad con esta ley”. Art. 2, N° 31, DS 430. “Pesca artesanal: actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales que en forma personal, directa y habitual trabajan como pescadores artesanales”. Art. 2, N° 29, inciso primero, DS 430. Se reservan 5 millas marinas, medidas desde la línea de base, y las aguas interiores del país, como área de extracción exclusiva de los pescadores artesanales (art. 47).

incipiente.¹³⁹ Para cada unidad de pesquería declarada en alguno de estos estados se debe elaborar un plan de manejo que contenga, entre otros requisitos, las medidas de conservación y regímenes de acceso que le son aplicables.

Para la pesca artesanal el régimen de acceso es la libertad de pesca (art. 50). Sin embargo, los pescadores artesanales y sus embarcaciones deben inscribirse en el registro que lleva el Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) y, con el fin de proteger los recursos hidrobiológicos, la inscripción (por categoría de pescador artesanal y por pesquería) podrá suspenderse transitoriamente si una o más especies alcanzan un estado de plena explotación.

Para la pesca de investigación la ley distingue entre especies y áreas sujetas al régimen general o especial de acceso. En ambos casos, corresponde a la Subsecretaría de Pesca autorizar la captura de las especies correspondientes en función del proyecto de investigación ya aprobado. Para los regímenes especiales la captura se imputa a las cuotas globales de capturas, si las hubiere.

Para efectos de los derechos de los pueblos indígenas en materia de pesca, la existencia de “zonas de reserva artesanal” es especialmente relevante. Estas zonas, recogidas en el artículo 47 de la ley, corresponden, como su nombre indica, a un área exclusiva para la pesca artesanal y actividades pesqueras extractivas en una franja de 5 millas marinas, medidas desde las líneas de base normales a lo largo de todo el territorio nacional, como también de las aguas interiores del país. No obstante, la ley permite el uso de dichas áreas para actividades pesqueras de tipo industrial si no hay allí pesca artesanal, o si la hay, si es posible conciliarla con las actividades de pesca industrial sin menoscabar a la primera. No existe una referencia expresa al uso que pueden darles las comunidades indígenas o los pueblos originarios a las zonas de reserva.

El inconveniente que tradicionalmente se ha presentado en esta área es que no se dispone de medidas para prevenir o eliminar el exceso de capacidad de pesca, ni para asegurar que el nivel del esfuerzo de pesca sea compatible con el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros, teniendo en cuenta los intereses de los pescadores que se dedican a la pesca artesanal y de subsistencia. El problema es

139 El *régimen de plena explotación* tiene lugar cuando la pesquería llega a tal nivel de explotación que con la flota pesquera autorizada ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie. En consecuencia, no se otorgan nuevas autorizaciones, salvo cuando aumentan los recursos pesqueros más allá de la capacidad de la flota autorizada. El *régimen de recuperación* se declara cuando una especie ha sido sobreexplotada y ha estado sujeta a una veda extractiva de a lo menos tres años. El efecto inmediato de la declaración de este régimen es que quedan sin efecto todas las autorizaciones de pesca y que no se otorgan nuevas autorizaciones. Los agentes participan en este régimen a través de la licitación de derechos por períodos de diez años, mediante un mecanismo en el que se licita el 10% de la cuota cada año. El *régimen de desarrollo incipiente* es aplicable a pesquerías nuevas. Se accede a la actividad mediante el mismo procedimiento de licitación mencionado.

que los recursos marinos son explotados por grandes empresas, lo que vulnera el derecho que los pueblos, en especial los indígenas, tienen sobre los recursos pesqueros de las costas que habitan.

Sin embargo, ciertas disposiciones permiten restringir el acceso a las especies hidrobiológicas con el objeto de protegerlas y conservarlas. Algunas de estas son el establecimiento de vedas (biológicas, extractivas o extraordinarias), la prohibición de captura temporal o permanente de recursos hidrobiológicos protegidos por convenios internacionales vigentes en Chile, el establecimiento de parques y reservas marinas,¹⁴⁰ y la fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada.¹⁴¹

Por otra parte, nuestra legislación ambiental no exige a la actividad pesquera someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; por lo tanto, no existen en este caso las oportunidades de participación ciudadana que este instrumento considera, con lo cual las comunidades indígenas no pueden manifestar observaciones en este ámbito.

En conclusión, la legislación nacional reconoce el derecho de dominio privado sobre la fauna no silvestre de los pueblos indígenas –como de cualquier otra persona–, independientemente de que se encuentre dentro o fuera de sus tierras o territorios. Para acceder al uso y aprovechamiento de la fauna silvestre que se encuentre en sus territorios, las comunidades requerirán de un permiso de caza, tal como cualquier otra persona que pretenda capturar o cazar este tipo de especímenes, y además del permiso del dueño del predio donde se efectúe la caza o captura. Por último, en cuanto a la utilización, administración y conservación de los recursos hidrobiológicos, las comunidades indígenas deberán cumplir con todos los requisitos que se exigen para el desarrollo de la pesca artesanal. Es decir, la legislación nacional no distingue ni reconoce especialmente los derechos de los pueblos indígenas en esta materia, con la única excepción de las actividades que se desarrollen en los ECMPO.

Flora

La flora en general es considerada por nuestro ordenamiento jurídico como un bien inmueble por adherencia,¹⁴² por lo tanto pertenece al dueño del predio en que se encuentra. El dominio sobre los recursos biológicos contenidos en las especies de flora, sin embargo, admite

140 Los parques se definen como áreas específicas y delimitadas destinadas a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas y de aquellas asociadas a su hábitat, quedando prohibidas otras actividades humanas que no sean las actividades autorizadas en el marco de la observación, investigación o estudio. Art. 3, letra d. Las reservas marinas se definen como “áreas de resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo”. Art. 2, N° 43.

141 Esta medida solo se puede aplicar a los regímenes especiales de acceso. En la práctica, casi la totalidad de las pesquerías chilenas se encuentra dentro de estos regímenes.

142 Código Civil, art. 569: “Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro”.

limitaciones. Por ejemplo, la legislación forestal prohíbe la corta de árboles y arbustos en ciertos casos en que se ha estimado que se requiere su protección.¹⁴³ El DL de Protección Agrícola,¹⁴⁴ a su vez, confiere al SAG competencias para adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para proteger los recursos vegetales del país de plagas, plaguicidas, fertilizantes o mercaderías peligrosas.

Fuera de las normas forestales y agrícolas, no existe en Chile regulación específica en materia de flora, silvestre o no, por lo que resulta de gran relevancia la normativa vigente en materia de áreas protegidas y las exigencias que se establecen para el acceso a ellas, puesto que indirectamente son aplicables al material vegetal que se encuentra en ellas. Sin embargo, tal normativa está dispersa en diversas regulaciones y no ha incorporado un reconocimiento especial a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos existentes en áreas protegidas, con la única excepción de aquellas que se encuentran dentro de las ADI.

Por lo tanto, nuestra legislación reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de la flora perteneciente a sus territorios, siempre que se trate de recursos situados dentro de los límites de las tierras sobre las cuales las comunidades ejercen dominio. Más allá de dichos límites, el derecho nacional no establece un reconocimiento especial, con la excepción de lo dispuesto en materia de ADI y de ECMPO.

2.2.2. Derecho a consulta antes de la prospección o explotación de recursos naturales de dominio público existentes en tierras indígenas

El objetivo del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la prospección o explotación de los recursos minerales o del subsuelo que sean de dominio del Estado –o de otros recursos sobre los cuales este tenga derechos– existentes en sus “tierras” (incluyendo el “territorio”) es *determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados, y en qué medida*.¹⁴⁵

El caso paradigmático al que se aplica esta disposición son los recursos minerales, aunque también existen otros recursos naturales de dominio público o sobre los cuales el Estado tiene “derechos”. A continuación se revisa el estatuto jurídico aplicable a cada uno de estos recursos naturales, con el objeto de determinar si el ordenamiento jurídico nacional reconoce estos derechos.

143 Esta prohibición está regulada por la antigua ley de bosques (art. 5) y por la nueva ley de bosque nativo (art. 19).

144 DL 3.557, que establece disposiciones sobre protección agrícola, publicado en el *Diario Oficial* el 9 de febrero de 1982.

145 Los demás derechos que contempla el art. 15, N° 2, del Convenio 169, el de participar en las ganancias provenientes de la explotación y el de recibir indemnización por los daños, se tratan en las secciones siguientes.

Recursos minerales

En el inciso sexto del artículo 19, N° 24, de la Constitución se establece que el Estado de Chile tiene el dominio “absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible” de todas las minas del territorio nacional, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos superficiales donde se sitúen los yacimientos, quienes estarán sujetas a las obligaciones y limitaciones que imponga la legislación sectorial para favorecer las labores de exploración, explotación y beneficio de actividad minera.

Asimismo, el Código de Minería establece el dominio absoluto del Estado sobre todas las minas y regula los derechos mineros, que consisten en la facultad de catar y cavar para buscar sustancias minerales, y en el derecho de constituir concesión minera de exploración o de explotación sobre las sustancias concesibles.

El artículo 1 del Código menciona las servidumbres mineras, que son gravámenes que recaen sobre los predios superficiales, para realizar faenas de prospección –cavar para acceder al subsuelo– y explorar o explotar, según corresponda. En general, las servidumbres mineras se constituyen de dos modos: por acuerdo voluntario entre el concesionario minero y el propietario del predio superficial, o por resolución judicial. En ambos casos, el concesionario debe indemnizar al propietario del predio por los perjuicios.¹⁴⁶

El procedimiento normal mediante el cual se constituyen las servidumbres mineras se altera cuando están involucrados predios indígenas, pues entonces no opera la primera modalidad, pues según lo dispone la ley indígena no es posible el acuerdo voluntario. Se aplica entonces la segunda modalidad, pero con requisitos especiales.

En efecto, conforme señala el artículo 13 de la Ley 19.253, las tierras indígenas gozan de protección, “por exigirlo el interés nacional”. Por lo tanto, el Estado de Chile tiene la obligación de velar por su integridad ecológica, puesto que cumplen una función social y constituyen el fundamento de la existencia y cultura indígenas. En virtud de ese mandato, la ley establece un estatuto de protección de las tierras indígenas, de acuerdo con el cual no pueden ser adquiridas por prescripción, no pueden ser enajenadas a terceros no indígenas y no pueden ser gravadas, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia.

Del hecho de que las servidumbres mineras constituyan gravámenes se desprende que tal artículo prohíbe la constitución de servidumbres

146 Conforme señala el Gobierno de Chile, “en aquellos casos en que de acuerdo al Código de Minería el titular de una concesión minera solicite una servidumbre sobre el predio superficial, opera la norma contenida en el artículo 122 del Código de Minería en lo referente a indemnizaciones, estableciendo el derecho de los propietarios superficiales a que se les pague una indemnización por los gravámenes que deban soportar sus predios. Esta figura cobra especial relevancia en materia indígena, pues en el caso [de] que se constituyeran concesiones de exploración o explotación en inmuebles de propiedad de personas o comunidades indígenas, procedería la aplicación del derecho a ser indemnizados conforme al artículo 122 recién mencionado”. Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile....”, op. cit., p. 80.

mineras en tierras indígenas, salvo que se cumpla con los requisitos que se mencionan a continuación.¹⁴⁷ Uno de ellos es que la Conadi otorgue una autorización especial para constituir la servidumbre minera, autorización que no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. Además, debe considerar el mandato general establecido en el artículo 1 de la Ley 19.253, de resguardar la integridad ecológica de las tierras indígenas; consultar a los organismos pertinentes, como por ejemplo el Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin), y antes de resolver debe someter su decisión a la consideración de asociaciones indígenas reconocidas por la ley, en cumplimiento del artículo 34 de la Ley 19.253.

Como se observa, hay concurrencia de normativa aplicable para constituir concesiones y servidumbres mineras en tierras indígenas. Por un lado se aplica el Código de Minería, que establece un procedimiento sumarisimo para constituir servidumbres sobre los predios superficiales a favor del concesionario del subsuelo; por el otro, la ley indígena exige para ello la autorización de Conadi y la consideración de las asociaciones indígenas. Por último, el artículo 15, N° 2, del Convenio 169 exige consulta previa a los pueblos indígenas, además de su participación en los beneficios y el derecho a indemnización. Así, se deberá tener presente la compatibilización de estos tres requisitos en una reforma legislativa que busque garantizar los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales.¹⁴⁸

Recursos hídricos

El actual Código de Aguas ha favorecido la “privatización” del recurso en Chile, debido a que regula el derecho de aprovechamiento de las aguas como un derecho protegido constitucionalmente (art. 19, N° 24, inciso 12), real, gratuito y perpetuo, constituido por acto de autoridad, e independientemente de si el dueño de tal derecho es dueño o no de la tierra donde se ubica el agua, o si hace o no uso del recurso. Las concesiones de derechos de agua pueden transarse libremente en el mercado de bienes y servicios, sin ninguna restricción, lo que significa

147 Los dictámenes N° 8.555/2000 y N° 13.575/2000 de la Contraloría General de la República, y últimamente el N° 70.292, de fecha 17 de diciembre de 2009, establecen que esta prohibición se aplica a las servidumbres voluntarias, esto es, a las que nacen de un acuerdo de voluntades, y no a aquellas que son establecidas por la ley. Específicamente, en el último dictamen la Contraloría expresa que “la norma analizada (ley indígena) solo establece una restricción a la libertad contractual que la Ley reconoce como regla general a los habitantes mayores de edad, consagrando una protección para las personas indígenas. De este modo la ley, al referirse a los gravámenes, solo se refiere a los voluntarios, es decir, aquellos que se originan por el consentimiento del titular del dominio”.

148 Pero el Tribunal Constitucional (TC) señaló que “el Código de Minería contempla un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados”, sentencia del 4 de agosto de 2000, Rol 309, considerando 71. Por lo tanto, el TC interpreta que no es necesario adecuar la normativa vigente para hacerse cargo del derecho especial de consulta indígena contemplado en el art. 15, N° 2. Ver Andrés Fernández y Cristhian de la Piedra, op. cit., pp. 90-91.

que jurídicamente es posible que terceros, personas no indígenas, sean dueños de derechos de aprovechamiento de agua sobre cursos de agua existentes en tierras indígenas.

Este esquema ha implicado que, en las últimas tres décadas, a través de sus empresas, los particulares y el Estado se han apropiado masivamente de los recursos hídricos de los cuales disponían los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales.¹⁴⁹

Con el fin de combatir dicha tendencia monopolizadora, en especial los derechos de los pueblos originarios, se dictó la Ley 19.145 de 1992, que modificó el Código de Aguas y limitó la exploración y explotación de aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de la Primera y Segunda Regiones. Asimismo, la ley indígena contempla normas generales de protección de los derechos de aguas de las comunidades indígenas en general y de las comunidades aimara, atacameña y otras del norte del país en particular.¹⁵⁰ Estas normas reconocen un derecho preferente de constitución a favor de las comunidades indígenas del norte, fundado principalmente en la propiedad ancestral indígena. Gracias a ello, las comunidades han comenzado a exigir la regularización de sus derechos, basadas en que el acto de autoridad que otorga el derecho, en los casos en que no existan derechos constituidos con anterioridad a favor de terceros, sería meramente registral.¹⁵¹

No obstante, para que estos usos consuetudinarios de agua sean reconocidos como derechos de acuerdo con la ley, y así puedan optar a la regularización, es necesario que se reúnan los requisitos de legitimidad que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas: uso ininterrumpido de las aguas, libre de violencia y clandestinidad, y sin reconocer dominio ajeno. Una vez que se acreditan estas exigencias ante un tribunal, procede que este declare la regularización del derecho mediante una sentencia judicial. Tal es la situación de la que dan cuenta dos fallos de nuestros tribunales de justicia: los casos *Toconce* y *Chusmiza*.¹⁵²

149 Nancy Yáñez y Raúl Molina, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Santiago, Lom, 2008, p. 92 y ss.

150 La ley indígena contempla el régimen de protección de los derechos indígenas sobre las aguas en los arts. 20, 22, 64 y 3 transitorio, inciso 2. Artículo 64: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

151 Nancy Yáñez y Raúl Molina, op. cit., p. 13.

152 El caso *Toconce* tiene su origen en una solicitud a la Dirección General de Aguas de la comunidad atacameña de Toconce, de fecha 4 de octubre de 1995, para –según se indica en el fallo de primera instancia del 8 de julio de 2002– la “regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, del río Toconce, ubicado en la Comuna de Calama, Provincia del Loa, por un caudal de 100 litros por segundo”. La petición se fundamenta en el hecho público y notorio de que esa comunidad indígena ha usado ininterrumpidamente, en forma colectiva y desde tiempos inmemoriales, libre de violencia o clandestinidad, y sin reconocer dominio ajeno, tal derecho de aprovechamiento, por lo que de acuerdo con lo establecido en el art. 2 transitorio del Código de Aguas, procedería su inscripción a nombre de su titular. La Empresa de Servicios Sanitarios

Para evaluar si el derecho nacional reconoce los derechos que el Convenio 169 otorga a los pueblos indígenas sobre los recursos hídricos, se debe tener presente, en primer lugar, que las aguas son bienes nacionales de uso público y que, por lo tanto, es la autoridad quien debe constituir los derechos de los particulares sobre las aguas. Por otro lado, de acuerdo con el Código de Aguas y con la Constitución, los privados tienen un derecho de propiedad sobre la concesión de la autoridad.

De lo dicho se deduce que a este recurso natural puede aplicarse tanto lo dispuesto en el artículo 15, N^o 2, del Convenio 169 como lo establecido en el artículo 15, N^o 1. Es decir, fuera de los casos en que las comunidades indígenas son las dueñas de los derechos de aprovechamiento de las aguas existentes en sus tierras, también tendrán derecho a participar en la utilización, administración y conservación de las aguas ubicadas en sus territorios sobre las cuales los privados tengan derechos de aprovechamiento ya constituidos. Por otra parte, tendrán derecho a consulta, a participar en las ganancias y a la indemnización correspondiente cuando el Estado, a través de la DGA, lleve adelante procesos de constitución y de explotación de nuevos derechos de aprovechamiento sobre las aguas que se encuentren en sus territorios.

Ninguno de estos aspectos es reconocido en la actualidad por el derecho nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho de aprovechamiento se ve limitado por lo dispuesto por la ley indígena, que establece una serie de restricciones a la enajenación del derecho y a la constitución de gravámenes sobre él. Por otro lado, se debe destacar que la ley promueve la regularización de los derechos de los pueblos indígenas sobre las aguas, reconociendo la existencia de usos ancestrales en el caso de las comunidades aimaras y atacameñas. Es decir, se establece un derecho preferente de las comunidades indígenas sobre las aguas que forman parte de sus territorios, lo que constituye un nuevo reconocimiento jurídico a la calidad de “territorio” indígena.

Borde costero

Según la Política Nacional de Uso del Borde Costero (PNUBC),¹⁵³ por borde costero se entiende “aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playas fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos, canales interiores y mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”.

de Antofagasta se opuso a esta solicitud porque perjudicaría su propio derecho de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones de Antofagasta (16 de enero de 2003) y la Corte Suprema (22 de marzo de 2004) acogieron la solicitud de la comunidad atacameña. El caso *Chusmiza*, similar al anterior, fue fallado por la Corte Suprema en la causa Rol 2840-2008.

¹⁵³ DS 475 de 1994, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de enero de 1995.

El objetivo general de la PNUBC es compatibilizar adecuadamente las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el borde costero, siempre considerando la realidad geográfica de cada uno de los sectores o áreas del litoral, que en algunos casos condicionan usos específicos, como las bahías naturales, las proximidades a centros poblados, las condiciones meteorológicas locales o los accesos, entre otras.

Uno de los objetivos específicos de la PNUBC es proponer los usos preferentes del borde costero, que se determinarán tomando en cuenta factores geográficos, naturales, los recursos existentes, planes de desarrollo, centros poblados próximos o aledaños, y definiciones de usos ya establecidos por organismos competentes, entre otros aspectos.¹⁵⁴ Tales usos preferentes deben considerarse al momento de establecer, por ejemplo, las áreas apropiadas para la acuicultura¹⁵⁵ y la pesca.

La norma crea además la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral, que debe proponer una zonificación de los diversos espacios que conforman el borde costero del país, sobre la base de una zonificación preliminar elaborada por el Ministerio de Defensa.

Desde la perspectiva de los derechos indígenas, una de las falencias de esta normativa es la composición de Comisión, que reúne a representantes de distintos ministerios y de otros organismos sectoriales del ámbito público, pero nada se dice respecto de la Conadi u otros representantes de las comunidades indígenas, ni con la participación directa de los pueblos indígenas en los procesos que lleva adelante el organismo.

Lo mismo ocurre con el DFL 340 sobre concesiones marítimas de 1960. Esta norma entrega al Ministerio de Defensa, a través de la Subsecretaría de Marina, el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa, el mar, ríos y lagos navegables de Chile. Este organismo tiene la facultad “privativa” de conceder el uso particular tanto de playas y terrenos de playas fiscales como de concesiones de fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de bahías, ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas, y otros. La norma distingue diversos tipos de concesiones. En su artículo 4, inciso 2, autoriza a otorgar concesiones a municipalidades, instituciones de beneficencia

154 DS 475 de 1994, art. 1, sección IV, N° 5, sobre objetivos específicos de la política.

155 La Ley 20.434 de 2010, que modifica la ley general de pesca y acuicultura en materia de acuicultura, consideró esta temática. Así, se expresó que la Política Nacional de Uso del Borde Costero introdujo un nuevo instrumento orientador y ordenador de las actividades que se desarrollan en el borde costero: la zonificación. Conforme a ella, a través de procesos participativos con integración pública y privada regional, los gobiernos regionales establecen los espacios en que preferentemente pueden desarrollarse las actividades en el borde costero, velando siempre por la compatibilidad de usos, por la prevención de conflictos entre usuarios y por el desarrollo de las legítimas aspiraciones regionales. Algunas regiones han comenzado –y otras culminado– su proceso de zonificación, por lo cual surgió la necesidad de compatibilizar dicho instrumento con las áreas apropiadas para la acuicultura para ajustarlas a la zonificación del borde costero respectivo, utilizando para su fijación el mismo procedimiento establecido por la ley de pesca y acuicultura, lo que por su propia naturaleza suele demorar en comparación con las expectativas de conciliación oportuna entre ambos instrumentos.

social, entidades religiosas, de deportes, casas del pueblo, entre otras, las cuales podrán ser gratuitas, pero no se mencionan los pueblos ni las comunidades indígenas.

De lo anterior se deduce que, en esta materia, la normativa nacional no cumple los estándares exigidos por el Convenio 169. En efecto, puesto que los recursos y elementos del medio ambiente que constituyen el borde costero son en su mayor parte bienes fiscales o nacionales de uso público, se aplica lo dispuesto por el artículo 15, N° 2, del Convenio. Esto es, se debe cumplir con el derecho especial de consulta en caso de cualquier actividad que vaya a usar o explotar alguno de dichos recursos del borde costero que se encuentren dentro de tierras y territorios indígenas, además de los derechos a participar en los beneficios y a la indemnización. Por ejemplo, cada vez que se solicite una concesión marítima sobre una porción de mar comprendida dentro de un espacio reivindicado como territorio indígena, se deberá cumplir con los estándares del Convenio 169, cuestión que la legislación vigente no permite.

La excepción a esta insuficiencia normativa la constituyen las zonas declaradas ECMPO, circunstancia en la cual la legislación nacional sí se acerca a los estándares del Convenio 169.

Lecho marino, de ríos y de lagos

Estos recursos son especialmente relevantes para el desarrollo de una determinada actividad económica: la acuicultura, regulada por la ley de pesca y acuicultura. En esta materia la ley contempla el mecanismo de concesiones de zonas, transferibles y negociables, por las cuales los concesionarios pagan patentes anuales. Conforme se establece en el artículo 2, N° 13, de la ley, corresponderá al Ministerio de Defensa otorgar a una persona, mediante un acto administrativo, los derechos de uso y goce por tiempo indefinido sobre determinados bienes nacionales para que realice en ellos actividades de acuicultura. En el artículo 71 de la ley se define quiénes son los sujetos de concesiones de acuicultura o titulares de una autorización para realizar dichas actividades: i) personas naturales chilenas o extranjeras con permanencia definitiva; y ii) personas jurídicas constituidas según las leyes patrias. Es decir, dentro de los titulares de las concesiones no se incluye en particular a las comunidades o asociaciones indígenas en cuyas tierras y territorios se encuentren estas zonas concesibles.

Esta omisión es importante porque no reconoce expresamente los derechos que las comunidades pueden ejercer sobre estos recursos. Tampoco considera la realización de consulta antes de autorizar la actividad dentro de los territorios indígenas, ni establece ningún mecanismo de distribución de beneficios o indemnización por los daños, todos ellos estándares establecidos en el Convenio 169.

Energía

En este caso, el análisis se centra en la entrega de concesiones y servidumbres para utilizar los terrenos necesarios para la construcción de proyectos de generación de energía eléctrica y para la instalación de la infraestructura necesaria para la transmisión de la electricidad. En particular, el análisis se refiere a las centrales hidroeléctricas y las líneas de transmisión, aunque también es aplicable a otros proyectos de generación eléctrica con fuentes renovables o no renovables.

El artículo 5 de la ley general de servicios eléctricos (LGSE)¹⁵⁶ contempla la facultad del Presidente de la República, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, de disponer de terrenos fiscales con el fin de que en ellos se efectúen instalaciones de obras eléctricas. El título II establece las normas relativas a permisos y autorizaciones. Allí se indica que las concesiones eléctricas otorgan el derecho a imponer servidumbres (artículo 14) y que las concesiones de servicio público otorgan el derecho a usar bienes de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión (artículo 16).

Por su parte, la ley indígena establece que las tierras indígenas no pueden ser enajenadas ni gravadas, salvo que estos actos tengan lugar entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, o bien cuando la Conadi lo autorice. Las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas tampoco podrán ser arrendadas ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. Y las que pertenezcan a personas naturales indígenas solo pueden serlo por un plazo no superior a cinco años; en este último caso, la Conadi podrá autorizar la permuta por tierras de no indígenas, de similar valor comercial.¹⁵⁷

De este modo, por una parte la ley eléctrica obliga a entregar servidumbre sobre los terrenos que va a ocupar el proyecto, considerando también expropiaciones de terrenos con su debida indemnización, y por otra, la ley indígena no autoriza transacciones de terrenos ni permutas sin un procedimiento especial, que parte con la aprobación de la Conadi. Asimismo, el Convenio 169 exige la consulta (en este caso, la del artículo 15, N^o 2), la distribución de los beneficios y la indemnización por los daños que se ocasionen.

Entonces, con respecto a la generación y sobre todo la transmisión de la energía eléctrica, el conflicto se produce por motivos similares a los mineros, es decir, las servidumbres, concesiones y expropiaciones que puedan ocurrir con motivo de un proyecto de generación eléctrica y su transmisión.

156 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, DFL 4/20.018 de 2006, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 2007. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL 1 de Minería, de 1982, del Ministerio de Minería. Ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica.

157 Ley 19.253, art. 13.

Como se observa, la ley eléctrica se contradice claramente con la ley indígena y con el Convenio 169.¹⁵⁸ En consecuencia, se requerirá también de modificaciones para conciliar los referidos artículos.

Cabe referirse en particular a la regulación nacional en materia de energías renovables no convencionales (ERNC), especialmente la energía geotérmica.¹⁵⁹ A partir del 1 de enero de 2010, la ley sobre energías renovables no convencionales¹⁶⁰ obliga a las empresas generadoras a acreditar que un porcentaje de energía eléctrica proviene de fuentes de ERNC. El nuevo artículo 150 bis de la LGSE señala que las empresas eléctricas que efectúen retiros de energía desde los sistemas eléctricos, para comercializarla con distribuidoras o clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, y que tengan una capacidad instalada superior a 200 MW, deberán acreditar ante la Dirección de Peajes del Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC) respectivo que un porcentaje de sus retiros por cada año calendario corresponde a electricidad inyectada al sistema eléctrico por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados.¹⁶¹

El objetivo de esta medida, que es incentivar la generación de energías renovables no convencionales, supone importantes avances en materia ambiental, pero aumenta la posibilidad de conflictos con los derechos de los pueblos indígenas, ya que la fuente de energía primaria de varios de los medios de generación de ERNC son recursos naturales que se encuentran en tierras y territorios indígenas. Lamentablemente, la modificación a la ley eléctrica no aborda directamente el tema.

Un caso especialmente conflictivo es el de la energía geotérmica. De acuerdo con la Ley 20.257, es aquella energía que se obtiene del calor natural del interior de la tierra. Su marco regulatorio propio es la Ley 19.657 de 2000,¹⁶² que establece que la energía geotérmica es un bien del Estado, susceptible de ser explotado previo otorgamiento de una concesión. Estas concesiones son un derecho real inmueble, distinto del derecho del dueño sobre el predio superficial, transferible y transmisible, así como susceptible de cualquier acto o contrato. La mis-

158 Paola González, "Relaciones entre la Ley Indígena N° 19.253, la Ley de Bases del Medio Ambiente N° 19.300 y la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL 1 de Minería)", *Revista de Derecho Ambiental* 1(1), Universidad de Chile, diciembre de 2003, pp. 205-218.

159 Las ERNC son la energía de biomasa, la energía hidráulica de potencia inferior a 20.000 kw (entre 20.000 y 40.000 kw se considera la energía con un factor de corrección), la energía geotérmica, la energía solar, la energía eólica, la energía de los mares y los demás medios de generación que la Comisión Nacional de Energía determine fundadamente.

160 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley 20.257, publicada en el *Diario Oficial* el 1 de abril de 2008, que introduce modificaciones a la LGSE respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales.

161 Dicho porcentaje aumentará progresivamente a partir del año 2014. En el primer período, que va desde enero de 2010 hasta enero de 2014, el porcentaje a acreditar será de 5%. Desde 2014 en adelante, el porcentaje se irá incrementado anualmente en un 0,5%, hasta completar en 2024 un porcentaje total de 10% en la obligación.

162 Ministerio de Minería, Ley 19.657, publicada en el *Diario Oficial* el 7 de enero de 2000.

ma ley define las condiciones reglamentarias para la participación de empresas privadas en las actividades de exploración y explotación de la energía geotérmica, excluyendo las aguas termales utilizadas para fines turísticos o medicinales. Asimismo, la ley regula las relaciones entre los concesionarios, el Estado, los dueños de los terrenos superficiales, los titulares de pertenencias mineras, las partes involucradas en operaciones petroleras o empresas autorizadas a explorar y explotar hidrocarburos, entre otras materias.

La ley contiene ciertas herramientas que permiten la participación de autoridades u órganos públicos en el proceso de otorgamiento de una concesión. El artículo 12 faculta al Ministerio de Minería para que solicite los informes que estime pertinentes para “evitar o precaver conflictos de derechos o intereses entre el solicitante de una concesión de energía geotérmica y los titulares de otros derechos en el área pedida, o para una mejor resolución de la solicitud de concesión geotérmica”.

El citado artículo denota simplemente una facultad que puede ejercer el Ministerio y que puede servir de base para solucionar o evitar conflictos. Pero nada asegura la participación directa de los afectados, toda vez que se pueden solicitar informes a autoridades u órganos públicos, pero no a entidades o personas jurídicas distintas, como son las comunidades indígenas o sus representantes. En este sentido, la legislación no aborda ni reconoce particularmente la participación de los pueblos originarios cuando el otorgamiento de una concesión afecte sus derechos sobre predios superficiales (tierras y territorios indígenas), o bien, cuando estos pueblos quieran solicitar tales concesiones.

La ley establece un plazo, desde la publicación del extracto correspondiente a la solicitud de concesión, de manera que los afectados puedan hacer sus descargos ante el Ministerio, a lo que luego se da traslado para que el peticionario tome conocimiento del reclamo y finalmente el Ministerio resuelva. También determina que una concesión, independientemente de si es de exploración o explotación, puede establecer además servidumbres sobre los predios superficiales que se afectan, las que pueden ser de ocupación, a favor de empresas concesionarias de servicios eléctricos, o bien de tránsito o caminos. Ahora, para proteger los derechos del dueño del predio superficial, el inciso segundo previene que si las servidumbres afectan casas, dependencias o terrenos plantados, solo podrán ser constituidas con acuerdo del dueño del predio superficial.

Otra consecuencia de la constitución de una concesión de energía geotérmica es el otorgamiento, por el solo ministerio de la ley, del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración o de explotación, de manera consuntiva y continua, en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión y mientras esta dure.

Como se aprecia, no hay referencias a derechos de pueblos indígenas con respecto al aprovechamiento de este recurso energético, y ningún método de participación específico para los integrantes de estos pueblos o de las comunidades que conforman. Por ello, para dar cumplimiento al mandato del artículo 15, N° 2, del Convenio 169, se precisa incorporar expresamente el procedimiento mediante el cual se buscará la opinión y acuerdo de los pueblos interesados que puedan verse afectados por exploraciones o explotaciones, y establecer mecanismos de participación en las ganancias e indemnización de perjuicios que provengan de la explotación de la concesión.

Recursos genéticos

De acuerdo con la Convención de Diversidad Biológica (CDB),¹⁶³ se entiende por *recursos genéticos* el material genético de valor real o potencial, y por *material genético* todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia (art. 2).

En Chile no se dispone de una normativa interna, legal o reglamentaria que regule el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos genéticos. Sin embargo, por el hecho de haber ratificado la CDB, Chile se comprometió a cumplir con sus disposiciones, entre las cuales se encuentra todo un sistema de acceso, uso y distribución de los beneficios provenientes de dichos recursos.

En primer lugar, el artículo 15 reconoce la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, y les otorga la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos y de someter las condiciones de acceso a la legislación nacional. También insta a facilitar las condiciones de acceso a otras Partes, para utilidades ambientalmente adecuadas, sin imponer condiciones contrarias a la misma Convención y de acuerdo con condiciones mutuamente convenidas. A su vez, establece que las medidas legislativas y administrativas que adopte cada Parte contratante para el acceso de recursos han de tomarse de forma que se compartan equitativamente los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, así como los beneficios derivados de la utilización comercial, con la parte contratante que aporta los recursos.

Un tema específico que regula la CDB es el acceso a los conocimientos de las comunidades indígenas. El artículo 8(j) señala que cada Parte deberá respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. De igual manera,

¹⁶³ Chile ratificó la CDB el 9 de septiembre de 1994 mediante DS 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que fue publicado en el *Diario Oficial* el 6 de mayo de 1995.

deberá promover la más amplia aplicación de esos conocimientos, innovaciones y prácticas con la aprobación y participación de sus poseedores, y fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. Es decir, el Convenio reconoce la validez y el valor de los conocimientos y costumbres indígenas, pero deja la responsabilidad de su reconocimiento a cada una de las Partes.¹⁶⁴ Lo mismo señala el recientemente adoptado Protocolo de Nagoya.¹⁶⁵

En un régimen de acceso a los recursos genéticos el reconocimiento de las tradiciones y conocimiento indígena es clave, pues el valor de estos recursos se relaciona más con sus propiedades y con la información genética asociada que con el recurso u organismo físico que las contiene. Por ello la situación difiere del caso de otros recursos naturales, como los minerales,¹⁶⁶ y por ello también resulta complejo asociar el recurso a un estatuto claro de propiedad. Algunos países han establecido el dominio público sobre estos bienes,¹⁶⁷ mientras que otros como Estados Unidos lo han asociado a un régimen privado de la propiedad.¹⁶⁸

Como se indicó, Chile no ha adoptado un estatuto especial que defina la naturaleza jurídica o el régimen de propiedad de estos recursos. Sin embargo, existen algunas obligaciones mínimas que se deben cumplir en caso de autorizar actividades de prospección y/o utilización de este tipo de recursos que se encuentren en tierras y territorios indígenas, que derivan tanto del Convenio 169 como de la CDB. Ambos instrumentos internacionales exigen el consentimiento previo e informado (“consulta” en términos del Convenio 169) y la distribución de los beneficios entre las partes. La legislación vigente chilena no contempla ninguno de estos requisitos.¹⁶⁹

164 Respecto del acceso a la tecnología y a su transferencia, en su artículo 16 la Convención señala que se debe asegurar y facilitar el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente. Este acceso a la tecnología ha de hacerse en las condiciones más justas y en los términos más favorables tratándose de países en desarrollo. De igual manera, y en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, debe asegurarse esa transferencia, más aun tratándose de países en desarrollo que aportan los recursos genéticos.

165 Protocolo de la CDB, sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, adoptado el 29 de octubre de 2010 en Nagoya, Japón. Entrará en vigencia noventa días después de que se presente el quincuagésimo instrumento de ratificación. Chile todavía no lo firma.

166 Ver Dominique Hervé, “Hacia el establecimiento de una forma normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos”, *Revista de Derecho* XX(10), Universidad Austral de Chile, julio de 2007, pp. 123-148.

167 Por ejemplo, países como Perú, Bolivia, Ecuador y demás pertenecientes a la Comunidad Andina de Naciones.

168 Sobre los distintos regímenes nacionales al respecto, ver Santiago Carrizosa, Stephen B. Brush, Brian D. Wright y Patrick McGuire (eds.), “Assessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity”, IUCN Environmental Policy and Law Paper N° 54, 2004, pp. 79-270.

169 En los arts. 5, 6, 7, 12 y 16, el Protocolo de Nagoya regula específicamente los derechos de las comunidades indígenas y locales en materia de recursos genéticos y conocimientos

2.2.3. Derecho a beneficiarse, siempre que sea posible, de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en sus tierras

Este derecho se refiere a las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en las “tierras” indígenas (incluyendo el concepto de “territorio”), sobre los cuales el Estado tenga dominio u otros derechos. De acuerdo con el artículo 15, N^o 2, del Convenio 169, este derecho existe “siempre que sea posible”, palabras que han sido interpretadas en el sentido de que “esta referencia no es establecer un permiso al Estado para negar la participación alegando algún tipo de ‘imposibilidad’, sino que esta debe fundarse en la falta de organización indígena para llevarla a cabo en la voluntad indígena libremente manifestada en contrario”.¹⁷⁰

Por su parte, el Tribunal Constitucional interpretó esta norma –en su fallo del 4 de agosto de 2000– al declarar que el

verbo rector de esta disposición es [el] que señala el Convenio, al usar las expresiones “siempre que sea posible”, lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.¹⁷¹

Lo que hace la declaración del TC es reafirmar la constitucionalidad de la disposición del Convenio, y sostener que se trata de una norma programática, lo que implica el deber del Estado de adoptar medidas para su cumplimiento. De la revisión de la legislación sectorial aplicable a los recursos naturales no se deduce que haya mecanismos que exijan la distribución de beneficios y ganancias entre el titular de la actividad económica que utiliza los recursos naturales –y que genera utilidades– y las comunidades o asociaciones indígenas que tienen de-

tradicionales asociados. En particular, señala que las Partes deberán adoptar medidas legislativas, administrativas o de política para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas. Un anexo del protocolo identifica ejemplos de beneficios monetarios y no monetarios en los que se puede participar.

¹⁷⁰ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, op. cit., pp. 223-224. Montt y Matta interpretan la expresión “siempre que sea posible” de otra manera: sostienen que no se trata de un derecho público subjetivo o de un derecho humano que pueda ser exigible, sino de una disposición redistributiva que debiese implementarse con cargo al erario nacional. Santiago Montt y Manuel Matta, “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos* 121 (verano de 2011), p. 204.

¹⁷¹ Considerando 73.

rechos sobre las tierras y territorios donde se encuentran dichos recursos y donde se realizan las actividades económicas.¹⁷²

Por lo tanto, la implementación del Convenio 169 requerirá de la adopción de mecanismos jurídicos que reconozcan el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en sus tierras.¹⁷³

2.2.4. Derecho a recibir una indemnización equitativa por cualquier daño causado por la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras

Este derecho alude a los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en las “tierras” indígenas (incluyendo el concepto de “territorio”), sobre los cuales el Estado tenga dominio u otros derechos. En términos del Convenio 169, la indemnización debe ser “equitativa”, mientras que según la Declaración debe ser “justa, imparcial y equitativa”.

La legislación nacional establece diversos regímenes de responsabilidad por daños a los recursos naturales y al medio ambiente. La ley de bases del medio ambiente regula la responsabilidad derivada del daño ambiental en sus artículos 51 y siguientes. También son aplicables las reglas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil. Ambos regímenes son sistemas de responsabilidad subjetiva o basada en la culpa.

Fuera de estos dos regímenes generales de responsabilidad, existen legislaciones sectoriales que consagran sistemas especiales de responsabilidad objetiva para ciertos casos de daño ambiental o daño derivado del daño ambiental, pero que no son directamente aplicables a las comunidades indígenas, sino en la medida que cumplan con los presupuestos legales establecidos.¹⁷⁴

Analizar si los diversos regímenes de responsabilidad que consagra nuestro ordenamiento jurídico cumplen con los requisitos que impone el Convenio 169 en materia de derechos indígenas es un desafío pendiente. Entre otros aspectos, será necesario abordar algunas particula-

¹⁷² Fernández y De la Piedra distinguen entre beneficios ambientales y económicos. Respecto de los primeros señalan que están debidamente resguardados en la legislación ambiental, y respecto de los segundos, más que indicar que la legislación nacional no contempla mecanismos que exijan la distribución de beneficios, plantean que debe utilizarse el gasto social focalizado, pues ello permitiría utilizar criterios para la distribución de los recursos en lugar de trasposos directos entre empresas y comunidades, lo que ha generado en muchos casos un quiebre del tejido social. Andrés Fernández y Crishtian de la Piedra, op. cit., pp. 127-128.

¹⁷³ Id. Algunos autores sostienen que le corresponde al Estado resguardar el derecho de los pueblos indígenas a través de su política de gasto social, mediante subsidios directos o programas sociales y productivos diseñados directamente en beneficio de las comunidades indígenas.

¹⁷⁴ Por ejemplo, el art. 122 del Código Minero señala: “Las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona”. Otros casos de responsabilidad objetiva son los regulados por el DL sobre protección agrícola o la ley de navegación.

ridades de los derechos de los pueblos indígenas que pueden entrar en conflicto con el sistema jurídico nacional en materia de responsabilidad.

En primer lugar, se debe tener presente el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas, cuestión que impone al menos el reconocimiento de una legitimación activa amplia de las comunidades para demandar el daño. Por otro lado, surgen dudas en torno a qué se entiende por la expresión “cualquier daño” del Convenio 169, por ejemplo. ¿Significa que se debe establecer un régimen especial de responsabilidad objetiva? ¿Significa más bien que se debe indemnizar todo daño, moral y patrimonial? ¿Cómo se valoriza el daño patrimonial y moral en estos casos?

A su vez, a partir del reconocimiento del Convenio 169 del derecho a la indemnización por los daños que se ocasionen sobre los recursos naturales que se encuentran en la hipótesis del artículo 15, N^o 2, surge la duda respecto de cuál es el interés jurídico protegido en estos casos, porque no se estaría lesionando un derecho de propiedad, al menos no sobre los recursos naturales propiamente tales. Una conclusión posible sería que el interés jurídico protegido por esta norma no proviene del derecho de propiedad que las comunidades indígenas puedan ejercer sobre dichos recursos, sino que se trata de un interés legítimo que proviene de los derechos reconocidos por el Convenio 169.

2.3. Derecho de los pueblos indígenas a conocer los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo

Este derecho supone la exigencia de realizar evaluaciones de impacto ambiental sobre cualquier proyecto de desarrollo que afecte a los pueblos indígenas. Las evaluaciones de impacto ambiental se exigen en virtud de lo dispuesto por la ley de bases generales del medio ambiente, que regula el SEIA. Este sistema, administrado por el nuevo Servicio de Evaluación Ambiental, se basa en gran parte en la responsabilidad del titular del proyecto.

La nueva Ley 20.417 de 2010 introduce modificaciones a los procedimientos de tramitación y aprobación de las DIA y los EIA. Para efectos del derecho que aquí se analiza, tienen especial relevancia las modificaciones relativas a la participación ciudadana y al *acceso a la información ambiental*.¹⁷⁵ Este último punto podría ser una herramienta que permita a los pueblos indígenas exigir información suficiente para conocer los posibles impactos ambientales que los proyectos pudieran ocasionar en sus tierras y territorios.

175 Artículo 31 bis: “Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N^o 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones: ...”.

Como contrapartida al derecho de acceso a la información, el Ministerio del Medio Ambiente debe administrar un Sistema Nacional de Información Ambiental, desglosado regionalmente, que debe contener toda la información que expresamente menciona dicho artículo. Por último, cualquier persona que se considere lesionada en su derecho a acceder a información ambiental podrá recurrir a la autoridad competente, de conformidad con lo señalado por la ley sobre acceso a la información pública.

Sin duda, este derecho será una herramienta que permitirá a los pueblos indígenas hacer valer su derecho a conocer los impactos ambientales de las actividades que les afecten de alguna manera.

CONCLUSIONES

- 1.** El Convenio 169 de la OIT consagra y reconoce derechos de los pueblos indígenas en materia de tierras, territorios y recursos naturales.
- 2.** Tales derechos se pueden resumir de la siguiente manera:
 - a.** Derechos sobre tierras y territorios, incluyendo la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera.
 - b.** Derechos sobre los recursos naturales que se encuentran en tales tierras y territorios, que comprenden la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos.
 - c.** En caso de que los recursos naturales sean de propiedad del Estado, o sobre los cuales este ejerza derechos, los derechos que reconoce el Convenio 169 a los pueblos indígenas son el derecho a consulta antes de la prospección o explotación de los recursos, el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos, y el derecho a indemnización por los daños que se ocasionen a raíz de la prospección y explotación de los recursos.
 - d.** El derecho a conocer los impactos ambientales de las actividades que se desarrollen en sus tierras.
- 3.** El artículo 15 del Convenio 169, que reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, distingue dos categorías de recursos naturales: aquellos sobre los cuales el Estado ejerce propiedad u otros derechos, y los demás.
- 4.** Por lo tanto, con el objeto de evaluar si se requiere modificar la legislación interna para implementar los derechos que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas en materia de recursos naturales, en este trabajo se tomó como punto de partida el sistema disponible en el ordenamiento jurídico chileno relativo al dominio de los recursos naturales.
- 5.** Aquí se sostiene que el dominio de los recursos naturales en Chile distingue cuatro categorías: recursos de propiedad estatal y nacionales

de uso público, recursos de propiedad privada, recursos comunes a todos los hombres, y recursos de dominio indeterminado.

6. A partir de las premisas anteriores, se concluye que la implementación de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en Chile dependerá del régimen jurídico de propiedad al que se encuentran sometidos dichos recursos en el país.

7. Para determinar las modificaciones legales que se requieren, se analizó el estatuto jurídico aplicable a cada tipo de recurso natural, esto es, bosques, flora, fauna terrestre y especies hidrobiológicas, recursos minerales, aguas, lecho marino y de ríos y lagos, recursos genéticos y recursos energéticos.

8. Para la implementación de los derechos que reconoce el Convenio 169 respecto de los recursos naturales de propiedad privada, se distingue aquellos situados en “tierras” indígenas de los que se encuentran en “territorios” indígenas. En el caso de los primeros, el derecho de propiedad que poseen los pueblos indígenas resulta, en general, suficiente para garantizar los derechos que reconoce el Convenio 169. Respecto de aquellos recursos ubicados en “territorios” indígenas –terrenos que han sido consuetudinariamente utilizados por los pueblos indígenas y no se encuentran dentro de la categoría de “tierras” indígenas de acuerdo con la ley indígena–, las alternativas de nuestro ordenamiento jurídico actual son dos: aceptar que dichos territorios son solo aquellos protegidos como Áreas de Desarrollo Indígena y ECMPO, y por lo tanto promover la creación de este tipo de espacios para garantizar estos derechos, o bien sostener que se trata de una cuestión que se debe resolver caso a caso, al analizar el interés concreto que las comunidades indígenas hagan valer al ejercer este derecho reconocido por el Convenio.

9. En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de dominio público, nuestra legislación sectorial no cumple con los estándares del Convenio 169. Se requiere de una adecuada implementación del derecho de consulta y de diversos mecanismos que permitan hacer efectiva la participación en las ganancias provenientes de la explotación de los recursos. Seguramente, el establecimiento de estos últimos requerirá de un análisis especializado desde la óptica del derecho tributario, económico y de la seguridad social.

10. La nueva legislación ambiental cumple con los estándares relacionados con el derecho a conocer los impactos ambientales de los proyectos que se desarrollen en tierras y territorios indígenas, siempre que los mecanismos de acceso a información se implementen adecuadamente.

11. Por último, sobre el derecho a indemnización, para hacerlo valer seguramente será necesario modificar el sistema regular de responsabilidad civil chileno, de manera que sea posible que los pueblos indígenas sean considerados colectivamente. Junto con ello, se debe resolver qué daños se deben indemnizar, cómo se valorizan esos daños y cuál es el

interés jurídico protegido en estos casos. Este tema, que debe analizarse especialmente desde la perspectiva de la regulación nacional sobre responsabilidad civil y ambiental, escapa el alcance de este capítulo.

ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA A LOS ESTÁNDARES IMPUESTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS NATURALES

COMENTARIO DE NANCY YÁÑEZ *

La primera reflexión que surge tras la lectura del artículo es su falta de una reflexión crítica en torno al modelo extractivo y su sustentabilidad ambiental y económica, toda vez que el documento da por establecida como un hecho irrefutable la eficacia del modelo económico chileno.

Debido a que preservan un sistema particular de vida y costumbre arraigado a la tierra, los pueblos indígenas tienen una relación distinta con los recursos naturales, que no solo se determina por su apropiación sino también por su significación espiritual y simbólica. Por cierto, este no es el tipo de relación que promueve el modelo económico vigente en Chile, que, por el contrario, se basa en la extracción y exportación de recursos naturales. En ese contexto, la discusión central en diversos sectores de la sociedad nacional debe ser precisamente si el desarrollo económico se debe sustentar en la explotación de dichos recursos, debate que trasciende las economías emergentes como la chilena y que cobra interés también en los países industrializados.

Hay consenso en que un problema estructural de la estrategia de desarrollo en economías emergentes como la nuestra es que el modelo se sustenta en la explotación primaria de recursos naturales. A ello se suma el crecimiento desmedido de determinados sectores productivos, lo que genera tensiones en otros recursos naturales y vuelve insostenible la misma industria. Un ejemplo paradigmático lo constituye la expansión de la gran minería en Chile, cuya presión sobre recursos hídricos y energéticos pone en cuestión la sustentabilidad de esa actividad y la de los recursos naturales que la hacen viable. La Corporación Chilena del Cobre ha alertado que al año 2025 no habrá agua para desarrollar la minería en el norte de Chile. Recientemente, el gobierno ha informado que para 2015 se prospectan 50 mil millones de dólares de inversión en minería, de lo que es posible colegir que, si hoy en día tenemos crisis energética e hídrica para proveer al sector minero, la situación se va a tornar más crítica cuando la inversión del sector prácticamente triplique la inversión histórica.

* Profesora de derecho, Universidad de Chile y co-directora, Observatorio Ciudadano.

Un segundo punto que cabe destacar es el marco jurídico en el cual se reflexiona sobre los derechos indígenas en Chile; se han excluido del análisis instrumentos generales de derechos humanos, ratificados y vigentes en el derecho chileno, que son relevantes para proteger los derechos indígenas en el país y que garantizan la gobernanza indígena sobre sus territorios y recursos naturales. La protección de los derechos indígenas no se reduce al Convenio 169 sino que deben incorporarse en el análisis instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que son importantes en el reconocimiento de los derechos indígenas, en particular en el ámbito de derechos sobre las tierras, el territorio, los recursos naturales y el desarrollo con identidad.

La interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos contenidas en dichos instrumentos ha permitido ampliar el alcance normativo de sus preceptos y otorgar competencia a los órganos encargados de su aplicación para garantizar la exigibilidad de los derechos indígenas de un modo incluso más eficaz que el Convenio 169, y gracias a ello los estándares de los derechos indígenas se han ido perfeccionando. Si bien el documento analiza la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en la materia, debiera relevar que la base jurídica de dicha jurisprudencia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Siguiendo esta lógica, sugiero una revisión de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de las normas del PIDCP.

Cabe hacer énfasis en la prolífica jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, instancia a la que le corresponde aplicar el PIDCP. Ella ha demostrado cómo un estatuto de derechos concebidos como derechos individuales puede evolucionar para proteger la dimensión colectiva de esos derechos. De este modo, los derechos o libertades de las minorías han sido reconocidos en su dimensión de derechos colectivos, estableciéndose que la protección del derecho al desarrollo está amparada por la norma del artículo 27 del PIDCP, que protege los derechos de las minorías étnicas a preservar su cultura.¹

Como se ha expuesto, estos instrumentos han permitido avanzar en la consagración de los derechos de pueblos indígenas, específicamente en el reconocimiento del derecho colectivo al desarrollo y, en

¹ Caso *Iván Kitok vs. Suecia* (Com. N° 197/1985), dictamen del 27 de julio de 1988; caso *Jefe Bernard Ominayak y miembros de la Agrupación Lago Lubicon vs. Canadá* (Com. N° 167/1984), dictamen del 26 de marzo de 1990; caso *Länsman y otros vs. Finlandia* (Com. N° 511/1992), dictamen del 26 de octubre de 1994; caso *J.G.A. Diegaard y otros vs. Namibia* (Com. N° 760/1997), dictamen del 6 de septiembre de 2000; caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelandia* (Com. N° 547/1993), dictamen del 16 de noviembre de 2000; caso *Länsman y Comité de Pastores Muotkatunturi vs. Finlandia* (Com. N° 1023/2001), dictamen del 15 de abril de 2005; caso *George Howard vs. Canadá* (Com. N° 879/1999), dictamen del 4 de agosto de 2005, y caso *Ángela Poma Poma vs. Perú* (Com. N° 1.457/2006), dictamen del 24 de abril de 2009.

consecuencia, al control sobre los recursos naturales existentes en los territorios ancestrales, por lo que no pueden quedar fuera del análisis.

El documento centra la discusión jurídica en el derecho de los pueblos indígenas al territorio, la tierra y los recursos naturales en los términos en que se reconoce en los artículos 14, 15 y 16 del Convenio 169. Pero ese análisis es restrictivo, no solo porque no recoge en toda su dimensión la jurisprudencia gestada en el marco de la interpretación evolutiva de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como se ha dicho, sino porque excluye normas del mismo Convenio 169 que es indispensable considerar. En efecto, si asumimos –como señalan los autores en la parte introductoria– que los pueblos indígenas se relacionan de un modo distinto con los recursos naturales, se debieran incorporar dos cuestiones fundamentales que fueron omitidas: i) que el derecho de los pueblos indígenas sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales no solo tiene que ver con el derecho a la propiedad, sino también con el derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo, derecho que se reconoce en el artículo 7 del Convenio 169, y ii) que efectivamente, con este precepto el Convenio 169 se pone a la altura de los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular de las normas homólogas del PIDCP y el PIDESC, que conciben el derecho a la libre determinación de los pueblos como el derecho a ejercer el control sobre los recursos naturales necesarios para asegurar su subsistencia (en ambos, art. 1, inciso 2). Por lo demás, esa es la base del proyecto civilizatorio de los pueblos indígenas, aquel que han desarrollado desde tiempos ancestrales y que aspiran a preservar y transmitir a las futuras generaciones.

El análisis del artículo 7 del Convenio 169 es particularmente relevante en el derecho interno chileno si se acepta como válida la tesis de la autoejecutabilidad impuesta por el Tribunal Constitucional (TC), posición que no comparto. Esa es una de las pocas normas que el TC determinó autoejecutable y, por tanto, plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En el artículo también se omite la referencia a la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Si bien esta Declaración no es vinculante para los efectos de la problemática que se aborda en este documento, es importante reflexionar en torno al alcance de su artículo 32, que establece precisamente el derecho de los pueblos indígenas a determinar su estrategia de desarrollo y que consagra el reconocimiento del derecho al consentimiento previo, libre e informado. Es importante reflexionar si ello constituye un reconocimiento del derecho a veto por parte de los pueblos indígenas.

En lo que respecta a la revisión de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, hay un vacío del texto en el análisis de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en el caso *Saramaka vs. Surinam*, que es clave porque se refiere precisamente a los derechos de los pueblos indígenas en el caso de ejecución de proyectos de inversión extractivos de recursos naturales en sus tierras y territorios. En este caso se establecieron los derechos a la consulta, a la realización de estudios de impactos ambientales independientes para evaluar los impactos en dichos territorios, y a participar de los beneficios de la explotación. En mi opinión, lo más relevante del caso es la jurisprudencia establecida en el evento de que se ejecuten megaproyectos susceptibles de alterar la integridad del sistema de vida y costumbre de los pueblos indígenas, y que se refiere específicamente a las circunstancias de que estos comprometan los recursos hídricos que dan sustentabilidad al hábitat indígena. Dicha jurisprudencia indica que, cuando se trata de un megaproyecto que puede derivar en el desplazamiento de la población, y que como consecuencia de ello altere la integridad cultural de los pueblos indígenas, el estándar de derecho que deben resguardar los Estados es el consentimiento previo, libre e informado.

En este contexto, es relevante dirimir si este mayor estándar concede o no derecho a veto a los pueblos indígenas en los términos que se establece en el artículo 32 de la Declaración Universal de Derechos de Pueblos Indígenas. Si efectivamente ese es el alcance del mayor estándar dispuesto para el derecho al “consentimiento previo, libre e informado”, entonces el artículo 16 del Convenio 169 debe interpretarse siguiendo esta misma línea, que determina que el traslado de la población solo se puede efectuar en condiciones excepcionales y con el consentimiento previo, libre e informado de los afectados. Me parece que el texto de Hervé y Pérez acierta cuando, siguiendo a Gomiz y Salgado, concluye que el artículo 16 del Convenio 169 prohíbe en términos absolutos el traslado de la población indígena, salvo que concurren circunstancias excepcionales que hagan imposible la permanencia en el territorio; por lo tanto, excluye la posibilidad de que un megaproyecto de inversión se ejecute en tales espacios si uno de sus impactos es el desplazamiento de la población. Acorde a esta argumentación –con la que coincido plenamente–, si el impacto del proyecto es de esa magnitud, lo que corresponde es aplicar el estándar del consentimiento previo, libre e informado.

Los párrafos precedentes son comentarios al primer segmento. También tengo algunas observaciones respecto del tercero: mi hipótesis es que hay una suerte de contradicción entre los dos.

La tercera observación, entonces, está dedicada a dirimir la exigibilidad del derecho internacional y de los estándares internacionales de derechos indígenas en el derecho interno. Una pregunta clave que debería responderse en el tercer segmento, y que justifica el hecho de que el primero esté dedicado a los estándares de derecho internacional

en materia de derechos indígenas, es cómo se incorpora el Convenio 169 al derecho interno y qué implicancias tiene esa incorporación en materia de exigibilidad de los derechos indígenas sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales. Ello supone discutir dos cuestiones que en mi opinión el artículo no aborda, aunque a pesar de ello adopta una posición jurídica, con la que discrepo. Las cuestiones que ha debido abordar son i) si el sistema jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno son independientes o están interconectados, y ii) la jerarquía de las normas de derecho internacional en el ámbito interno.

Si se supone que ambos sistemas son interdependientes, para interpretar las normas en el ámbito nacional se deben usar los estándares internacionales. Es en ese punto donde se genera la contradicción, que expongo a continuación.

Primero, el texto dice que cuando un Estado signatario ratifica el Convenio 169 debería iniciar un proceso largo y costoso para adecuar a él su legislación y sus prácticas nacionales. Con esa postura, los autores asumen una tendencia más bien dualista, conforme a la cual el sistema jurídico internacional y el nacional no se encontrarían conectados. Esa posición se contrapone con la jurisprudencia de los tribunales internacionales, e incluso con la de los tribunales nacionales, que de un modo incipiente siguen la tendencia contraria. Lo más complejo de esta posición radica en que la tendencia dualista necesariamente conduce a que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Según esta perspectiva, el texto supedita las normas del derecho internacional a las del derecho interno. Además, asume como válida la tesis del TC según la cual las únicas normas autoejecutables serían el derecho de consulta y de participación, y el derecho a establecer prioridades en materia de desarrollo, consagrados en los artículos 6 y 7 del Convenio 169, que luego no analiza.

En lo que respecta a la jerarquía de las normas del Convenio 169, llama la atención que el estudio las supedita a la legislación sectorial. Los autores analizan las normas de derecho interno en materia de derechos indígenas y la legislación sectorial sobre recursos naturales para ver si coinciden con la interpretación que se hace del Convenio 169 en el derecho internacional, pero sin que dicha interpretación a su juicio imponga obligaciones específicas para el Estado. Hervé y Pérez omiten que por expresa disposición del artículo 5, inciso 2, de la Constitución los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes se entienden incorporados a la carta fundamental.

Con el objeto de adecuar el Convenio 169 a las normas del derecho interno, los autores concluyen que el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales se reduce a los que yacen en las tierras de su propiedad. Esta postura no es sostenible jurídicamente, puesto que los tribunales nacionales han adoptado a este respecto una postura

más garantista que la suscrita por los autores. La jurisprudencia chilena les reconoce a los pueblos indígenas derechos sobre los recursos naturales aun cuando se encuentren en “terrenos”² de las comunidades indígenas que no están inscritos como de dominio privado de dichas comunidades o sus miembros, asumiendo un concepto amplio de territorio. Así lo ha establecido la jurisprudencia al reconocer el derecho de propiedad ancestral al agua de la comunidad atacameña de Toconce, y también el de la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama.³ Esta misma posición se adoptó en el caso de la machi Francisca Linconao.⁴ La jurisprudencia chilena en comento se hace cargo explícitamente de que los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales están cautelados en la legislación chilena, aun cuando los recursos no se encuentren en tierras de propiedad indígena sino en terrenos que corresponden al territorio indígena, aplicando para ello específicamente el concepto de “territorio” tal como lo define el artículo 13 del Convenio 169, y que involucra la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o poseen.

Otro punto que me parece importante objetar es que, con el mismo fin de adecuar el Convenio 169 a la legislación interna, los autores reducen los derechos indígenas sobre el medio ambiente al derecho a conocer los impactos ambientales, acorde al procedimiento establecido en la Ley 19.300 sobre bases del medio ambiente. Esta interpretación restringe los alcances del Convenio 169 y, lisa y llanamente, contraviene las normas que en dicho cuerpo normativo reconocen derechos ambientales de los pueblos indígenas.

Preliminarmente es posible sostener que la legislación ambiental chilena se reduce a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a conocer los impactos ambientales de un proyecto o actividad en sus territorios, argumentando que ese es el alcance normativo de la Ley 19.300, puesto que el proceso de participación ciudadana establece un mecanismo de información en torno a los impactos ambientales de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), pero no es dable argumentar que ese es el alcance jurídico del derecho al medio ambiente reconocido por el artículo 4 del Convenio 169. Tampoco es posible afirmar que ese es el estándar en Chile, porque dicha conclusión se contrapone con las normas del artículo primero de la ley indígena, que impone a todos los órganos del Estado la obligación de garantizar el equilibrio ecológico de las tierras indígenas.

² Nomenclatura utilizada en el artículo 64 de la Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

³ Corte Suprema, caso *Comunidad Indígena Toconce vs. ESSAN S.A.*, Rol 986-2003; Corte Suprema, caso *Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama vs. Empresa Embotelladora de Agua Mineral Chusmiza S.A.*, Rol 2480-2009, y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 817-2006.

⁴ Corte Suprema, caso *Machi Francisca Linconao Huircapan*, Rol 7.287-2009, ratificando sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.773-2008.

Además, en nuestro país, la garantía constitucional del artículo 19, N° 8, y la ley de bases del medio ambiente reconocen el derecho de todos los ciudadanos sobre el medio ambiente, por lo que no podría aceptar que los pueblos indígenas tengan a este respecto menos derecho que el resto de los ciudadanos. En razón de estas argumentaciones, la conclusión a la que arriban los autores carece de soporte jurídico y, lo que es más grave, engendra una interpretación ilegal, arbitraria y discriminatoria.

También es cuestionable la interpretación del artículo 15, N° 2, del Convenio 169. Los autores sostienen que esta norma no es autoejecutable y que para su exigibilidad se requieren modificaciones a la legislación interna. Para evitar arribar a conclusiones no razonables, es fundamental profundizar en el análisis de la tesis de la autoejecutabilidad impuesta por el TC. Es importante considerar que el Convenio 169, en particular el precepto en análisis, no puede ser catalogado como simplemente programático, toda vez que su normativa, como todas las reglas de derechos humanos, engendra obligaciones negativas y positivas al mismo tiempo y no por ello pierden su carácter de derechos fundamentales. Por tanto, el Estado está obligado a abstenerse de actuar cuando la obligación es de tipo negativo, y a adoptar medidas concretas de exigibilidad de derechos cuando se le imponen obligaciones positivas, pero no es dable colegir de estas circunstancias que el Estado no tenga responsabilidades asociadas a una obligación de índole positiva.

En lo que refiere al artículo 15, N° 2, del Convenio 169, hay consenso en que allí se establecen los derechos de los pueblos indígenas a consulta, a participar en los beneficios de la explotación e indemnización por daños y en que este derecho opera cuando el Estado tiene la propiedad de los recursos, como ocurre con los minerales. El texto señala que ese es un caso en el cual se requiere modificar la ley interna. Me pregunto cuáles son las modificaciones a la ley interna que sugieren Hervé y Pérez. ¿Qué legislación debe modificarse para hacer exigible el derecho de participación en las utilidades? No tengo la respuesta, pero no podría aceptar que la participación en los beneficios de la explotación, por ejemplo, requiera una adecuación de las normas tributarias, del régimen arancelario o del sistema de seguridad social, ni mucho menos que esta supuesta adecuación normativa permita abrir espacios institucionales para el otorgamiento de nuevos beneficios a los inversores, que les permita compensar por ley los mayores costos que impone a la industria el cumplimiento del Convenio 169.

Finalmente, lo que está detrás del derecho indígena a participar de los beneficios de la explotación de esos recursos es precisamente el reconocimiento de que estos constituyen parte del capital social de los pueblos indígenas, y de que así ha sido desde tiempos inmemoriales. La lógica de este enfoque de derecho nos debería llevar a discurrir

en el mismo sentido que el *royalty*.⁵ Si aceptamos que esos recursos naturales forman parte del patrimonio indígena y que con cargo a ellos han desarrollado sus culturas, debemos concluir que, cuando el legislador reconoce estos derechos, prioriza el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus recursos y, por tanto, a pesar del derecho eminente del Estado, estipula un mecanismo de consulta y participación que les permite seguir ejerciendo la gobernanza de tales recursos por la vía de acceder a los beneficios de su explotación.

En este mismo orden de ideas, llama la atención que los autores supongan que el derecho a la indemnización por los daños ocasionados a las comunidades indígenas, bajo los supuestos normativos del artículo 15, N^o 2, requiere también una modificación a la ley interna, en circunstancias que basta con aplicar las normas de responsabilidad civil extracontractual establecidas en el Código Civil chileno. En este ámbito, el Convenio 169 aplica un principio general del derecho, conforme al cual el que comete un daño está conminado a repararlo, y en eso la norma no hace excepción a la legislación interna.

⁵ El *royalty* es una regalía que debe pagar quien explota un recurso, generalmente no renovable, de un país.

ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA A LOS ESTÁNDARES IMPUESTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS NATURALES

COMENTARIO DE MANUEL MATTA*

El texto me parece del mayor valor, por cuanto constituye un aporte concreto a la aplicación efectiva del Convenio 169 en nuestro país, para asegurar el respeto de los derechos de los pueblos originarios en momentos en que somos testigos de cómo muchas de las personas que forman parte de esos pueblos son perseguidas precisamente por la reivindicación de sus derechos.

Y digo que se trata de un aporte concreto a la aplicación del Convenio 169 básicamente por dos razones. Primero, porque se aboca a los derechos de los pueblos indígenas principalmente respecto de los recursos naturales, uno de los temas más sensibles del Convenio por la relevancia que tienen para la cultura, la subsistencia y las formas de vida de tales pueblos, y también por la fuente de incertidumbre que supone el Convenio 169 para los inversionistas en proyectos productivos.

Segundo, porque probablemente se trate del primer esfuerzo por hacer un análisis sistemático de toda la legislación sectorial en materia ambiental y de recursos naturales, a la luz del Convenio 169. Hasta donde tengo conocimiento, no existe otro texto académico que haya intentado una aproximación a la forma práctica en que puede insertarse el Convenio en la normativa que regula cada uno de nuestros recursos naturales.

El trabajo que me han invitado a comentar consta de una introducción y dos secciones. La primera sección aborda la perspectiva del derecho internacional, y la segunda hace lo propio con el ordenamiento jurídico nacional.

En la primera sección se alude no solo al Convenio sino también a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que debe tenerse presente a la hora de abordar estas materias puesto que, más allá de la discusión acerca de si tiene o no fuerza vinculante, se trata de un instrumento que fue aprobado con el voto favorable de Chile, de modo que a lo menos compromete su buena fe

* Abogado de la Universidad de Chile. LLM University of California, Berkeley. Asociado del estudio Aylwin Abogados.

como Estado. También se comentan algunas sentencias significativas del sistema interamericano de derechos humanos en materia de derechos indígenas sobre tierras y recursos naturales.

Esta sección resulta interesante principalmente como contextualización de la segunda sección, que es la parte más novedosa y relevante de este trabajo, por las implicancias prácticas que de ella se desprenden.

En general, en los trabajos que se conocen sobre el Convenio 169 se analizan sus normas para establecer pautas o criterios para su aplicación en el derecho interno.¹ Es decir, son análisis que se hacen desde el Convenio hacia el derecho interno, esto es, “de arriba hacia abajo”. Pero este trabajo utiliza una metodología inversa, constatando el estado de nuestra legislación ambiental para determinar de qué forma podría servir a los propósitos del Convenio en Chile, y si no es posible, cómo se podrían adaptar las normas existentes o crear otras nuevas, es decir, un análisis de “abajo hacia arriba”.

Así, la segunda sección comienza analizando el valor y la jerarquía que debiera dársele al Convenio sobre la base de nuestra Constitución Política y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que ha distinguido entre normas autoejecutables (las de los artículos 6 y 7 del Convenio, relativas al derecho a la participación)² y no autoejecutables (la del artículo 14 del Convenio, referida a las tierras indígenas, y la del artículo 15, referida a los recursos naturales).³

Al respecto, hay que señalar algo que por obvio a veces se olvida: se trata de un tratado internacional sobre derechos humanos. Y lo es porque, más allá de las disquisiciones teóricas que se puedan hacer sobre la materia, al analizar la historia de la tramitación de la ratificación del Convenio en el Congreso Nacional es evidente que los parlamentarios tuvieron conciencia de que estaban discutiendo un instrumento de dicha naturaleza. Dado que el Legislativo es la autoridad interpretativa central de la Constitución, su interpretación implícita o explícita resulta determinante.⁴

Ahora bien, que el Convenio 169 sea un tratado internacional de derechos humanos no es simplemente una categorización académica, sino que tiene implicancias prácticas de la mayor importancia.

1 Ver, por ejemplo, OIT, *Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, y Observatorio Ciudadano, “Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile”, Documento de Trabajo N° 10, septiembre de 2009.

2 El término “derecho a la participación” sin otro calificativo alude a un derecho colectivo genérico que tiene por objeto asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afecten de manera directa, y que incluye el derecho a la participación propiamente tal (arts. 6.1.b y 7.1, segunda parte), el derecho a consulta (arts. 6.1.a y 6.2) y el derecho al consentimiento previo, libre e informado (art. 16.2).

3 El artículo 15.2 también se refiere al derecho a la participación, específicamente al derecho a la consulta respecto de recursos naturales ubicados en territorios indígenas.

4 Para un mayor análisis de la materia, ver Santiago Montt y Manuel Matta, “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos* 121, 2011.

Sin entrar en el debate acerca de la jerarquía normativa que en nuestro sistema jurídico tienen los tratados internacionales de derechos humanos, lo que excede el objeto de este comentario, importa recordar que una vez ratificados y vigentes *obligan* a todos los órganos del Estado, puesto que, como lo establece el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, tales órganos deben “respetar y promover” los derechos garantizados en este tipo de tratados.

Si se toma en serio esta norma constitucional –los órganos del Estado se encuentran obligados por este tipo de tratados–, entonces esos órganos tienen el deber de aplicar sus preceptos y por ende no tienen la potestad para suspenderlos o no aplicarlos. De ello se sigue la consecuencia práctica de que, en términos generales y sin perjuicio de lo que se planteará más adelante, los derechos sobre los que versa este trabajo –derecho a la tierra y a los recursos naturales– deben necesariamente ser respetados y promovidos en forma inmediata por los órganos del Estado, que no podrá invocar el carácter meramente programático o no autoejecutable de las normas que contemplan tales derechos para no aplicarlas. En otras palabras, la supuesta no autoejecutabilidad de una norma internacional sobre derechos humanos –categoría por lo demás extraña a la Constitución positiva– no puede ser motivo para que el Estado se excuse de su observancia.

En consecuencia, me parece que en la sentencia Rol 309-2000⁵ el Tribunal Constitucional ha decidido correctamente al señalar que los artículos 6 y 7, ambos referidos al derecho a la participación, son directamente aplicables por los órganos del Estado. No ha sucedido lo mismo cuando ha resuelto que el artículo 14, referido a la propiedad indígena, y el 15, referido al derecho a los recursos naturales, no serían directamente aplicables, por tratarse, en su opinión, de normas meramente programáticas que requerirían de implementación legislativa. Con ello se vulnera precisamente lo dispuesto por el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución.

Por ello es que, para no prestarse a equívocos, el título del capítulo, “Mecanismos de implementación del Convenio 169 de la OIT”, no debe entenderse como indicando que el Convenio necesita normas de derecho interno para su aplicación, sino referido a cómo la legislación nacional existente podría utilizarse como medio efectivo y directo para la concreción del Convenio.

Ahora bien, al margen de la no autoejecutabilidad que el Tribunal Constitucional plantea respecto del artículo 14 del Convenio, referido a la propiedad y a la posesión indígena, el capítulo busca compatibilizar dicha norma con aquellas contenidas en la ley indígena, señalando que existen normas en dicha ley que de alguna manera aseguran a los pue-

⁵ TC, “Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República”, sentencia del 4 de agosto de 2000.

blos indígenas los derechos que les reconoce el artículo 14 del Convenio. Por ejemplo el artículo 12, que señala los casos en que se está ante “tierras indígenas”; los artículos 20 a 22, que crean un fondo para “tierras indígenas”; el artículo 64, que otorga especial protección a las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas, y los artículos 55 a 59, que contienen normas para las reivindicaciones de tierras indígenas.

Sin embargo, el texto hace la prevención de que las normas citadas serían insuficientes para asegurar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios.

A este respecto, recordemos que el artículo 13, N° 2, del Convenio señala que el término “tierras” incluye el de “territorios”, concepto que cubre la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera. Es decir, el Convenio deja en claro que el concepto de “tierras” que contiene no es aquel que podría desprenderse de las normas tradicionales del derecho civil. Y es lógico que así sea, porque las tierras para los indígenas incluyen algo más que lo que puede constar en una inscripción de dominio que figure en un régimen registral de propiedad. Es, como lo da a entender el mismo artículo del Convenio, parte esencial de su identidad cultural y sus formas de vida. Esta dimensión del concepto sirve como criterio de interpretación para no ampliar ni restringir los derechos de los pueblos indígenas más allá de lo debido.

Y la aclaración es fundamental para los efectos de este trabajo, puesto que de esta definición depende la mayor o menor amplitud e intensidad del derecho a los recursos naturales que el Convenio considera para los indígenas respecto de sus “tierras”.

Sobre esta materia, el capítulo hace esfuerzos interesantes por encontrar figuras en el derecho nacional que puedan dar cabida al concepto de tierras indígenas desde la perspectiva del Convenio, esto es, incluyendo el concepto más amplio de “territorio”. Es así que nombra figuras legales vigentes que, directa o indirectamente, estarían reconociendo el concepto de “territorio” que contiene el Convenio. Algunas de ellas son las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) que contempla el artículo 26 de la ley indígena; los Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios, reconocidos por la Ley 20.249, y la participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley 19.300.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 27 de la ley indígena las ADI tienen por objeto focalizar políticas públicas hacia los pueblos originarios, y no asegurarles algún derecho a utilizar, administrar y conservar recursos naturales presentes en tales áreas. Desde esta perspectiva, el concepto de “territorio” que estaría comprendido en las ADI parece ser una figura estrecha para los propósitos del Convenio, y por lo tanto no me parece que las ADI sean una figura jurídica útil para su aplicación.

Distinto es el caso de la ley que crea el espacio costero marino de los pueblos indígenas, cuyo objeto es precisamente que los pueblos

indígenas puedan usar, administrar y conservar los recursos naturales que se encuentran en ese “territorio” –el espacio costero marino– que se le concede a una comunidad. En consecuencia, es una ley útil para la aplicación práctica del artículo 15 del Convenio.

Por otra parte, efectivamente puede entenderse que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) considera el concepto de “territorio” indígena para los efectos del Convenio, puesto que pondera o evalúa la afectación de derechos de los pueblos originarios sobre espacios geográficos más amplios que la propiedad indígena propiamente tal.

También sobre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley 19.300, en mi opinión el texto aborda correctamente el alcance del sistema como mecanismo de aplicación del Convenio respecto de las normas de protección del “territorio” indígena y, asimismo, como medio de participación de los pueblos en las medidas adoptadas por el Estado que sean susceptibles de afectarlos. El texto no comete el error en que han incurrido el Tribunal Constitucional y alguna jurisprudencia de la Corte Suprema (como la del caso *Mehuín*),⁶ que consideran que el SEIA es un mecanismo por sí solo suficiente para dar aplicación inmediata y suficiente a estos derechos del Convenio. Por el contrario, aquí acertadamente se observan las falencias que el SEIA presenta para ello.

En primer lugar, se señala que el SEIA da cabida a la participación de los pueblos indígenas únicamente cuando el respectivo proyecto ingresa por vía de Estudio de Impacto Ambiental (EIA), lo que solo ocurrirá en las hipótesis del artículo 11 de la Ley 19.300, que no necesariamente consideran la particular relación de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos, como lo pretende el Convenio.

En segundo lugar, se dice que en los proyectos que ingresan vía Declaración de Impacto Ambiental (DIA) no se considera la etapa de participación ciudadana, salvo que el proyecto presente “cargas ambientales” –lo que en todo caso debe declararlo el Servicio de Evaluación Ambiental respectivo (SEA)–, o que la participación sea solicitada por al menos dos organizaciones ciudadanas o diez personas naturales. Pero el derecho de participación de los pueblos indígenas respecto de medidas que los afecten solo quedará debidamente resguardado si, para determinar si existen o no cargas ambientales, el SEA usa un concepto de medio ambiente que comprenda factores socioculturales y formas de vida en los términos que lo establece la letra II) del artículo 2 de la Ley 19.300. De lo contrario, las cargas ambientales se determinarán únicamente sobre la base de la afectación que los proyectos produzcan a la naturaleza, entendida en su dimensión química, física y biológica, lo cual reviste el riesgo de dejar en una posición de indefensión los derechos indígenas.

⁶ Corte Suprema, caso *Nahuelpán Giltraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros con Corema Región de Los Ríos*, Rol CS N° 4.078-2010, sentencia del 14 de octubre de 2010.

En tercer lugar, el texto hace presente que no todos los proyectos deben ingresar al SEIA, lo que también podría aumentar la vulnerabilidad los derechos que contempla el Convenio, si es que el SEIA se considera indefectiblemente como el medio para asegurarlos.

Además de las observaciones indicadas respecto del SEIA como mecanismo de aplicación del Convenio, el texto sostiene –en mi opinión en forma acertada– que la consulta que contempla el Convenio posee características particulares. De hecho, así fue reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 309-2000, al señalar que la consulta a que se refiere el artículo 6 tiene una connotación jurídica especial que la diferencia de otras en nuestro ordenamiento jurídico, incluso de la consulta que contempla el artículo 34 de la ley indígena.

Esta connotación jurídica especial se concreta en que la consulta debe hacerse de buena fe, por medio de procedimientos adecuados y, sobre todo, tratando de llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas o lograr su consentimiento. Además, debe realizarse con la debida antelación, otorgando tiempo suficiente a las comunidades para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones. Como se sostiene en el *Manual de aplicación del Convenio* preparado por la OIT,⁷ estas características implican asegurarles a los pueblos indígenas, si no un poder de veto, sí un poder de negociación. Es decir, la consulta del Convenio 169 no se satisface simplemente otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de opinar sobre un proyecto, sino que deben darse las instancias para que ese proyecto sea efectivamente estudiado y discutido en forma pormenorizada, permitiendo a las partes la posibilidad de modificar sus posiciones, intentando adecuarlas a los intereses de la parte contraria, de modo de lograr un acuerdo, tal como lo ha sostenido el ministro Haroldo Brito en voto de minoría en el caso *Mehuín* y en el caso *Nuevo aeropuerto de la Araucanía*.⁸

En este sentido, la participación ciudadana del SEIA no cumple con los estándares del Convenio 169, puesto que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 19.300 consiste básicamente en la posibilidad de que las comunidades afectadas formulen observaciones a los proyectos, observaciones que las autoridades ambientales deben tener en cuenta y ponderar al momento de dictar la respectiva RCA, pero que no generan instancias de diálogo y negociación.

Ahora bien, para salvar estas falencias del SEIA como mecanismo de aplicación del Convenio el capítulo propone dos medidas que me parecen pertinentes:

a. variar el criterio sustentado por la Dirección Ejecutiva de la Conama, considerando las ADI y también los Espacios Costeros Marinos

7 OIT, "Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual", 2003, en <http://es.pro169.org>.

8 Corte Suprema, caso *Iván Reyes Alcamán y otros con Ministerio de Obras Públicas*, Rol CS N° 1.608-2011, sentencia del 6 de mayo de 2011.

de los Pueblos Originarios como áreas protegidas para los efectos del SEIA, de modo que los proyectos que se realicen en dichas zonas ingresen necesariamente vía EIA, lo que asegura la participación de los pueblos indígenas, y, mucho más importante aun,

b. aplicar el artículo 4 de la Ley 19.300 para dar aplicación efectiva al derecho a consulta del Convenio 169.

Esta norma señala: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Es decir, no solo es posible que las autoridades ambientales implementen en el SEIA el derecho a consulta del Convenio 169, sino que además constituye su deber. De este modo, según esta norma sería perfectamente factible considerar un procedimiento especial en el SEIA para asegurar el pleno derecho de participación de los pueblos indígenas, pero bajo los estándares del Convenio 169. Y de hecho tal criterio ya ha sido de alguna manera recogido por la Corte Suprema en el caso *Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco Panguipulli*,⁹ en el cual estimó que el proyecto suponía riesgos para la salud de la población aledaña, por lo que ameritaba un EIA, lo que implicaba el proceso de participación de la Ley 19.300, pero, dijo, “contemplando los estándares del Convenio 169”. Así, la participación ciudadana de la Ley 19.300 sería compatible con el derecho a consulta del Convenio, en la medida en que aquella se sujetara a las especiales características y a los requisitos de este derecho.

Reitero que el trabajo hace un valioso análisis de la legislación sectorial en materia de recursos forestales, flora, fauna, recursos minerales, recursos hídricos, bordes costeros, lechos marinos, de ríos y lagos, energía e incluso recursos genéticos, señalando en cada caso si tales regulaciones cumplen o no con los estándares del Convenio 169. En honor al espacio no voy a profundizar en cada uno, pero sí quiero poner de relieve que en la mayoría de los casos se concluye que la legislación actual no asegura debidamente los derechos que contempla el Convenio 169, lo que impone un gran desafío a nuestro país y a todos quienes tienen interés en materias ambientales e indígenas.

Para terminar, quiero señalar que el texto también se aboca a otros dos derechos que contempla el artículo 15 del Convenio 169, el derecho a participar en los beneficios que reporta la explotación y uso de recursos natu-

⁹ Corte Suprema, caso *Faumelisa Manquepillan con Corema de Los Ríos*, Rol CS N° 6.062-2010, sentencia del 4 de enero de 2011.

rales ubicados en tierras indígenas, y el derecho de los mismos pueblos a ser indemnizados por los daños que sufran por dicha explotación y uso.

En cuanto a lo primero, cabe recordar que el artículo 15 contempla el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios “siempre que sea posible”. El capítulo cita una opinión de Salgado y Gomiz, para quienes esa expresión condicional no puede interpretarse en el sentido de que el Estado tiene un permiso para negar la participación alegando algún tipo de “imposibilidad”, sino que debe fundarse en la falta de organización indígena. No comparto esta tesis, aun cuando mi posición resulte impopular: pienso que la expresión sí implica la posibilidad de que los Estados signatarios del Convenio decidan si hacen o no aplicación de la norma. De hecho, el propio *Manual de aplicación del Convenio* de la OIT dice que “siempre que sea posible” significa que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos se benefician o no de los recursos naturales ubicados en sus tierras.¹⁰ Por lo anterior, este derecho, si bien está inserto en un tratado internacional de derechos humanos, no posee esa naturaleza, porque por esencia tales derechos no pueden ser disponibles para los Estados. En otras palabras, si los derechos humanos son un límite al poder del Estado, es un contrasentido que su observancia quede entregada precisamente a la mera voluntad estatal.

Lo anterior no impide en forma alguna que, en los procesos de negociación en el marco de la consulta a la que tienen derecho los pueblos indígenas en los proyectos de inversión que los puedan afectar, se pacte una participación en los beneficios a través de *royalties* u otras modalidades negociadas entre las partes interesadas, incluso con intermediación del Estado.

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas a ser indemnizados, el texto plantea dos aspectos interesantes:

- a. la necesidad de establecer en forma expresa en la legislación una legitimación activa de las comunidades indígenas para demandar daños ambientales. Comparto esta idea, porque permite a las personas indígenas actuar en forma conjunta respecto de intereses colectivos, y
- b. la necesidad de esclarecer a qué se refiere el Convenio cuando señala que los pueblos indígenas tienen derecho a ser indemnizados por “cualquier daño”, ante lo cual el texto se pregunta si ello incluye también el daño moral. En lo personal, considero que este concepto debe interpretarse en forma amplia, no solo porque se está ante un tratado de derechos humanos –lo que impone una interpretación *pro homine*– y por el tenor abierto de la norma, sino además porque, de acuerdo con el artículo 15.2, los recursos naturales presentes en tierras indígenas

¹⁰ El *Manual* contiene la siguiente pregunta y su consecuente respuesta: “¿Quiere decir [“siempre que sea posible”] que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras? Sí, quiere decir eso”.

deben protegerse “especialmente”, lo que, al igual como sucede con el derecho a la consulta en el Convenio, reviste a este derecho de una connotación y un estándar jurídico más elevados. Además, adhiero a esta interpretación amplia porque, de acuerdo con el artículo 13 del Convenio, la tierra y los recursos naturales revisten una importancia especial para los pueblos originarios, pues forman parte esencial de su identidad cultural y formas de vida, de modo que los daños que a ellos se produzcan los afectan en una medida que va más allá de una dimensión meramente patrimonial.

Termino este comentario agradeciendo la invitación y felicitando a los autores por su gran aporte en la búsqueda de medios que canalicen las legítimas aspiraciones y los derechos de los pueblos originarios de nuestro país, permitiendo con ello que Chile sea un país más igualitario e inclusivo.

**II.
LOS DERECHOS
SOCIALES
EN EL CONVENIO
169 DE LA OIT**

*Diana Maquilón Tamayo**

* Abogada y profesora de derechos humanos UDP, Consultora Legal Nacional en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Chile. El contenido de este artículo representa únicamente la visión de la autora y no compromete a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

La noción moderna de derechos colectivos surgió en paralelo al concepto de derechos individuales, e incluso comparten hitos.¹ Sin embargo, se trata de una cuestión debatida en la teoría del derecho. Para cierta forma del liberalismo solo existirían los derechos individuales, es decir que únicamente tienen derechos los individuos,² o que solo los individuales serían propiamente derechos.³ Por su parte, los comunitaristas sostienen que los colectivos también son sujetos, y que los derechos colectivos surgen para resguardar su preservación.⁴ La primera postura tiene la dificultad de que no explica satisfactoriamente ciertos derechos relevantes, como el derecho a la autodeterminación.⁵ La segunda tiene *prima facie* el problema de dejar expuestos los derechos individuales a las pretensiones del grupo. Además, la misma noción de derechos colectivos es teóricamente difusa y es posible que genere más problemas de los que pretende resolver. De hecho, puede referirse tanto a derechos cuya titularidad recae en un colectivo (por ejemplo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos) como a aquellos cuyo

1 Juan Antonio Cruz, "Sobre el concepto de derechos colectivos", *Revista Internacional de Filosofía Política* 12, Madrid, 1998, p. 95. El autor ejemplifica con el preámbulo de la Declaración de Independencia de EE.UU. (1776), que invoca el derecho a la autodeterminación y secesión. Por otra parte, los Pactos Internacionales de Naciones Unidas comienzan reconociendo el derecho a la libre determinación de los pueblos para luego listar los tradicionales derechos individuales, o los no tan tradicionales derechos económicos, sociales y culturales.

2 Juan Antonio Cruz, op. cit., p. 101.

3 Lucas Sierra, "La Constitución y los indígenas en Chile. Reconocimiento individual y no colectivo", *Estudios Públicos* 92, 2003, p. 24. El autor propone hablar de autonomías indígenas y no de derechos, puesto que estos serían protecciones del individuo frente al poder (estatal), mientras que los derechos colectivos crearían poder frente al individuo.

4 Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

5 Juan Antonio Cruz, op. cit., p. 103. La solución individualista ha sido tratar al colectivo (corporación, Estado) *como si fuera un individuo*; sin embargo, el problema persiste al testear la solución en la práctica. "La analogía entre las colectividades y los individuos no parece poder explicar algunos puntos que pretende resolver; no es tan fácil comprender qué significa que una comunidad indígena se convierta en propietaria de un bien; ¿qué actos, y de qué personas, son los que deben ser respetados? Si la respuesta es que la de los miembros de la comunidad (o socios), no es satisfactoria, pues estos no son los propietarios. Ni siquiera los actos de los representantes de una comunidad se pueden comparar del todo con los actos de una persona que representa a otro individuo", p. 102.

objeto es un bien colectivo. De esta manera, la categoría equipara cuestiones tan disímiles como el derecho a la propiedad de una corporación privada, la libre determinación de los pueblos, el derecho a la libre determinación y la autonomía territorial indígena.

Anotada la dificultad operacional del concepto, es necesario revisar si debemos otorgar ciertos derechos diferenciados en función del grupo⁶ a aquellas minorías que, además de ser permanentes y subalternas (por ejemplo, mujeres y homosexuales), “consideran que su diferencia de la mayoría tiene cierto valor que debe ser preservado y que, por ello, reivindican un estatus normativo distinto”⁷

El argumento principal no puede ser exclusivamente la reivindicación de dicho tratamiento especial, pues lo que se revisa es justamente su legitimidad. Lo relevante para la asignación de derechos a sujetos colectivos que no logran promover sus intereses por la vía electoral, o la hegemonía cultural, es que no puedan alcanzar sus aspiraciones morales con el solo ejercicio de los derechos individuales y sociales básicos de sus miembros.⁸ Es decir, se justifican siempre en intereses individuales, por cuanto son “un modo de referirse a los intereses individuales que se originan [en] la pertenencia de los individuos en comunidades”.⁹ Por otro lado, solo el interés colectivo –o numéricamente significativo– puede justificar un derecho colectivo, ya que el interés individual no basta por sí solo para obligar a otros a producir el bien (o admitir las restricciones que implique).¹⁰

Por una parte se sostiene que para poder tomar decisiones individuales significativas, y por tanto libres, es necesario considerar que estas se llevan a cabo en un contexto cultural que las dota de sentido.¹¹

El Estado, sus instituciones, y en general el sistema jurídico en su conjunto, se cimentan en principios culturales (en este caso occidentales), religiosos (en este caso cristianos), morales (como por ejemplo la monogamia), etc., de manera que sus opciones no son *culturalmente neutrales* y terminan fomentando, a través de mecanismos coercitivos, una cultura por so-

6 El concepto es de Will Kymlicka, op. cit.

7 Miguel Carbonell, “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: Premisas conceptuales”, en Diego Valdés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, vol. III, p. 61.

8 Íd., p. 64.

9 Joseph Raz, *The morality of freedom*, citado en Juan Antonio Cruz, op. cit., p. 103.

10 Juan Antonio Cruz, op. cit., p. 111

11 Esta idea ha sido recogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural. La contraposición de esta afirmación es que, al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia; esto lo han demostrado numerosos estudios sobre pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica”. Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, 2001, p. 24, párr. 83-d.

bre las demás. Esta negación implica una forma de desigualdad, en tanto que los individuos pertenecientes al grupo minoritario no pueden –o encuentran dificultades adicionales para hacerlo– reconocerse en *lo público*.¹²

En el caso de los pueblos indígenas existe un argumento adicional: son comunidades políticas anteriores al Estado, que disfrutaban del autogobierno y que fueron despojados de este por métodos violentos en tiempos relativamente recientes.

Aunque el hecho de referirse a los derechos colectivos como *derechos diferenciados en función del grupo* permite evitar algunas de las dificultades que el concepto plantea, no soslayamos la cuestión central de la relación de estos con los derechos individuales. Es evidente que estos derechos están limitados por aquellos, pero ello no resulta muy determinante, toda vez que los derechos individuales implican en sí mismos restricciones a los demás individuos.¹³ Así también, en un mal escenario, los derechos colectivos podrían implicar restricciones graves de derechos para los miembros del grupo y desigualdades entre los diversos grupos sociales, aunque estas cuestiones no sean intrínsecas al concepto.¹⁴

Siguiendo a Jacob Levy, los derechos colectivos se pueden agrupar en exenciones a leyes que dificultan prácticas culturales (por ejemplo, el uso de plantas enteógenas), subvenciones especiales, autogobierno de minorías nacionales, la restricción de ciertas libertades para los no miembros de la comunidad (como el uso del inglés en Quebec), reglas internas especiales para los miembros (por ejemplo, jurisdicción propia) y representación adecuada (como los escaños reservados). En definitiva, se trata de derechos que poseen los miembros de una comunidad por el hecho de pertenecer a ella, y de los que tiene el grupo frente a la mayoría.¹⁵

1. LOS INDÍGENAS COMO PUEBLOS TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante el Convenio) es un tratado internacional que consagra derechos fundamentales de carácter colectivo,¹⁶ esto es, que se reconocen a grupos humanos específicos, particularmente a minorías.

Esta afirmación se sostiene en las disposiciones iniciales del texto, particularmente el artículo 1, que define el sujeto al que se aplican sus normas: “A los pueblos en países independientes, considerados in-

¹² Por ejemplo, la penalización de la poligamia, un tipo de unión que como práctica cultural no solo es aceptado sino también valorado entre los mapuche.

¹³ Juan Antonio Cruz, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴ *Id.*, p. 110.

¹⁵ Miguel Carbonell, *op. cit.*, pp. 65-67.

¹⁶ José Aylwin, “Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT”, en Observatorio Ciudadano, “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, 2a edición, Documento de Trabajo N° 10, p. 31.

dígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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”.¹⁷

En el mismo sentido, el artículo 2 establece el deber estatal de proteger los derechos de los pueblos indígenas, y el artículo 3 señala que estos pueblos deben “gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales”. En general, todas las disposiciones del Convenio se refieren a los indígenas como sujeto colectivo (“pueblos interesados”) y solo excepcionalmente asigna derechos directamente a los individuos que los componen.¹⁸ Esto ratifica el reconocimiento que este instrumento hace de la existencia de dichos pueblos como sujeto de derechos, lo cuales son *a fortiori* colectivos.

El derecho colectivo fundamental, que es el derecho a la autodeterminación de los pueblos, se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque el Convenio no alude a él expresamente, e incluso algunos consideran que su artículo 1.3 los excluiría del mismo.¹⁹ Dicha norma señala que “[l]a 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”. Sin embargo, ha sido la propia OIT la encargada de señalar que “no hay

17 Convenio 169 de la OIT, art. 1, letra b). La misma norma, en su letra a), incluye y define a los pueblos tribales como sujetos protegidos por el Convenio y establece en su numeral 2 la autoidentificación como criterio fundamental de determinación de los grupos a los que se aplican sus disposiciones.

18 Las letras a y c del art. 2.2 establecen que las medidas de protección a los pueblos indígenas deben tender a la igualación de derechos y condiciones socioeconómicas de los miembros de estos pueblos respecto de los demás miembros de la sociedad; el art. 4.1 ordena la adopción de medidas especiales para salvaguardar, entre otras, a las personas pertenecientes a los pueblos interesados; el art. 11 prohíbe la aplicación a sus miembros de sanciones que impliquen servicios personales obligatorios, salvo cuando sean aplicables a todos los ciudadanos; el art. 17.1 ordena respetar las reglas sucesorias respecto de las tierras de los miembros de los pueblos interesados; el art. 20 establece medidas de protección para los trabajadores indígenas; los arts. 21 y 22 se refieren a la formación profesional y técnica de los indígenas, y el art. 28.1 establece el derecho de los niños indígenas a aprender a leer y escribir en su propia lengua.

19 “Que todo lo expuesto y, especialmente los propios términos de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción [de] que la expresión ‘pueblos indígenas’ debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309, considerando 44. El destacado es nuestro. El Ejecutivo argumenta en el mismo sentido, señalando que: “Es evidente que [el Convenio] expresamente ha establecido la prohibición de que el término pueblo se utilice en la forma como plantean los requirentes, es decir, como nación políticamente organizada”. Observaciones del Ejecutivo. El Ejecutivo, en presentación de fecha 26 de julio, formuló observaciones al requerimiento solicitando que fuera desechado en todas sus partes.

ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación”.²⁰ Hoy se entiende que dicha restricción del concepto “pueblos” solo se refiere a que los pueblos indígenas carecen del derecho a la secesión,²¹ lo cual es plenamente consistente con lo establecido en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DPPII):

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

La secesión ha sido históricamente considerada como la fórmula de concreción del derecho a la autodeterminación de los pueblos, visión anclada en la noción de “un Estado, una Nación”.²² Sin embargo, actualmente, producto de las reivindicaciones de los propios indígenas,²³ se reconoce que “[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.²⁴

Según se acuerda en el Convenio, la autonomía –entendida como una “nueva comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio autogenerado, con competencia y facultades

²⁰ OIT, *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, p. 13.

²¹ James Anaya, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 34.

²² Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 89-91.

²³ “Ahora estamos plenamente conscientes de que nuestra liberación definitiva puede expresarse como pleno ejercicio de nuestra autodeterminación (...). Debemos garantizar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio pleno; y este debe expresarse, a su vez, como plena autonomía para nuestros pueblos. Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios no puede existir autonomía”. Declaración de Quito, emanada del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, celebrada en Quito entre el 17 y el 21 de julio de 1990. También en Chile, los mapuche: “Los territorios mapuches actuales y los por reconstruir deberán estar bajo la administración autónoma del pueblo mapuche, el que deberá disponer libremente de los recursos y efectuar la toma de decisiones en todos los ámbitos que competen la autonomía territorial”. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, p. 1.878.

²⁴ Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 4.

legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo”²⁵ es el principio que orienta la nueva forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Se desprende de su preámbulo fundamental para su interpretación auténtica,²⁶ que señala que la evolución del derecho internacional y la situación de los pueblos indígenas aconsejan “eliminar la orientación a la asimilación” de las normas del Convenio 107 de 1957. Asimismo, se reconocen “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Junto a esta orientación hacia la autonomía, y legitimando este tratamiento jurídico especial, está el derecho a la cultura propia, el que requiere del reconocimiento de derechos colectivos –pese a su consagración en el nivel individual en el derecho internacional de los derechos humanos–,²⁷ y en el bloque de derechos constitucionalmente protegidos en Chile mediante el punto de contacto establecido en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución.²⁸

2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL NIVEL INTERNACIONAL

En la doctrina internacional de los derechos humanos se ha alcanzado un consenso en dos aspectos relativos a los derechos de los pueblos indígenas: i) la necesidad de una garantía especial para los derechos y libertades fundamentales de aplicación general, y ii) el reconocimiento

25 Matías Meza-Lopehandía, “Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del reconocimiento”, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009, p. 39.

26 El art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados (1969) establece como regla general de interpretación que los tratados deben “interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. II. Para los efectos de la interpretación de un tratado, *el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...*” (el destacado es nuestro).

27 El artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Si se trata de una norma redactada en términos negativos, en su Observación General N° 23 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala que se trata de un derecho y que, por lo tanto, “todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación”. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 23, Derechos de las minorías, art. 27, 08/04/94, CCPR Observación General 23, (General Comments), párr. 6.1.

28 La incorporación automática del derecho internacional de los derechos humanos constituye una sólida base judicial que permite la protección de esos derechos. En nuestra realidad jurídica podemos identificar distintos fundamentos para la aplicación directa de tratados internacionales sobre derechos humanos. En una primera etapa la discusión se centró en el sentido y alcance del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, tras la modificación del año 1989. Durante los últimos años la doctrina chilena ha comenzado a desarrollar la idea del bloque de constitucionalidad al interior de nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo así la aplicación que de dicho concepto han hecho otros tribunales latinoamericanos.

y positivización de derechos colectivos específicos, estableciendo estándares de derechos de pueblos indígenas.

Parte importante de los derechos propios de los pueblos indígenas y tribales son de índole cultural, social y económica,²⁹ los que por su naturaleza no han sido abordados adecuadamente por los Estados. En efectos, “desde una perspectiva de derechos humanos, es evidente que el sujeto de los derechos culturales es el individuo, aunque esos derechos únicamente pueden disfrutarse plenamente por todas las personas en comunidad con otros miembros del grupo. Así pues, los indígenas piden garantías de que sus culturas recibirán el respeto y la consideración de que gozan otros grupos de la sociedad y de que disfrutarán de libertad para desarrollar su creatividad cultural en comunión con otros miembros de su grupo”.³⁰

Para alcanzar un mayor ámbito de protección, se reconoce el deber de los Estados de adoptar medidas con el objeto de asegurar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Se destaca que “las medidas deben adoptarse para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos (...) la plena satisfacción de los derechos. El deber de los Estados consiste en lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción”.³¹ Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por depender de la capacidad económica de los Estados para su debida satisfacción. Sin embargo, un Estado no puede excusarse en la falta de recursos para no satisfacerlos. En el caso de Chile, el Sistema de Naciones Unidas ha abordado directamente el tema en sus evaluaciones conjuntas y ha recomendado al Estado poner fin a la falta de reconocimiento de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, así como a la discriminación de que son objeto.³²

En este capítulo se analiza la forma en que se han reconocido los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades indígenas. Se presta especial atención a dos derechos reconocidos en el Con-

29 El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 23, del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado la importancia de la identidad cultural, que se desarrolla mediante el ejercicio de los derechos culturales: “9. El Comité llega a la conclusión de que el artículo 27 se relaciona con los derechos cuya protección impone obligaciones específicas a los Estados Partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. En consecuencia, el Comité observa que esos derechos deben ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto. Por tanto, los Estados Partes tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos y deben indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con ese fin”.

30 “Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen”, E/CN.4/2002/97, extracto del párr. 68.

31 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, sistema universal y sistema interamericano”, San José, Costa Rica, 2008, p. 38.

32 Sistema de las Naciones Unidas, “Evaluación conjunta del país. Chile”, Common Country Assessment CCA, agosto de 2010, p. 3.

venio 169 de la OIT, el derecho a la educación y el derecho a la salud. En la primera parte se identifica el marco jurídico internacional de los derechos económicos, sociales y culturales que se les han reconocido a los pueblos indígenas, y luego se revisa el desarrollo conceptual de estos derechos. Se estudian y analizan las interpretaciones de órganos internacionales, como también la interpretación de la OIT, primordialmente mediante el análisis de las guías de aplicación práctica que ha establecido como lineamientos para que los Estados implementen apropiadamente el instrumento en cuestión. En la segunda parte se examina cómo se han reconocido en Chile los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, específicamente en lo que se refiere a la legislación interna y su aplicación práctica.

2.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

2.1.1. Aspectos generales del derecho a la educación

El derecho a la educación está reconocido en distintos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reconoce la importancia del derecho a la educación. En el párrafo primero de la Observación General N°13 destaca su trascendental papel en el desarrollo de las sociedades, y que constituye un medio indispensable para salir de la pobreza, especialmente cuando se trata de colectivos vulnerables, dentro de los cuales se incluyen las comunidades indígenas.³³ El Comité señala:

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados

33 En el párr. 1 de la Opinión N° 1 (2009) del Mecanismo de Expertos sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Educación, se señala: “La educación es un derecho humano universal fundamental para el ejercicio de otros derechos humanos; de conformidad con la legislación internacional de derechos humanos, todos tienen derecho a la educación. *La educación es también un derecho del ámbito de la autonomía de la persona a través del cual las personas marginadas desde el punto de vista económico y social pueden llegar a participar plenamente en sus comunidades y economías y en la sociedad en general*”. El destacado es nuestro.

económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone[r] de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.³⁴

En efecto, el derecho a la educación es primordial para el desarrollo de la humanidad. Por tanto, las políticas estatales que incidan en la materia deben perseguir un importante objetivo, que no solo dice relación con el respeto del derecho en cuestión, sino también con el reconocimiento y respeto del principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, el sistema internacional de los derechos humanos, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, se estructura sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. El Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas el igual disfrute y goce de los derechos de que son titulares, no siendo la etnia o pertenencia a una comunidad indígena motivo para no disfrutar de la misma esfera de protección de un derecho, en contraposición al resto de la sociedad.

El derecho a la educación de los pueblos indígenas ha sido ampliamente analizado por el sistema internacional de los derechos humanos. Fue una de las líneas de trabajo desarrollada por el primer Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. En el informe anual del año 2005, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, este señaló que el derecho a la educación “se revela clave para millones de indígenas en todo el mundo, no solo como un medio para salir de la exclusión y la discriminación que han sufrido históricamente, sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos”.³⁵

34 Comité DESC, ONU, Observación General N° 13, “El derecho a la educación (artículo 13)”, 21° período de sesiones, 1999, E/C.12/1999/10, párr. 1. Una Observación General es la interpretación autorizada del órgano encargado de supervisar el cumplimiento de un tratado internacional. Las observaciones generales no tienen la fuerza normativa del instrumento base al que el Comité se debe. En ningún caso el Comité puede modificar lo establecido en el tratado, pero sí comunicar la forma en que requerirá en adelante de los Estados el cumplimiento del instrumento internacional en análisis.

35 “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen”, 6 de enero de 2005, E/CN.4/2005/88, párr. 6.

En igual sentido, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas realizó un informe con el objeto de determinar las dificultades para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación. En él se destaca la importancia de este derecho: “La educación se considera a la vez un derecho humano intrínseco y un instrumento indispensable para lograr el disfrute de otros derechos humanos y libertades fundamentales, la principal vía para que los pueblos marginados económica y socialmente puedan salir de la pobreza y conseguir los medios para participar plenamente en sus comunidades. Cada vez está más generalizada la opinión de que la educación es una de las mejores inversiones financieras a largo plazo que pueden hacer los Estados”.³⁶

Se han reconocido cuatro características fundamentales constitutivas del derecho a la educación, que por cierto están interrelacionadas. En el análisis del Comité de DESC se señala que la educación en todos sus niveles debe gozar de: disponibilidad, accesibilidad (que consta de tres dimensiones), aceptabilidad y adaptabilidad:

“**a. Disponibilidad.** Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b. Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

- *No discriminación.* La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación).

- *Accesibilidad material.* La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

- *Accesibilidad económica.* La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferen-

36 Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, “Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación”, 26 de junio de 2009, A/HRC/EMRIP/2009/2, párr. 5.

cias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c. Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

d. Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación, y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados³⁷.

En relación con las obligaciones jurídicas concretas que contraen los Estados en materia de educación, en la Observación General N° 13 el Comité DESC señala específicamente las particularidades que tal derecho adquiere en materia indígena. En efecto, en el párrafo 50, al analizar las cuatro características fundamentales, indica especialmente respecto de la “aceptabilidad” de la educación el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que la educación otorgada cumpla con los estándares culturales aceptados por las minorías y pueblos indígenas:

50. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 13, los Estados tienen las obligaciones de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las “características fundamentales” (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) del derecho a la educación. Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad de la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; *la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos*; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, en-

37 Comité DESC, ONU, Observación General N° 13, párr. 6.

tre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional.³⁸

El desarrollo de una vida cultural plena está íntimamente relacionado con el derecho a la educación. Por eso el Comité DESC señala que “el derecho de toda persona a participar en la vida cultural está intrínsecamente vinculado al derecho a la educación, por medio de la cual los individuos y las comunidades transmiten sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales, y que contribuye a propiciar un ambiente de comprensión mutua y respeto de valores culturales”.³⁹

Sobre la base de lo expuesto, es posible afirmar que el derecho a la educación constituye un derecho fundamental para el ejercicio y garantía de otros derechos humanos. Asimismo, resalta su vínculo con el desarrollo de las personas, tanto en el ámbito de la autonomía como desde un punto de vista de participación y desarrollo igualitario de los integrantes de la sociedad.

2.1.2. El derecho a la educación en el Convenio 169

A lo largo de la historia, los pueblos indígenas se han ubicado entre los grupos más vulnerables de la sociedad. Uno de los principales factores que ha incidido en su situación de desigualdad es la falta de acceso a una educación de buena calidad. En esta materia, la OIT ha señalado que el problema de los pueblos indígenas en relación con la educación no reside solo en su baja calidad o en la falta de acceso a educación formal, sino también en que los contenidos y objetivos de los planes educacionales no cumplen con los estándares establecidos por la normativa internacional. En igual sentido, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha constatado que “los pueblos indígenas se han encontrado entre los sectores más pobres, marginados y desfavorecidos de la sociedad. Un importante factor que contribuye a que los pueblos indígenas se encuentren en esa situación es la falta de una educación de calidad, que priva a millones de niños indígenas del derecho humano básico a la educación”.⁴⁰

Asimismo, la OIT destaca que en muchos Estados las políticas educacionales fueron centrales en los esfuerzos de asimilación de los pueblos originarios, los que como consecuencia sufrieron la erradicación de sus culturas, lenguas y formas de vida. El Relator Rodolfo Staven-

³⁸ Íd., párr. 50. El destacado es nuestro.

³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 21, 2010, E/C.12/GC/21/REV.1, párr. 2 (extracto).

⁴⁰ Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, “Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación”, párr. 2.

hagen destaca que históricamente los sistemas de educación estatales “han sido un arma de dos filos para los pueblos indígenas. Por una parte, han significado con frecuencia la posibilidad para los niños y niñas, así como los jóvenes indígenas, de adquirir conocimientos y capacidades que les permiten progresar en la vida, relacionarse con [un] mundo más amplio. Por otra parte, la educación formal, sobre todo cuando sus programas y métodos provienen de sociedades ajenas a las culturas indígenas, ha sido un mecanismo [para la] transformación impuesta y a veces la destrucción de las culturas indígenas”.⁴¹

El Convenio 169 de la OIT consagra el derecho a la educación en su parte VI, sobre “Educación y medios de comunicación”, en los artículos 26 al 31. Como punto introductorio seguiremos, para determinar el marco jurídico de este derecho, las directrices establecidas por la OIT para la implementación del Convenio. Luego se examinarán los artículos que consagran el derecho a la educación, para identificar las obligaciones concretas que adquieren los Estados.

De acuerdo con la OIT, para implementar el Convenio 169 en materia educacional se deben considerar tres aspectos principales: i) los aspectos individuales y colectivos del derecho a la educación, ii) la calidad de la educación de los pueblos indígenas, y iii) la necesidad de reducir la discriminación y los prejuicios existentes contra los pueblos indígenas a través de la educación.

Aspectos individuales y colectivos del derecho a la educación

El sistema internacional de derechos humanos reconoce que el derecho a la educación es un derecho fundamental para todas las personas; sin embargo, el reconocimiento individual es insuficiente para satisfacer y garantizar las necesidades de los pueblos originarios, los que en esta materia tienen derechos y necesidades de índole colectiva que surgen “de sus historias, culturas, valores, idiomas, conocimientos, estrategias de subsistencia y modos de aprendizaje que le[s] son propios y los distinguen de otros, como también de su deseo de transmitirlo[s] a generaciones futuras”.⁴² Y el Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la doble dimensión individual y colectiva del derecho a la educación: “La educación es el principal medio por el que lograr el desarrollo individual y colectivo de los pueblos indígenas; es una condición previa para que los pueblos indígenas pue-

⁴¹ Rodolfo Stavenhagen, “Los pueblos indígenas y sus derechos”, informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Oficina en México de la UNESCO, 2007, p. 97.

⁴² OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 130.

dan ejercer su derecho a la libre determinación, incluido el derecho a procurar su propio desarrollo económico, social y cultural”.⁴³

Como se ve, para determinar qué implica el derecho a la educación en materia indígena, es indispensable distinguir entre el ámbito individual y colectivo. Respecto del primero, el derecho se configura en relación con el principio de igualdad, ya que toda persona por el hecho de serlo debe tener acceso a educación. En relación con el ámbito colectivo, surge el deber de considerar las características particulares de los pueblos indígenas, en especial su derecho a la libre determinación,⁴⁴ con el objeto de adoptar medidas especiales. Para distinguir claramente estos ámbitos y cómo se complementan, cabe analizar los artículos 26 y 27 del Convenio 169, que consagran el aspecto individual y colectivo del derecho a la educación:

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

⁴³ Mecanismo de Expertos sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Educación, Opinión N° 1 (2009), párr. 2.

⁴⁴ *Íd.*, párr. 14; “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía en cuestiones relacionadas con la educación, los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos interesados, deben velar por el mantenimiento de esa autonomía, incluso mediante la financiación de los sistemas autónomos...”.

Los artículos citados consagran las ideas principales del Convenio 169 en materia de educación indígena. Destaca el deber que adquieren los Estados de respetar y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus tradiciones, lenguas originarias e identidad, y en consecuencia, de asegurar la forma de desarrollo cultural de los pueblos originarios. Estas obligaciones, como todas las establecidas en el Convenio, deben examinarse a la luz de los artículos 3.1 y 4, referidos al principio de igualdad y a la obligación de adoptar medidas especiales.

De acuerdo con los análisis realizados por la OIT, el artículo 27 reconoce dos principios clave.⁴⁵ El primero de ellos es que *los programas de educación destinados a los pueblos indígenas deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos, para responder a sus necesidades particulares*. Este principio involucra una obligación para los Estados de asegurar la participación de los pueblos indígenas en el desarrollo de las políticas educacionales, la necesidad de otorgarles una educación de calidad, y el deber de abandonar las antiguas prácticas de asimilación y en cambio adoptar programas dirigidos a un reconocimiento integral de la cultura, identidad y lengua indígenas. Este principio busca garantizar a las comunidades un desarrollo acorde con sus propios intereses; por ello es clave su participación en la elaboración de los programas de estudio. Por último, para el desarrollo de este principio se dispone de las recomendaciones del Mecanismo de Expertos, orientadas en lo principal a dejar atrás las antiguas políticas estatales de asimilación y basar las políticas en el principio de igualdad y no discriminación:

12. Los Estados están obligados, individual y colectivamente, a poner a disposición de todos los pueblos indígenas una educación de calidad a la que puedan acceder sin sufrir ninguna forma prohibida de discriminación, que sea aceptable a la luz de las normas internacionales de derechos humanos y que sea adaptable a las circunstancias y sea compatible con el interés superior de los pueblos indígenas. Los Estados deberían corregir errores pasados, incluso eliminando los estereotipos, la terminología inapropiada y demás elementos negativos en las referencias a los pueblos indígenas en los libros de texto y otros materiales docentes. Los Estados deben promover la educación intercultural, así como elaborar y aplicar estrictamente disposiciones encaminadas a la eliminación de la discriminación contra los pueblos indígenas en el sistema educativo.⁴⁶

⁴⁵ OIT, "Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica...", p. 131.

⁴⁶ Mecanismo de Expertos sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Educación, Opinión N° 1 (2009), párr. 12.

El segundo principio que se desprende del análisis del artículo 27 del Convenio 169 es que *la responsabilidad de los programas educativos debe transferirse en forma progresiva a los propios pueblos indígenas*. Reconoce en esencia el derecho, del cual son titulares los pueblos indígenas, de crear en forma autónoma su institucionalidad educativa. En efecto, los Estados tienen el deber de otorgar el pertinente apoyo financiero a las comunidades para que puedan crear sus propios centros y establecimientos educacionales. Sin embargo, la OIT ha afirmado que las instituciones de educación indígena, aun cuando cuenten con un gran nivel de autonomía, igualmente deben cumplir con ciertos mínimos nacionales.⁴⁷ En definitiva, este principio consagra la transferencia de participación que deben posibilitar los Estados en materia educacional; en este proceso, la consulta es clave para cumplir con los estándares internacionales. El Mecanismo de Expertos destaca que en la elaboración de programas de educación se deben conjugar dos aspectos: la autonomía educativa y la participación efectiva de los pueblos indígenas; afirma que “los programas y servicios educativos para los pueblos indígenas deben elaborarse y aplicarse en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, a fin de abordar e incorporar en ellos sus necesidades especiales, historias, identidades, integridad, valores, creencias, culturas, idiomas y conocimientos, así como sus aspiraciones y prioridades de carácter económico, social y cultural. Los programas y servicios educativos (...) deben ser de buena calidad, seguros y apropiados desde el punto de vista cultural y no deben tener por objeto o resultado la asimilación de los pueblos indígenas si estos no la desean”.⁴⁸ Respecto del concepto de autonomía educativa, el Mecanismo de Expertos “opina que el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía en cuestiones relacionadas con la educación incluye el derecho a decidir sus propias prioridades en esa materia y a participar de modo efectivo en la formulación, aplicación y evaluación de los planes, programas y servicios educativos que les afecten, así como el derecho a establecer y controlar sus propios sistemas e instituciones educativas si así lo desean”.⁴⁹

La dualidad individual y colectiva reconocida en el derecho a la educación de los pueblos indígenas también la ha plasmado el Comité de los Derechos del Niño, que en su Observación General N° 11 manifiesta: “La educación de los niños indígenas contribuye tanto a su desarrollo individual y al desarrollo comunitario como a su participación en la sociedad en un sentido amplio”.⁵⁰

47 OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica...”, p. 131.

48 Mecanismo de Expertos sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Educación, Opinión N° 1 (2009), párr. 13.

49 Íd., párr. 15.

50 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, 2009, CRC/C/CG/11, párr. 57 (extracto).

Además, el Comité de los Derechos del Niño señala lo siguiente: “Para que los niños indígenas ejerzan su derecho a la educación en las mismas condiciones que los no indígenas, los Estados Partes deberían adoptar una serie de medidas especiales. Los Estados Partes deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. Como lo dispone el artículo 27 del Convenio N° 169 de la OIT (...), los Estados deberían esforzarse razonablemente por lograr que las comunidades indígenas cobren conciencia del valor y la importancia de la educación, así como de la trascendencia del apoyo comunitario a la escolarización”.⁵¹

En la práctica, los dos artículos analizados consagran dos ideas fundamentales en materia de educación indígena: el derecho a la igualdad en el acceso a la educación para los pueblos indígenas y la autonomía educativa de que deben gozar progresivamente en el ejercicio colectivo de su derecho a la educación.

La calidad de la educación de los pueblos indígenas

El segundo aspecto a considerar en relación con el derecho a la educación de los pueblos indígenas es la calidad. De acuerdo con el Mecanismo de Expertos, una educación de calidad es aquella “que cuenta con recursos suficientes, es sensible desde el punto de vista cultural, respeta el patrimonio histórico, tiene en cuenta la seguridad e integridad culturales, contempla el desarrollo individual y comunitario y está diseñada de manera que su puesta en práctica sea viable”.⁵² Los artículos del Convenio que se refieren a la calidad de la educación son básicamente dos:

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas

⁵¹ *Id.*, párr. 60 (extracto).

⁵² Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza...”, párr. 2.

indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

De la lectura de los artículos se desprenden dos ideas centrales respecto de la calidad de la educación. Por una parte, el respeto que debe existir por la diversidad cultural y lingüística de las comunidades indígenas y, por otra, la obligación de otorgar un nivel de educación que permita a los integrantes de los pueblos indígenas desenvolverse en pie de igualdad tanto al interior de su propia comunidad como en la sociedad nacional.

El Comité de los Derechos del Niño destaca “que una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. Además, refuerza la capacidad de los niños para ejercer sus derechos civiles a fin de influir en procesos políticos para mejorar la protección de los derechos humanos. Así, la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas”.⁵³

En síntesis, los artículos 28 y 29 del Convenio 169 refuerzan la idea de que la educación impartida por los Estados debe ser intercultural. La interculturalidad alude a la necesidad de incorporar en los programas educativos materias culturalmente apropiadas para garantizar la conservación, la transmisión y el desarrollo de los conocimientos indígenas. En relación con los artículos en análisis, la OIT ha establecido que dichas normas consagran tres obligaciones para los Estados: i) incorporación en la malla curricular de los conocimientos, historia, valores y aspiraciones de los pueblos indígenas; ii) acceso a los conocimientos y aptitudes generales, y iii) educación bilingüe y dominio de idiomas indígenas.⁵⁴

Principalmente se reconocen dificultades respecto de la tercera obligación. Para los Estados ha sido un desafío la configuración de programas bilingües que permitan a los niños indígenas desarrollar aptitu-

⁵³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11, 2009, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, CRC/C/CG/11, párr. 57.

⁵⁴ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, pp. 133-134.

des tanto en su idioma como en la lengua nacional. Ello se debe, entre otros factores, a que en ciertos países pueden identificarse múltiples lenguas originarias, a la existencia de algunos grupos numéricamente más pequeños, que son aun más vulnerables a la pérdida de su lengua, y a la necesidad de confeccionar materiales didácticos apropiados.

Necesidad de reducir la discriminación y los prejuicios contra los pueblos indígenas a través de la educación

El tercer aspecto a considerar en la implementación del derecho a la educación de los pueblos indígenas se refiere a la necesidad de reducir los prejuicios y discriminación existentes contra los pueblos indígenas a través de la educación. Al respecto, el Convenio 169 hace una mención expresa al uso de los medios de comunicación como vía para concientizar a la sociedad en esa dirección. En esta materia, cabe analizar los artículos 30 y 31.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con el objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

De la lectura de los artículos se desprende que los medios de comunicación tienen un papel preponderante en dos aspectos. Primero, porque pueden informar a las comunidades indígenas sobre sus derechos y capacidades, con el objeto de que ellos desarrollen su propia institucionalidad y así fortalezcan y aseguren el pleno goce de los derechos de los cuales son titulares. En este sentido, la OIT afirma que

“las campañas de concientización y la capacitación son elementos fundamentales para fortalecer la capacidad institucional de los pueblos indígenas para desarrollar sus propias sociedades y comunidades, y para participar con plenitud y hacer aportes a la sociedad de la nación en su conjunto”.⁵⁵ Segundo, se debe recurrir a los medios de comunicación masivos para educar a la sociedad en general con el objeto de disminuir y eliminar los prejuicios contra la cultura y el idioma indígenas. Esta última idea está en directa relación con la obligación del Estado de eliminar las prácticas discriminatorias y disminuir los conflictos al interior de sociedades multiculturales.

2.1.3. El derecho a la educación en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la educación se consagra en los artículos 14 y 15.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.
2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

55 Íd., p. 136.

Al igual que la formulación del derecho a la educación en el Convenio 169, se reitera la distinción entre el aspecto individual y el colectivo. Por una parte, el artículo 14 reafirma la idea de que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer centros educativos y controlar su funcionamiento. Para una adecuada interpretación de los artículos en análisis, es necesario tener presentes los artículos 3 y 4 de la Declaración,⁵⁶ y al igual que cuando se analiza el Convenio 169, la Declaración debe interpretarse a la luz de los derechos a la libre determinación y a la autonomía de que son titulares los pueblos indígenas. Lo anterior es determinante para otorgar un efectivo control en el desarrollo de los asuntos internos y propios de las comunidades indígenas, entre ellos el perfeccionamiento de sus sistemas educativos. La principal función del Estado en este sentido es ejercer un papel de garante, adoptando las medidas necesarias para asegurar a las comunidades el desarrollo de una institucionalidad educativa indígena. Y cabe destacar el apoyo financiero que los Estados deben brindar. En efecto, si hay políticas públicas, con fondos estatales, orientadas a establecer y asegurar una educación tradicional, igualmente, en virtud de sus obligaciones internacionales, los Estados deben destinar recursos a garantizar a los pueblos originarios el desarrollo de sistemas educativos acordes a su cultura, tradición e identidad.⁵⁷

El artículo 15 reafirma la importancia de la relación entre el derecho a la educación y los medios de comunicación para combatir los prejuicios y reducir la discriminación contra los pueblos indígenas.

En definitiva, en materia de educación la Declaración reitera los estándares del Convenio 169, donde la autonomía que se debe otorgar a las comunidades indígenas es un eje central, tanto en el aspecto individual como en el colectivo. Asimismo, cabe recalcar el derecho a participación en el desarrollo de las políticas educacionales; aquí surge nuevamente el derecho a consulta que tienen los pueblos originarios para todas las posibles medidas que el gobierno adopte con el objeto de cumplir con sus obligaciones internacionales. Siempre los Estados, al adoptar medidas, deberán considerar las propias directrices de desarrollo que las comunidades reconozcan como principales.

56 Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

57 John Henriksen, *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169*, OIT, 2008, pp. 52-53.

2.2. DERECHO A LA SALUD

2.2.1. Aspectos generales del derecho a la salud

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁵⁸ Esta noción se distancia de la concepción individualista de la salud y la entiende como un estado individual asociado al bienestar social y ambiental.

El derecho a la salud, por otra parte, ha sido reconocido por el sistema universal de derechos humanos en distintos instrumentos internacionales. Este reconocimiento internacional –que establece obligaciones concretas para los Estados– ha permitido mejorar los estándares y las condiciones en las cuales se ejerce este derecho. Entre los instrumentos que reconocen el derecho a la salud podemos destacar los siguientes:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Este artículo es relevante porque relaciona el concepto de salud con un conjunto de factores y con el disfrute de otros derechos. En efecto, se establece que los Estados Partes deben abogar por la salud, con una comprensión amplia y garantista del derecho. Es decir, deben adoptar medidas con el objeto de garantizar un nivel de salud que contemple variados factores, como acceso al agua potable, vivienda, nutrición, entre otros.

Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad

⁵⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en www.who.int.

entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 14

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

a. Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;

b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;

c. Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;

d. Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;

e. Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;

f. Participar en todas las actividades comunitarias;

g. Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;

h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Considerando lo establecido en la CEDAW y en los demás cuerpos normativos internacionales, es posible señalar que existe una doble protección de las mujeres pertenecientes a los pueblos originarios: en la normativa relativa al género y en aquella especializada en la protección de las comunidades indígenas.

En este sentido, el artículo 14 de la CEDAW destaca la necesidad de prestar mayor atención a la situación de las mujeres rurales, de modo de enfatizar las obligaciones que adoptan los Estados Partes respecto de ellas, pues para satisfacer el respeto de sus derechos deben adoptar medidas especiales, reforzando el nivel de protección de los derechos de las mujeres que se encuentren en zonas rurales.

El sistema universal de derechos humanos, que reconoce el derecho a la salud en varios instrumentos, ha puesto énfasis en los grupos más vulnerables, de forma de aumentar el compromiso y la respectiva responsabilidad que de dichos instrumentos se deriva para los Estados Partes.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a. Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b. Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c. Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d. Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;
 - e. Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f. Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En los artículos transcritos se refleja el espíritu protector de los instrumentos internacionales, que generan obligaciones particulares en torno a los niños, niñas y adolescentes. Para lograr un adecuado desarrollo es fundamental tener acceso directo y adecuado al sistema de salud y sus servicios, de manera de mantener un nivel de salud que permita el desarrollo de la persona, en este caso, de los niños y niñas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los cono-

cimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En estos artículos, el PIDESC reconoce de forma indirecta el derecho a la salud, pues es el elemento fundamental para ejercer el derecho a un nivel de vida adecuado; además, en el numeral siguiente establece objetivos relativos a la nutrición de la población.

Cabe mencionar que el artículo 12 del PIDESC es el que consagra en forma más completa el derecho a la salud dentro del sistema universal de derechos humanos. Luego la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analizó el contenido del derecho y profundizó en los alcances y obligaciones que se devengan de aquel, señalando que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud *que le permita vivir dignamente*”.⁵⁹ Por lo tanto, no se refiere a cualquier nivel de salud, sino a aquel que permita vivir dignamente, lo que involucra una serie de factores ajenos a los puramente biológicos.

En este orden de ideas, el Comité señala que el derecho a la salud está fuertemente vinculado con el ejercicio y respeto de otros derechos

⁵⁹ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, 22° período de sesiones, 2000, U.N.Doc E/C.12/2000/4 (2000), párr. 1.

humanos, particularmente el derecho a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación, puesto que tales derechos “abordan los componentes integrales del derecho a la salud”,⁶⁰ lo que debe entenderse también respecto de otros derechos no mencionados en dicho documento.

De esta forma, se puede ver el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida y vinculado directamente con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6, numeral primero, establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En cuanto al contenido de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el párrafo octavo establece que los Estados Partes no deben entender el derecho a la salud como un derecho a estar sano; es más, se especifica que el “derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”.⁶¹ Es un párrafo muy relevante, pues da a entender que los Estados Partes deben respetar las características propias y los tratamientos ancestrales de pueblos indígenas para curar sus afecciones físicas, psíquicas y emocionales al momento de instaurar políticas en esta materia.

El Comité señala los elementos esenciales e interrelacionados que abarca el derecho a la salud –disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad), acceso a la información, aceptabilidad y calidad–,⁶² todos aspectos que se deben contemplar al momento de planificar políticas públicas relacionadas con grupos vulnerables, dentro de los que se encuentran las comunidades indígenas.

El Comité señala también que “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.⁶³ Es evidente que ningún Estado podrá asegurar nunca una protección adecuada contra todas las causales posibles de mala salud, pues estas incluyen factores genéticos o conductuales; de ahí que se hable de “nivel posible de salud”.

60 *Id.*, párr. 3.

61 *Id.*, párr. 8.

62 *Id.*, párr. 12.

63 *Id.*, párr. 9.

La Observación General N° 14 incorpora una sección específica relativa al derecho a la salud de los pueblos indígenas, que será analizada detalladamente en el acápite correspondiente.

Respecto de la protección que se otorga al derecho a la salud en el nivel regional, es posible mencionar dos instrumentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁴ y el Protocolo de San Salvador.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 4. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

64 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, celebrada entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no hace una referencia explícita al derecho a la salud; sin embargo, su protección se desprende de un conjunto de derechos que se encuentran expresamente consagrados. Así, se ha desarrollado una vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, vínculo que también puede establecerse con el derecho a la integridad personal, consagrado en la CADH en su artículo 5, donde se establece el respeto a la integridad física, psíquica y moral. En dicha norma también se consagra una prohibición general y absoluta de torturas, penas o tratos crueles y degradantes, y también impone una obligación de tratamiento acorde a la dignidad humana para aquellas personas que se encuentren privadas de libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado los artículos 4 y 5 de la CADH en relación con el derecho a la salud. En la sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*,⁶⁵ se excusó de analizar en profundidad lo contemplado en el artículo 26 de la CADH, explicando que ya había analizado la violación de tales derechos al considerar los artículos 4 y 5 de dicho instrumento. De todos modos, al momento de analizar las alegaciones de violaciones del derecho a la vida y el derecho a la integridad de las víctimas, incorporó lo establecido en el PIDESC, ya que este instrumento, en conjunto con la CADH, forma parte del *corpus iuris* del derecho internacional de protección a los niños.⁶⁶

En cuanto al artículo 26 de la CADH, consagra el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; esto significa que los Estados Partes están sujetos a la obligación de implementar medidas tendientes a alcanzar progresivamente la plena efectividad de esos derechos, “tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional”. Ello implica que el estándar de efectividad de un derecho social, económico o cultural, en un determinado lugar y tiempo, no puede disminuir, sino que los Estados Partes solo pueden aumentar la esfera de protección de estos derechos, en lo que se conoce como “principio de no regresividad”.

Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Artículo 10. Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien pú-

⁶⁵ Corte IDH, caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112.

⁶⁶ *Id.*, párr. 148.

blico y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a.** la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b.** la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c.** la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d.** la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e.** la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f.** la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

En esta norma se define la salud de forma similar a como lo hace la Organización Mundial de la Salud. Como es usual, en el numeral segundo se establecen las medidas que deben adoptar los Estados Partes para garantizar la efectividad del derecho. El artículo 12, que establece el derecho a la alimentación adecuada, es coherente con la definición de salud reconocida en el artículo 10.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XI. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁶⁷ uno de los primeros instrumentos regionales en la materia, consagra en su artículo XI el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, además de incluir consideraciones en torno a la alimentación, el vestuario, la vivienda y la asistencia médica, estableciendo que la salud debe ser preservada por medidas tanto sanitarias como sociales, con lo que amplía el ámbito de protección y de medios para lograr dicha protección.

⁶⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

2.2.2. Estándares internacionales de protección del derecho a la salud de los pueblos originarios

“El derecho a la atención de salud básica es un derecho fundamental de la vida y los Estados tienen la obligación de suministrar los servicios adecuados a todos los ciudadanos”.⁶⁸

En materia de acceso a la salud resulta clave contar con servicios integrales que tengan un enfoque de salud intercultural. Para ello no solo será relevante el desarrollo de dichos programas sino también la capacitación de los operadores de salud para identificar caso a caso la pertenencia étnica y las posibles implicancias que dicho hecho tendrá para la propuesta de un examen y tratamiento.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 7

- 1.** Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este 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.

⁶⁸ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, p. 146.

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse en la medida de lo posible a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales económicas y culturales que se tomen en el país.

La obligación establecida en el artículo 24 está en directa relación con la información que se maneja respecto de los niveles de salud de los pueblos originarios. Según la OMS, “el estado de salud de los pueblos indígenas, tanto en países pobres como en los industrializados, es siempre peor que el de la población en general”.⁶⁹

El artículo 25 y las obligaciones que se derivan del Convenio 169 no pueden interpretarse aisladamente, sino que se debe tener presente el artículo 7, que establece que el mejoramiento de las condiciones de salud de los pueblos indígenas deberá ser planificado e implementado con la participación y cooperación de quienes se verán beneficiados por los servicios de salud.

⁶⁹ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, p. 146.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.
2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los

deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

En el mismo orden de ideas, la obligación para los Estados Partes que se deriva del artículo 23 de la Declaración importa un incremento en los estándares de protección respecto de la planificación del ejercicio del derecho a la salud, puesto que se reconoce, además de los derechos sociales, el acervo cultural de las comunidades.

En términos generales, los sistemas curativos tradicionales han ido desapareciendo paulatinamente debido al escaso reconocimiento de los Estados y, en general, de las sociedades. También han influido en su disminución el desgaste ambiental y los conflictos y trastornos sociales,⁷⁰ lo que sin duda constituye una de las principales falencias de los sistemas internos reguladores.

Recordemos que los factores determinantes de la salud involucran también aspectos como el acceso a las tierras, la protección del medio ambiente y la integridad cultural. Los sistemas tradicionales de salud de los pueblos indígenas se desarrollaron así, y cumplían con el objetivo de satisfacer “las necesidades especiales de los pueblos indígenas en su entorno local”.⁷¹ Por ello el sistema de salud que los Estados Partes deben ofrecer a los pueblos originarios no puede plantearse de forma aislada, sin una política de coordinación clara que incluya medidas vinculadas con el orden social, económico y cultural. Tal como se consigna en los numerales tercero y cuarto del artículo 25 del Convenio 169 de la OIT, junto con ello los Estados Partes deben fomentar la formación y el empleo de personal originario, dentro de lo posible de la comunidad local.

Esto último es particularmente importante, pues los pueblos indígenas suelen estar al margen del acceso a la salud pública, sobre todo porque dichos servicios no son adecuados o aceptados por las comunidades indígenas debido a que fueron planificados e implementados sin considerar sus necesidades y creencias.⁷²

Dentro de sus sistemas tradicionales para otorgar seguridad social, gran parte de las comunidades originarias cuenta con mecanismos de distribución de la riqueza y de los alimentos, para brindar oportunidades laborales

70 Íd., p. 146.

71 Íd., pp. 145-146.

72 OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, p. 146.

y asistencia en caso de desgracias.⁷³ Estas instituciones, que cumplen un papel fundamental en la organización comunitaria, deben considerarse al momento de planificar e implementar políticas públicas en la materia.

En el artículo 31 se realiza en el nivel normativo un importantísimo reconocimiento de la identidad originaria, reflejada en costumbres que reflejan un importante sentimiento de pertenencia cultural.

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de las Naciones Unidas

En el Programa de Acción de esta Conferencia se exhortó a los Estados Partes a adoptar medidas, tanto positivas como negativas, dirigidas a garantizar la no discriminación, particularmente en lo que respecta al acceso a los servicios sociales, la vivienda, la educación y la atención de la salud.⁷⁴ Fue otro paso importante hacia una mayor protección y efectividad de los derechos fundamentales de un grupo vulnerable como el de los pueblos originarios.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a. El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
- b. El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
- c. Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;
- d. Otros derechos civiles, en particular:
 - i. El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;

73 Íd.

74 Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, realizado en Durban en 2001.

- ii. El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;
- iii. El derecho a una nacionalidad;
- iv. El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;
- v. El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;
- vi. El derecho a heredar;
- vii. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
- viii. El derecho a la libertad de opinión y de expresión;
- ix. El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;
- e. Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:
 - i. El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;
 - ii. El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;
 - iii. El derecho a la vivienda;
 - iv. El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;
 - v. El derecho a la educación y la formación profesional;
 - vi. El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;
 - f. El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Al reconocer el derecho a la salud en los términos en que lo hace, esta convención ha establecido no solo una obligación estatal respecto de la protección del derecho a la salud, sino que también lo conjuga con una prohibición de no discriminación.

Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido, en relación con la salud básica y el bienestar, la obligación de los Estados Partes de “velar por que todos los niños disfruten del nivel de salud más alto posible y tengan acceso a los servicios de atención médica”⁷⁵ Además, señala la importancia de que se adopten aquellas medidas que sean necesarias para evitar que los niños indígenas sean objeto de discriminación, respecto al disfrute del nivel más alto de salud posible, y que lo hagan en un estado de igualdad.⁷⁶

⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11 (2009), “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, 50° Período de sesiones, Ginebra, 12 al 30 de enero de 2009, párr. 49.

⁷⁶ *Íd.*, párr. 50.

En relación con el acceso a los servicios de salud, el mismo documento reitera que los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para facilitar el acceso a dichos servicios. Asimismo, establece que “[l]os servicios de salud deberían, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados”,⁷⁷ tal como se señala en el Convenio 169 de la OIT, particularmente en su artículo 25, números 1 y 2.

Dichos servicios deben tener en consideración tanto el contexto cultural en el cual se desenvuelven los pueblos indígenas como que la información necesaria para los usuarios esté a su disposición en su idioma.⁷⁸ También se recomienda que el personal encargado de los servicios sanitarios y médicos, en atención al vínculo que realizan con su labor entre medicina tradicional y los servicios médicos convencionales, sean parte de la comunidad indígena local.⁷⁹

Tabla resumen del marco jurídico internacional⁸⁰

Documento	Educación	Trabajo ⁸¹	Desarrollo	Salud
Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas	14	17	20 21 23 32 36	24
Pacto de Derechos Civiles y Políticos	18(4) 27	C:22	1(1) (2) 27	6(1)
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	10 (3) 13 14	A: 6 B: 7 C: 8 D: 9	1(1) (2) 2 (1) 11 12	11 12
Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial	5 (e) (v) 7	A: 5(e) B:5 (e) C: 5 (e) D: 5 (e)	5 (e)	5 (e) (iv)

⁷⁷ Íd., párr. 51.

⁷⁸ Íd.

⁷⁹ Íd., párr. 52, en relación con lo señalado en el art. 25, N° 3, del Convenio 169.

⁸⁰ Extraída de “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Guía de congruencias con normas internacionales del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, p. 65.

⁸¹ A: Derecho al trabajo; B: Condiciones de trabajo; C: Derechos sindicales; D: Seguridad social.

Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	5 10 14 (2) (d)	A: 11 (1) (a) (b) (c) (d) B: 11 (1) (d) (f) (2) (e) D: 11 (1) (e), 13 (a), 14 (2) (c)	3 13 14	12 14 (2) (b)
Convención contra la Tortura	10			
Convención sobre los Derechos del Niño	23 (1) (3) 28 29 30 32 (2) (a)	D:26	3 (1) 4 27 30	24 25 27 39
Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias	30 31 43 (1) (a) 45(1) (a)	B: 25, 54, 58, 59, 60 C: 26, 40 D: 27, 43, 45, 54	43	28 43 (e) 45 (c)
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	24 28 (2) (c)	A: 27 B: 27 (1) (a) (b) (c) (i) C: 27 (1) (c)	4 (2) 9 19 26 28 30	25 26 28
Convenio 107 de la OIT	6 16 17 21 22 23 24 25 26	A: 6, 15, 16, 17, 18 B: 6, 15 C: 15 D: 19	2 5 6	20
Convenio 169 de la OIT	7 21 22 26 27 28 29 30 31	A: 7 (2), 20, 21, 22, 23 B: 7 (2), 20 C: 20 (2) (d) (3) (4) D: 24	2 5 7	7 (2) 25

Convenio sobre la Diversidad Biológica	1 8 (j) 10			1 8 (j) 10
Convención sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial	2 11			2 11
Convención Americana sobre Derechos Humanos	12 (4) 26	A: 26 B: 26 C: 16 D: 26	26	4 26
Protocolo de San Salvador	13 16	A: 6, 17 (b) B: 7 C: 8 D: 9		10 12 17 (a) 18(a)
Convención Interamericana contra la Tortura	7			
Convención Belém do Pará	6 8 (b) (e)	A: 4 (h)		
Convención Interamericana sobre Personas con Discapacidad	III (1) (a) III (2) (c)	A: III (1) (a)		

3. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE

3.1. Educación

El derecho a la educación en Chile se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 19, N°10, del Capítulo III, “De los derechos y deberes constitucionales”, que señala:

La Constitución asegura a todas las personas:

10°. El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos.

Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que este constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media, este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

En relación con el derecho a la educación la doctrina ha sostenido que “[l]a Constitución establece en armonía con los tratados internacionales los principios de universalidad y educación permanente. De acuerdo con el primero, la educación debe estar al alcance de todas las personas; en conformidad con el segundo, la educación debe desarrollarse a lo largo de toda la vida de la persona”.⁸² En efecto, al consagrar el derecho a la educación con carácter universal, el Estado debe garantizar a todas las personas el acceso a ella.

Si bien la Constitución señala a los padres como los primeros responsables de educar a sus hijos –y tienen el derecho y el deber de hacerlo–, la norma constitucional también establece obligaciones concretas para el Estado. Las principales son otorgar especial protección al ejercicio de este derecho de los padres, financiar un sistema gratuito que asegure el acceso a toda la población a la educación básica, promover la educación parvularia, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, e estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

Por último, el artículo sostiene que es deber de la comunidad “contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.⁸³

En definitiva, el Estado de Chile tiene la obligación de ofrecer un sistema educacional a todas las personas, sin distinción, con lo cual adquiere plena relevancia el principio de igualdad y no discriminación. Dentro de la sociedad convencional, los niños, niñas y adolescentes indígenas han experimentado una discriminación constante,

⁸² Humberto Nogueira, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, *Ius et Praxis* 14(2), p. 214.

⁸³ Jesús Redondo (coord.), *El derecho a la educación en Chile*, FLAPE 8, pp. 21-22.

sobre todo en lo que respecta a la falta de acceso a una educación de calidad, que es determinante para su desarrollo. Las estadísticas dan cuenta de que el acceso a la educación de los niños indígenas es menor en comparación con los niños no indígenas.⁸⁴ Pero, según los instrumentos internacionales, especialmente la Convención de los Derechos del Niño en relación con el Convenio 169 de la OIT, los Estados “tienen la obligación de proteger a los niños contra toda forma de discriminación, como se dispone en el artículo 2 de la Convención, así como de luchar activamente contra el racismo. Esa obligación es particularmente pertinente en relación con los niños indígenas. Para poner en práctica efectivamente esa obligación, los Estados Partes deberían velar por que los programas de estudios, el material educativo y los libros de texto de historia den una imagen justa, exacta e informativa de las sociedades y las culturas de los pueblos indígenas. En el entorno escolar se deberían evitar las prácticas discriminatorias, tales como las restricciones de la utilización del vestuario cultural y tradicional”.⁸⁵

En Chile es posible identificar un conjunto de normas que se refieren específicamente al derecho a la educación de las personas y comunidades indígenas. A continuación se analizan las principales en relación con los estándares internacionales, especialmente con los establecidos por el Convenio 169. Cabe recordar que una vez que un Estado ratifica un Convenio contrae la obligación de adecuar su legislación interna a los contenidos del instrumento internacional.

3.1.1. Ley indígena

La ley indígena (Ley 19.253)⁸⁶ se dictó en 1993, durante el primer gobierno democrático tras la dictadura. Sus antecedentes se encuentran en el Pacto de Nueva Imperial de 1989, suscrito por el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin. Una vez asumido el nuevo gobierno, en marzo de 1990, se originó la Comisión Especial para Pueblos Indígenas (CEPI), entidad que estableció y desarrolló el diálogo entre comunidades indígenas y el Poder Legislativo. Como resultado de dicha interacción se derogó el Decreto Ley 2.568 y se aprobó la ley indígena actual.⁸⁷

⁸⁴ Los indicadores de bienestar dan cuenta de rezagos en la población indígena. Esta situación se vive desde las primeras etapas de desarrollo, puesto que los niños indígenas en Chile presentan indicadores más deteriorados que la población general en cuanto a pobreza, educación y salud. Esta realidad de vulnerabilidad y exclusión se ha vinculado a la progresiva pérdida de su identidad y de los lazos con sus orígenes. La tasa de pobreza de los pueblos indígenas es aproximadamente 50% más alta que la del resto de la población, aun cuando en la última década ha disminuido la brecha. Sistema de Naciones Unidas, “Evaluación conjunta del país. Chile”, p. 18.

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11, párr. 58.

⁸⁶ Ministerio de Planificación y Cooperación, Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), 1993.

⁸⁷ Domingo Namuncura, “A 13 años de la ley indígena en Chile”, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, 2006, p. 1.

Con la promulgación de la ley indígena se reconocieron las principales etnias del país (mapuche, aimara, rapa nui o pascuense, atacameña, quechua, colla y diaguita, del norte del país, y las comunidades kawashkaro alacalufe y yámana o yagán, de los canales australes) y se estableció un conjunto de normas orientadas a la protección y desarrollo de los pueblos indígenas, normas que tienen su fundamento en el reconocimiento de una diversidad cultural y étnica al interior del Estado de Chile.

En los artículos que componen la ley se identifican diversas temáticas, tales como “el reconocimiento jurídico de las comunidades; el fomento a la participación; la discriminación positiva; la protección y ampliación de las tierras indígenas; la focalización de recursos del Estado para el desarrollo; la creación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas; la conciliación y arbitraje; el reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas; el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe; mecanismos de autoidentificación de indígenas urbanos y migrantes; y el reconocimiento a las particularidades de los pueblos indígenas”.⁸⁸

Para efectos del presente análisis son especialmente relevantes en materia educacional los artículos 28 al 33, que conforman el título IV de la ley indígena, denominado “De la cultura y educación indígena”.

Párrafo 1°

Del reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas

Artículo 28. El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:

- a.** El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena;
- b.** El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente;
- c.** El fomento a la difusión en las radioemisoras y canales de televisión de las regiones de alta presencia indígena de programas en idioma indígena y apoyo a la creación de radioemisoras y medios de comunicación indígenas;
- d.** La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior;

⁸⁸ Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008”, 2010, p. 19.

e. La obligatoriedad del Registro Civil de anotar los nombres y apellidos de las personas indígenas en la forma como lo expresen sus padres y con las normas de transcripción fonética que ellos indiquen, y

f. La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.

Para el cumplimiento de lo señalado en el inciso anterior, la Corporación, en coordinación con el Ministerio de Educación, promoverá planes y programas de fomento de las culturas indígenas. Se deberá considerar convenios con organismos públicos o privados de carácter nacional, regional o comunal, que tengan objetivos coincidentes con los señalados en este artículo. Asimismo deberá involucrarse para el cumplimiento de dichas finalidades a los gobiernos regionales y municipalidades.

Artículo 29. Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:

a. La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.

b. La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero.

c. La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.

d. La sustitución de topónimos indígenas.

Artículo 30. Créase, dependiente del Archivo Nacional de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, un departamento denominado Archivo General de Asuntos Indígenas, con sede en la ciudad de Temuco, que reunirá y conservará tanto los documentos oficiales que se vayan generando sobre materias indígenas, cuanto los instrumentos, piezas, datos, fotos, audiciones y demás antecedentes que constituyen el patrimonio histórico de los indígenas de Chile. Esta sección, para todos los efectos, pasará a ser la sucesora legal del Archivo General de Asuntos Indígenas a que se refiere el artículo 58 de la ley N° 17.729.

La Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos podrá organizar, a proposición del Director Nacional de la Corporación y

con acuerdo del Consejo, secciones de este Archivo en otras regiones del país referidas a agrupaciones y culturas indígenas particulares.

Este Archivo estará a cargo de un Archivero General de Asuntos Indígenas que tendrá carácter de Ministro de Fe en sus actuaciones como funcionario.

Todo requerimiento de la Corporación a este Archivo será abuelto a título gratuito.

Artículo 31. La Corporación promoverá la fundación de Institutos de Cultura Indígena como organismos autónomos de capacitación y encuentro de los indígenas y desarrollo y difusión de sus culturas. En su funcionamiento podrán vincularse a las municipalidades respectivas.

Párrafo 2°

De la educación indígena

Artículo 32. La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.

Artículo 33. La ley de presupuestos del sector público considerará recursos especiales para el Ministerio de Educación destinados a satisfacer un programa de becas indígenas. En su confección, orientación global y en el proceso de selección de los beneficiarios, deberá considerarse la participación de la Corporación.

De la lectura de los artículos precedentes se desprende que existe un reconocimiento a la diversidad cultural del país, y que se destaca la importancia de respetar, mantener y preservar la cultura indígena. Se hace énfasis en la importancia del desarrollo de programas educacionales que recojan el patrimonio cultural indígena; se resalta la necesidad de desarrollar sistemas de educación intercultural y bilingüe. Asimismo, reconociendo la necesidad de una protección especial hacia las comunidades indígenas, se consagra la procedencia de recursos económicos especiales orientados a desarrollar becas y beneficios en favor de las comunidades y personas indígenas para garantizarles un

efectivo acceso a la educación. En relación con el principio de igualdad, los artículos 32 y 33 establecen normas sobre la educación indígena. El artículo 32 hace referencia a un sistema de educación intercultural y bilingüe. En el artículo 33 se señala que la ley de presupuestos del sector público destinará fondos especiales para financiar un programa de becas indígenas.⁸⁹ En la actualidad las becas, que son administradas por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, consisten en un aporte monetario de libre disposición que se entrega a los estudiantes de ascendencia indígena. Para la educación básica es de \$90.694 y para la educación media es de \$186.950, anuales; ambos pagos se realizan en dos cuotas. Para la educación superior, el monto asciende a \$588.460 y se paga en diez cuotas.⁹⁰ Cabe destacar que los criterios y forma de administración y otorgamiento de las becas han sido objeto de diversas modificaciones legales.⁹¹

Sin perjuicio de la importancia de las normas anteriormente señaladas, la ley indígena es especialmente relevante porque determina la institucionalidad indígena para hacer efectivas todas las posibles políticas públicas en la materia mediante la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación.

El artículo 39 de la ley indígena señala que la Conadi “es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, *la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural, y de impulsar su participación en la vida nacional*. Además le corresponderán las siguientes funciones: a) Promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, de sus comunidades y de las personas que las integran, y su participación en la vida nacional; b) *Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación...*”⁹²

La Conadi articula su accionar a través de tres fondos que cuentan, cada uno, con los departamentos que soportan la gestión eficiente del servicio:⁹³ el Fondo de Desarrollo Indígena (FDI), el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) y el Fondo de Cultura y Educación (FCE).⁹⁴

89 A partir de 1995, el Programa Becas Indígenas quedó reglamentado en el Decreto Supremo N° 52 del Ministerio de Educación. Está dirigido a alumnos indígenas de educación básica, media y superior de escasos recursos y con buen rendimiento académico.

90 Ministerio de Educación, JUNAEB, “Beca Indígena”, www.junaeb.cl.

91 Decreto N° 126, 21 de febrero de 2006, que sustituye el Decreto N° 139 que modificó el Decreto N° 52 de 1995, que reglamenta becas indígenas y fija su texto refundido del Ministerio de Educación.

92 El destacado es nuestro.

93 Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22...”, pp. 140-141.

94 El Fondo de Cultura y Educación se creó en 1995 en respuesta a las demandas de los

El Fondo de Cultura y Educación desarrolla los principales programas⁹⁵ en materia educacional: Manejo y Protección del Patrimonio Cultural Indígena, Subsidio a la Capacitación y Especialización de Indígenas, Difusión y Fomento de las Culturas Indígenas, Recuperación y Revitalización de las Lenguas Indígenas, y Aplicación del Diseño Curricular y Pedagógico Intercultural Bilingüe.

3.1.2. Programa de Educación Intercultural Bilingüe (PEIB)

A través de un convenio marco, el Ministerio de Educación y la Conadi desarrollaron un programa específico para el progreso de la educación intercultural bilingüe, el (PEIB).⁹⁶ Dentro del PEIB es posible identificar tres estrategias para desarrollar una educación cultural y lingüísticamente pertinente: la participación comunitaria, la implementación y contextualización curricular, y la enseñanza de las lenguas indígenas.

De acuerdo con la información de la Memoria del Estado de Chile presentada a la OIT, el PEIB se está aplicando en 290 escuelas de alta concentración indígena insertas en o entre comunidades. Se estima que a ellas asisten alrededor de 30 mil estudiantes. El PEIB se ha presentado como una propuesta pedagógica en construcción. Sus estrategias están orientadas a dar cumplimiento al artículo 26 del Convenio 169, específicamente porque buscan garantizar el acceso a la educación a las comunidades indígenas en un pie de igualdad con el resto de la sociedad. Sin embargo, los últimos informes de Naciones Unidas siguen destacando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes indígenas, y que uno de los derechos vulnerados es el derecho a la educación.

En el Examen Periódico Universal del año 2009, el Estado de Chile reconoció el desarrollo de medidas en materia educacional indígena. Al respecto, señaló que “[l]a Corporación Nacional de Desarrollo Indígena de Chile y el Ministerio de Educación habían elaborado programas de educación intercultural bilingüe. Además, la Ley general de educación, recientemente aprobada, contemplaba la protección y promoción de las lenguas indígenas, el fomento de la creación de mé-

pueblos indígenas de Chile relacionadas con la conservación y el desarrollo de su patrimonio cultural material e inmaterial, y con el establecimiento de las bases educacionales en beneficio de las nuevas generaciones y sus proyecciones.

⁹⁵ Para más información sobre los objetivos y desarrollo de cada uno de los programas, ver www.conadi.cl.

⁹⁶ El Programa de Educación Intercultural Bilingüe (PEIB) se creó en 1996 con el propósito de realizar cinco experiencias piloto en regiones con significativa presencia de población indígena durante tres a cuatro años. En una segunda fase, que comprende el período 2000-2004, el PEIB se planteó como una propuesta pedagógica que está en construcción, ya que las lecciones aprendidas señalaron la importancia de contar con orientaciones didácticas específicas para la realidad cultural y lingüística de los estudiantes indígenas, toda vez que el Ministerio reconoció entonces la necesidad de levantar información diagnóstica sobre diversas variables influyentes en la calidad de los aprendizajes de estos niños.

todos pedagógicos y la adaptación de los planes de estudio de las instituciones educativas en Chile”.⁹⁷ Si bien el Estado reconoce la existencia de normativa relacionada con el derecho de los pueblos indígenas a la educación, y desde la creación de la Conadi en 1993 a la fecha se aprecian ciertos avances en el reconocimiento, garantía y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado de Chile todavía debe realizar una serie de modificaciones para adecuar su legislación interna a los estándares internacionales.

3.1.3. Ley general de educación (LGE)

Dentro de las normas de la ley general de educación, que se dictó en 2009, se hace referencia expresa a las comunidades indígenas y sus derechos. En el artículo 2 la educación se define como “el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la *diversidad multicultural* y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país”.⁹⁸

En la descripción del sistema educativo consagrado en la ley, se hace referencia a los distintos principios que lo inspiran, entre ellos la diversidad cultural y la interculturalidad. El encabezado del artículo 3 hace referencia expresa a los tratados internacionales ratificados por Chile que consagran derechos en materia educacional, y luego, en la descripción del principio de interculturalidad, se explicita la importancia de respetar y preservar las lenguas, la cosmovisión y la historia.

Por su parte, el artículo 23 alude a las exigencias curriculares específicas que se les reconocen a ciertos grupos de estudiantes, entre ellos a los niños, niñas y jóvenes pertenecientes a etnias indígenas.

Los artículos 28, 29 y 30 versan sobre los objetivos que deben presentar los establecimientos educacionales, entre los cuales se incluye el deber de reconocer la diversidad cultural y destacar la importancia de la historia y cultura de los pueblos indígenas.

⁹⁷ Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos ONU, “Informe de conclusiones y recomendaciones”, aprobado el 12 de mayo de 2009, Ginebra, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párr. 50.

⁹⁸ El destacado es nuestro.

3.1.4. Decreto 462/2009 que reglamenta el ejercicio de la función docente para el sector lengua indígena de los educadores o educadoras tradicionales reconocidos por la Ley 19.253

Antes de hacer referencia a las medidas adoptadas por el Estado de Chile para adecuar la legislación interna a los estándares del Convenio 169, hay que remitirse al necesario debate previo a su adopción, lo que está en estricta relación con el derecho a consulta del cual son titulares los pueblos indígenas. En su artículo 6, N°1, letra a), el Convenio 169 contempla que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Pues bien, el Ministerio de Educación emitió el decreto 462/2009, que establece un reglamento sobre docencia para el sector de lengua indígena, sin embargo la Contraloría General de la República se abstuvo de dar curso al decreto por no ajustarse a derecho: “... pese a que en el decreto en estudio se regula una materia que se relaciona con los pueblos indígenas a que se refiere la citada normativa, no consta que se haya dado cumplimiento a las aludidas exigencias, lo que impide dar curso al acto en examen”.⁹⁹

Acerca de las medidas adoptadas por Chile para dar cumplimiento a los estándares en materia de educación y medios de comunicación, establecidos en los artículos 30 y 31 del Convenio 169, el Estado aún debe desarrollar una política o programa para dar cumplimiento a los estándares en la materia. En efecto, en materia indígena, la Convención establece como un deber de los Estados utilizar los medios de comunicación en dos sentidos: para dar a conocer a las comunidades y personas indígenas sus derechos y obligaciones, y si es necesario realizar campañas publicitarias con las lenguas vernáculas de los pueblos, y por otra parte, para eliminar los prejuicios y disminuir las prácticas discriminatorias existentes en contra de los pueblos indígenas. Al respecto, en su Memoria, el Estado de Chile hace referencia esencialmente a la traducción a lengua originaria de ciertas señaléticas, del contenido del Convenio 169 y de las principales normas legales nacionales al idioma de la etnia indígena mayoritaria; asimismo destaca la adopción de medidas orientadas a la producción y traducción de materiales didácticos diseñados en el marco de una educación intercultural bilingüe.¹⁰⁰ Sin embargo, para que la igualdad en el acceso a la información de toda la sociedad chilena sea efectiva, es necesaria

⁹⁹ Contraloría General de la República, Dictamen 022247N10, 28 de abril de 2010. Para un análisis más detallado del derecho a consulta y la jurisprudencia administrativa, revisar “Derechos humanos de los pueblos indígenas”, *Informe anual de derechos humanos 2010*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011.

¹⁰⁰ Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22...”, pp. 132-133.

una política estatal orientada a desarrollar campañas informativas en las lenguas de las etnias indígenas.

Por ejemplo, esta política podría haberse aplicado a la campaña del gobierno sobre prevención del sida del año 2010, “Quién tiene sida”. La comunidad mapuche-huilliche Kelwo-Chiloé, de la Región de los Lagos, que cuenta entre sus miembros a algunas personas con VIH, presentó un recurso de protección contra la campaña argumentando que los spots publicitarios desarrollados por el Ministerio de Salud no brindaban información sobre los peligros de la enfermedad a la población menos letrada de la sociedad, ni a los pueblos originarios del país. El escrito indica que la campaña desarrollada por el Estado “se traduce en una campaña sin pertinencia cultural, incomprensible para un significativo número de chilenos y chilenas que tienen pleno derecho a ser considerados como población objetiva de las políticas del Estado de Chile”.¹⁰¹

3.2. Salud

La normativa chilena presenta muchas falencias en aquellos aspectos relacionados con la salud de los pueblos originarios, tanto en lo que se refiere al acceso como a la calidad; aunque las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado de Chile exigen un desarrollo normativo específico en relación con el derecho a la salud de los pueblos originarios, no se dispone de una ley que regule de manera precisa los alcances y la aplicación de un programa de salud intercultural. Por lo tanto, es indispensable que el Estado chileno cumpla con las obligaciones contraídas.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la normativa general es posible identificar un conjunto de normas, principalmente de carácter administrativo, que han tratado y otorgado un marco al derecho a la salud de las comunidades y personas indígenas.

3.2.1. Ley indígena

El artículo primero, inciso tercero, de la Ley 19.253 establece: “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

¹⁰¹ *El Mostrador*, “Corte de Apelaciones de Santiago rechaza suprimir la campaña del gobierno para prevenir el sida”, 3 de enero de 2011. El recurso se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual rechazó la orden de no innovar que venía agregada al recurso que tenía por objeto suprimir la campaña de prevención del sida.

Este inciso es relevante porque los estándares internacionales pertinentes consideran la salud de los pueblos indígenas desde una perspectiva más bien holística, lo que implica la necesaria protección de la cultura indígena y otros factores, varios de los cuales están reconocidos en esta norma.

En un sentido similar, el artículo 7, inciso primero, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar e incentivar las manifestaciones culturales que les sean propias, en todo aquello que no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres y el orden público. Siguiendo el mismo espíritu, en el inciso segundo se establece la obligación que tiene el Estado de Chile de promover las culturas indígenas, y se agrega que dichas culturas forman parte del patrimonio de la nación.

3.2.2. Norma general administrativa N° 16

En esta norma del Ministerio de Salud se señala que su dictación tiene como fundamento “la necesidad de avanzar en la pertinencia cultural, interculturalidad y complementariedad en materia de salud”. Ello, señala, se fundamenta en las siguientes premisas, “que han podido constatarse”:¹⁰²

1. Las diversas culturas indígenas existentes en el territorio nacional han conservado a través del tiempo sus manifestaciones culturales propias en las que sus sistemas de salud, en particular, constituyen uno de sus aspectos más relevantes.
2. Un sistema de la salud es un conjunto articulado de representaciones y creencias, con las que cada pueblo interpreta la salud, la enfermedad, el dolor y la muerte del organismo humano, lo que determina sus formas de prevenir y curar las enfermedades, mitigar o eliminar el dolor, restituir la salud y prolongar la vida.
3. Los Sistemas de Salud de las culturas indígenas los conforman conocimientos y procedimientos que se ajustan a sus prácticas y costumbres propias y no han recibido un reconocimiento formal en el sistema jurídico chileno.
4. La salud, en la visión de los pueblos originarios, no es solamente un buen estado físico de las personas sino que también armonía con el entorno visible e invisible, constituyendo la salud y el bienestar un equilibrio dinámico que incluye interacciones con los procesos de la vida y la ley natural que gobierna el planeta, todos los seres vivos y la comprensión espiritual.
5. El Estado de Chile, de conformidad con las normas legales vigentes y tratados internacionales promulgados como ley de

¹⁰² Ministerio de Salud, “Norma general administrativa N° 16, sobre la interculturalidad en los servicios de salud”, Resolución Exenta N° 261, 28 de abril de 2006.

la República, se encuentra en el deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas.

6. El Ministerio de Salud, en el marco de los acuerdos adoptados en relación al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas y de la Política de Nuevo Trato, asumió el compromiso de efectuar el reconocimiento expreso de la validez de los sistemas de salud de los pueblos indígenas de Chile.

3.2.3. Ley 19.937

Otra norma que ha sido modificada con la intención de mejorar la atención y el ejercicio del derecho a la salud de los pueblos indígenas fue el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, modificado el 24 de febrero de 2004 a través de la Ley 19.937. La norma queda así, en su artículo cuarto:

Artículo 4°. Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Ejercer la rectoría del sector salud, la cual comprende, entre otras materias:

a. La formulación, control y evaluación de planes y programas generales en materia de salud.

b. La definición de objetivos sanitarios nacionales.

c. La coordinación sectorial e intersectorial para el logro de los objetivos sanitarios.

d. La coordinación y cooperación internacional en salud.

e. La dirección y orientación de todas las actividades del Estado relativas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo con las políticas fijadas.

2. Dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.

(...)

16. Formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena.

En este último numeral se aprecia un avance en cuanto a los factores y elementos que se deben considerar al momento de planificar e imple-

mentar una política de salud; este avance se condice con varias de las normas internacionales señaladas en el primer capítulo de este trabajo.

3.2.4. Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud

A través del Decreto N° 135 del año 2004, del Ministerio de Salud, se modificó el Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud, particularmente su artículo 21, que finalmente se consagró en los siguientes términos:

Artículo 21.

Es función del Ministerio de Salud formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto cultural.

Lo señalado refleja la intención de reconocer y valorizar el contexto cultural y social en el que se desenvuelven los pueblos originarios, resaltando la importancia de estos factores en la salud y vida de sus miembros.

También el año 2004, por medio del Decreto N° 140 del Ministerio de Salud, se modificó el artículo 8 del mismo Reglamento. Esta modificación se fundamentó particularmente en la importancia de otorgar a las comunidades indígenas una injerencia directa en la formulación de los programas de salud. En efecto, se señala que los representantes de las comunidades indígenas deben ser quienes participen en la planificación y evaluación de las políticas de salud en las distintas zonas del país:

Artículo 8°

Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley respecto de los Establecimientos de Autogestión en Red y de los Establecimientos de Salud de Menor Complejidad, y de las atribuciones que le asignen otras leyes y reglamentos, para el desempeño de sus funciones el Director tendrá las siguientes facultades:

I. En el orden de la gestión, articulación y desarrollo de la Red Asistencial

(...)

e. En aquellos Servicios de Salud con alta concentración indígena y de acuerdo a las normas e instrucciones del Ministerio de Salud

en la materia, el Director del Servicio deberá programar, ejecutar y evaluar en conjunto con los integrantes de la Red y con participación de representantes de las comunidades indígenas, estrategias, planes y actividades que incorporen en el modelo de atención y en los programas de salud el enfoque intercultural en salud.

3.2.5. Reglamento para el ejercicio de las profesiones auxiliares de la salud y de los recintos en que estas se realizan, del Ministerio de Salud

La normativa chilena no solo se ocupa del mejoramiento de las condiciones de ejercicio del derecho a la salud, y de la participación de las comunidades que se verán beneficiadas con los servicios sanitarios; también existe una regulación para aquellas personas que prestan los servicios de salud. Al respecto, en el artículo segundo del Reglamento para el ejercicio de las profesiones auxiliares de la salud y de los recintos en que estas se realizan, del Ministerio de Salud, se señala lo siguiente:

Artículo 2°

La medicina popular tradicional chilena, entendida como las actividades y procedimientos de recuperar y mantener la salud, de origen sociocultural autóctono en el país, ejercida por sanadores formados tradicionalmente en sus propias comunidades de pertenencia y que gozan del respeto de estas, quedará al margen de la aplicación de este reglamento.

3.2.6. Norma general administrativa N° 16, sobre interculturalidad en los servicios de salud

En 2006 se dictó esta importante norma a través de la Resolución Exenta N° 261 del Ministerio de Salud. De la normativa vigente, es la que consagra de manera más explícita parte de las obligaciones establecidas en el Convenio 169 respecto del derecho a la salud de las personas y comunidades indígenas.

La norma establece las siguientes directrices, que deben ser adoptadas por los organismos intervinientes en la prestación de servicios de sanidad:

1. El Ministerio de Salud, los Servicios de Salud y demás organismos del sector salud velarán por que sus actuaciones aseguren el respeto, reconocimiento y protección de los sistemas de salud de las agrupaciones indígenas y sus agentes tradicionales reconocidos comunitariamente.
2. Cuando alguno de los organismos señalados deba adoptar medidas que puedan afectar los sistemas de salud de los pue-

blos indígenas, deberá escuchar y considerar la opinión sobre la materia de las organizaciones indígenas reconocidas por la ley involucradas, así como la de los agentes de salud indígenas titulares de los conocimientos, innovaciones o prácticas que puedan resultar afectadas por la regulación.

3. Los Servicios de Salud y las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud deberán respetar, proteger y promover las manifestaciones culturales en atención y promoción de la salud de la población indígena existentes en su territorio jurisdiccional.

4. Los establecimientos de salud del sistema público ubicados en localidades de alta concentración indígena deberán propender, de acuerdo a sus disponibilidades financieras y de recursos humanos, a contar con apoyo intercultural en la atención de los usuarios de la población indígena que requieran atención en el establecimiento. Esta persona, denominada facilitador intercultural, deberá ser conocedor[a] de la lengua y cultura de la población indígena predominante de la localidad y de la forma de funcionamiento del sistema de salud. En el ejercicio de sus funciones le corresponderá orientar a las personas pertenecientes a las culturas tradicionales desde el interior de los establecimientos, entregarles información sobre el sistema y servirles de nexo con el equipo de salud.

5. Los Consejos Técnicos de los Servicios de Salud y de sus establecimientos, que cuenten con un asesor cultural sobre culturas indígenas, deberán estar integrados en forma permanente por este, con el objeto de incorporar en el análisis de los asuntos institucionales el enfoque intercultural en salud.

6. Asimismo, cada vez que un Comité de Ética Científico o Clínico deba considerar o analizar situaciones o proyectos que directa o indirectamente afecten a indígenas o a su patrimonio cultural, deberá hacerse aconsejar por los asesores culturales existentes en el respectivo Servicio de Salud, sin perjuicio de requerir los apoyos externos que al efecto se estimen necesarios.

7. Los Servicios de Salud con presencia de población indígena deberán programar, ejecutar y evaluar en conjunto con los integrantes de la Red y con participación de representantes indígenas, estrategias, planes y actividades que incorporen en el modelo de atención y en los programas de salud el enfoque intercultural, a requerimiento del Ministerio de Salud, o de la Autoridad Sanitaria Regional.

8. Por determinación de la Dirección del Servicio de Salud, previa consulta al Consejo de Participación, se podrá atribuir a un establecimiento la calidad de Hospital Intercultural, caso en el cual, tanto en su planta física como en su diseño de ges-

tión, deberá adoptar un enfoque que integre tanto el conocimiento de salud que tiene la cultura indígena predominante en la localidad como el conocimiento aportado por la medicina occidental. La modalidad de gestión del establecimiento será determinada en cada caso conforme a las modalidades culturales del territorio de competencia del establecimiento.

9. Los Servicios de Salud con presencia de población indígena deberán proponer y mantener programas de capacitación continua a sus directivos y funcionarios orientados a desarrollar y fortalecer la pertinencia cultural de las acciones de la Red, en las comunas con alta concentración indígena.

10. En las localidades de alta concentración indígena, la información que al efecto se entregue por los organismos del sistema público de salud al paciente indígena, que así lo requiera para la adopción de un consentimiento informado en materia de acciones de salud, deberá considerar la variable cultural y el apoyo de asesores culturales para ello, de lo que deberá dejarse constancia en el respectivo documento que acredite la decisión tomada.

11. Los establecimientos hospitalarios de los Servicios de Salud permitirán el ingreso de los agentes espirituales de las diversas culturas indígenas para prestar apoyo a pacientes que se encuentran internados, cuando su presencia sea solicitada por este o sus familiares, en un marco de respeto a todas las creencias.

12. Los Servicios de Salud de áreas de alta concentración indígena cautelarán que en los convenios docentes asistenciales que celebren con entidades de educación superior estas se comprometan a incluir el enfoque intercultural en la formación de los profesionales de salud.

13. En la formulación de los Planes de Salud Pública regionales, la Autoridad Sanitaria Regional velará por la incorporación de estrategias y actividades destinadas a identificar, monitorear y en lo posible a disminuir las brechas de equidad en la situación de salud y medio ambiente de la población indígena, y proponer las medidas intersectoriales pertinentes.

En definitiva, si se considera la magnitud e importancia del derecho a la salud, las normas señaladas en esta sección son escasas. Cabe tener presente la gran cantidad de instituciones intervinientes tanto en la planificación como en la implementación de las políticas públicas vinculadas con la materia, razón por la cual es deseable que a la brevedad se desarrolle un proyecto de ley que amplíe y extienda la protección que se le otorga al derecho a la salud de los pueblos indígenas.

A través de la ley indígena, el Estado de Chile reconoce nueve pueblos indígenas, ubicados dentro de las quince regiones en las cuales

está subdividido políticamente nuestro país, donde se encuentran distribuidos 29 servicios de salud, los cuales, a su vez, están conformados por una red asistencial que cuenta con hospitales, postas, centros de salud familiar, consultorios y otros servicios. En la memoria presentada por el Estado de Chile ante la Organización Internacional del Trabajo, y en virtud de lo establecido por el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado de Chile informó que la gran mayoría de quienes conforman los pueblos originarios se encuentran afiliados al sistema público de salud.¹⁰³

CONCLUSIONES

1. El Convenio 169 de la OIT consagra y reconoce derechos de índole social a las personas y comunidades indígenas.
2. Tales derechos se pueden resumir de la siguiente forma: el derecho a la educación es la principal herramienta para asegurar el desarrollo individual y colectivo de las personas y los pueblos indígenas. Garantizar el acceso a una educación de calidad es determinante para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la libre determinación y asegurar su desarrollo tanto en el aspecto económico como social y cultural. Por su parte, el derecho a la salud es esencial para asegurar a las comunidades indígenas el desarrollo de una vida digna. Por ello se debe asegurar a los pueblos indígenas el acceso, oportunidad y calidad de la atención médica.

En ambos derechos cobra relevancia el concepto de multiculturalidad. En consecuencia, las normativas nacionales deben estar dirigidas a respetar y preservar la identidad de las comunidades, sobre todo de las tradiciones que determinan características culturales especiales en el ejercicio y goce del derecho a la educación y la salud.

3. El análisis realizado en este trabajo tiene por objeto dilucidar si la normativa nacional vigente cumple con los estándares internacionales o si es necesario hacer modificaciones legislativas para ello.
4. En la legislación nacional es posible identificar un conjunto de normas que buscan regular la materia. Sin embargo, parecen ser insuficientes y no otorgar el ámbito de protección necesario para asegurar un real disfrute del derecho a la educación y salud de los pueblos indígenas.
5. En cuanto al derecho a la educación, se hace necesaria una mayor extensión de los planes de educación intercultural bilingüe, como también desarrollar en las políticas de Estado la relación existente entre

¹⁰³ Gobierno de Chile, "Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22...", p. 112.

los medios de comunicación y la educación. Es vital adaptar las herramientas informativas a las particularidades de los pueblos indígenas, desarrollando campañas en lenguas vernáculas y a través de medios accesibles para las comunidades.

6. En cuanto al derecho a la salud, la normativa nacional se refiere esencialmente a la atención primaria y al desarrollo de programas que buscan integrar el componente de interculturalidad, como también a programas de capacitación de los funcionarios que tienen mayor contacto con la población indígena en el área de salud. Es necesario coordinar las distintas iniciativas y es deseable el desarrollo de una ley que logre definir el concepto y aplicación de la salud intercultural. En la creación e implementación de dicha ley se debiera contar con la participación de las distintas etnias con el objeto de dar cumplimiento a su derecho a la participación y derecho a consulta.

7. Por último, cabe destacar que los derechos en análisis gozan de la particularidad de tener un ámbito individual y un ámbito colectivo, por lo cual es indispensable que el Estado reconozca esta dualidad. Las personas indígenas solo podrán gozar de su derecho a la educación y a la salud en la medida en que se reconozca el ejercicio colectivo de dichos derechos.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

COMENTARIO DE DOMINGO LOVERA*

En primer lugar, me parece que el trabajo está bien escrito, cuestión que debe agradecerse, y resulta muy útil para quienes, como yo, no conocemos tan de cerca ni en profundidad la regulación legal sobre pueblos indígenas y cuya aproximación se encuentra más cercana a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, derechos sociales). Al menos para quienes quieren conocer los estándares del derecho internacional en relación con los pueblos indígenas y los derechos sociales, el trabajo cumple con creces su cometido. Puertas adentro, además, aporta mucha información sobre programas gubernamentales que, si no es por este documento, simplemente no se conocerían o se encontrarían poco sistematizados.

Quisiera remarcar algunos aspectos que, me parece, pueden servir para mejorar la presentación. El primero tiene que ver con la estructura del trabajo. De acuerdo con la introducción, el hilo conductor es el reconocimiento de titularidad de derechos colectivos a los pueblos indígenas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, derechos cuya satisfacción también promueve el Convenio 169 de la OIT. La introducción del trabajo, como digo, comienza por la discusión relativa a la titularidad colectiva de derechos, camino que es preciso recorrer toda vez que en Chile parte importante de los argumentos en contra del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas descansa, precisamente, en el cuestionamiento a la titularidad común. Lucas Sierra, por caso, ha señalado que el reconocimiento de derechos colectivos podría crear “tensiones políticas, [y] constitucionales” al conceder potestades normativas a grupos que reclamarían respeto a su condición de grupo, pero que podrían ocupar las mismas facultades para sancionar la disidencia individual en su interior.¹ Todavía más, las nociones “derecho” y “colectivos”, según Sierra, son “refractarias entre

* Profesor asistente e investigador, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

¹ Lucas Sierra, “La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo”, *Estudios Públicos* 92, 2003, p. 23.

sí”.² Recientemente, José Miguel Valdivia hizo alusión al escaso desarrollo dogmático de la noción de derechos colectivos, lo que ya debiera aconsejarnos pausa frente a su introducción.³

Sin embargo, de la discusión relativa a la titularidad colectiva, importante, como digo, no me resulta claro que se desprenda que haya una relación necesaria entre derechos sociales y titularidad colectiva de derechos; al menos no en el derecho chileno. Hasta ahora en la doctrina se ha sostenido la titularidad de derechos sociales sin que sea necesaria su titularidad colectiva. Lo mismo es válido para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha manifestado a propósito de reclamos individuales, sin perjuicio de sus alcances más amplios.⁴ En otras palabras, no hay problema alguno en afirmar, por ejemplo, que la Constitución chilena reconoce el derecho (social) a la educación, pero con titularidad individual. Es ello, justamente, lo que autoriza a un individuo a presentar una acción de protección reclamando admisión sin discriminaciones a la educación y en que –y esto es lo que quiero enfatizar– el beneficio colectivo para los demás miembros del grupo pueda ser contingente (al menos en términos jurídicos).⁵

En otras palabras, una cosa es el reconocimiento de titularidad –individual o colectiva– de los derechos, y otra distinta el tipo de derechos sobre los cuales se reconoce titularidad. La razón por la que destaco este aspecto del trabajo no es porque esté en contra del reconocimiento colectivo de los derechos sociales, sino porque, al menos en lo que respecta a la relación del Convenio 169 con nuestro ordenamiento jurídico, es preciso definir si el vínculo entre titularidad de derechos colectivos es un paso previo (por eso pregunto si se trata de una relación necesaria) para el disfrute efectivo de los derechos sociales. Y si lo es, cómo se recoge o podría recogerse en nuestro ordenamiento jurídico.

Donde el Convenio sí evidencia un vínculo necesario entre derechos colectivos y derechos sociales –y este es el motivo de mi segundo comentario– es en el que podríamos denominar el “derecho de los derechos” del Convenio, el derecho a la autodeterminación. ¿Por qué puede afirmarse que, a diferencia de lo que sugerí más arriba, acá sí existe una relación necesaria? Porque al momento de evaluar la forma en que el Estado satisface los derechos sociales de los pueblos indígenas, la autodeterminación fija, precisamente, unos de los estándares en los que

2 Íd., p. 24.

3 José Miguel Valdivia, “Alcances jurídicos del Convenio 169”, *Estudios Públicos* 121, 2011, p. 39.

4 Para Valdivia, por ejemplo, la protección de intereses colectivos o difusos puede ser una exigencia que arranca, precisamente, de la protección individual. Íd., p. 50.

5 Lo que quiero decir es que, al menos desde el punto de vista de la teoría del derecho, en Chile no es necesario el vínculo que puede existir entre una sentencia dictada para un caso individual (sobre derechos sociales) y los demás miembros del colectivo al que pertenecía el individuo recurrente. Puede existir algún efecto, por ejemplo que otros miembros del mismo grupo social descansen en la fuerza de los argumentos para intentar acciones similares. Pero ello es, o podría ser, una relación contingente que bien puede no ocurrir.

debemos centrar la atención. Nótese que antes dije que no existe una relación necesaria entre titularidad colectiva y derechos sociales. En otras palabras, en un nivel conceptual el Estado podría cumplir con sus obligaciones en derechos sociales aun consagrando la titularidad individual.

Pero en el contexto del Convenio ello no es suficiente. La primera pregunta que nos debemos formular es si acaso los pueblos beneficiados con las políticas sociales han participado en la definición de dichas políticas. Solo para avanzar con un ejemplo, puede mencionarse el artículo 27.1 del Convenio: “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse *en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares*, y deberán abarcar su historia, *sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores* y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”.⁶

En términos generales, podría decirse que el Estado cumple con su obligación cuando elabora planes de acceso a la educación abriendo espacios a la autodeterminación, permitiendo a los pueblos ir apropiándose de los planes educativos, cotejando las políticas estatales con sus aspiraciones y a la luz de “sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores”. Sin embargo, en el trabajo echo de menos el énfasis en el derecho a la autodeterminación. Muy a la pasada se menciona que es el derecho colectivo fundamental, pero no se acompaña ninguna referencia, ninguna justificación para defender la tesis de que la autodeterminación es el “derecho de los derechos” en el Convenio. Lo crucial es insistir en que la autodeterminación es importante al momento de evaluar cómo el Estado se comporta en materia de derechos sociales respecto de los pueblos indígenas.

En tercer lugar, creo que el trabajo desarrolla una presentación demasiado plana de la legislación y de las políticas nacionales. Esto tiene que ver con una cuestión de estructura más que con un tema de fondo. Lo que ocurre es que se presentan los estándares del Convenio y luego se detallan las regulaciones de producción doméstica, pero finalmente no se avanza a una síntesis de lo expuesto. Es casi como si se esperara que el lector sacara sus propias conclusiones. Incluso si la legislación interna y las políticas públicas locales satisficieran los estándares del Convenio, cosa que no creo que ocurra con muchas de ellas, ello debiera consignarse.

El trabajo concluye sugiriendo al Estado avanzar en una serie de reformas sectoriales que permitan satisfacer las demandas contenidas en el Convenio. No obstante compartir dicho reclamo, quisiera llamar la atención sobre alguna posible inconsistencia. En el libro se hace un muy buen análisis sobre los criterios que el sistema constitucional chileno contempla respecto de la incorporación de los tratados internacionales, como también en lo relativo a su jerarquía. En este contexto, los

6 El destacado es nuestro.

tratados internacionales se han comprendido, al menos desde el punto de vista formal, como leyes. Si esto es así, y parece haber pocas dudas de que así lo sea, entonces hay alguna justificación que se está pasando por alto para sostener el reclamo recién anunciado contra el Estado.

En efecto, si en el contexto de las regulaciones y jurisprudencia locales los tratados internacionales como el Convenio son, desde el punto de vista formal, leyes, entonces, ¿qué razones pueden esgrimirse para que el resto del sistema legislativo nacional deba adecuarse? Son precisamente las razones que justificarían la obligación estatal de adecuación –razones distintas, desde luego, a las puras pretensiones de coherencia interna del sistema y otras que la sola referencia al Convenio– las que se extrañan. No estoy diciendo que no existan, pero sí que no están disponibles en el trabajo. En consecuencia, me parece importante desarrollar más las razones constitucionales que permitan ya no solo entender, sino también justificar la obligación del Estado de hacer una modificación comprensiva, pero sectorial, a partir de (lo que desde el punto de vista formal se presenta como) otra ley.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

COMENTARIO DE SERGIO FUENZALIDA*

En general el trabajo es muy interesante. La perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se ha desarrollado poco a propósito del Convenio 169, cuyo análisis se ha centrado en los derechos indígenas pero no específicamente en su vinculación con los derechos sociales, por lo que este estudio es un aporte.

Quisiera hacer unas observaciones críticas sobre algunos de los aspectos que se abordan en el capítulo. En términos generales, el análisis que se hace de los derechos sociales depende casi exclusivamente de las observaciones del Comité de DESC. Ello representa una fortaleza por cuanto el artículo es una buena sistematización de esos pronunciamientos, pero también es una debilidad porque omite perspectivas que provienen de otras fuentes y que enriquecen el debate.

El análisis de los derechos colectivos de la profesora Maquilón me pareció insuficiente en lo que respecta a la caracterización de esos derechos. Hace falta alguna referencia al modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado los derechos colectivos indígenas, pues ha sentado jurisprudencia interesante en ese sentido. En el caso *Saramaka vs. Surinam*, por ejemplo, dispuso que el Estado de Surinam debía reconocer legalmente la capacidad jurídica colectiva del pueblo saramaka, y por tanto, su calidad de sujeto de derechos y obligaciones, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. El derecho a la personalidad jurídica, señaló la Corte, garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar colectivamente la propiedad, de conformidad con sus tradiciones ancestrales. Para la Corte, el reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo saramaka “es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el

* Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central y miembro del consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho”. A mayor abundamiento, indicó que “el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que estos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones” y es una “consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”¹.

En esa oportunidad la Corte precisó que no reconocer esta personalidad jurídica colectiva situaría al pueblo saramaka “en una situación vulnerable donde los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal, y donde el pueblo saramaka no pueda solicitar, como personalidad jurídica, protección judicial en contra de las violaciones a sus derechos de propiedad reconocidos en el artículo 21 de la Convención”.² Ello que se aplica a todos los pueblos indígenas y tribales en circunstancias similares.

Ese aspecto de los derechos colectivos es sugestivo y marca una diferencia con el modo tradicional de entender el ejercicio de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló algo parecido cuando planteó que “un claro ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de las comunidades indígenas (...), derecho [que] carece de todo sentido en caso de ser subdividido en porciones de propiedad asignadas a individuos [por cuanto] la condición para la preservación de la identidad del pueblo es la titularidad y goce común del derecho a la tierra”. La existencia de ese derecho colectivo a la tierra requiere “necesariamente del diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo”, por cuanto “a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no solo la afectación individual”, y que además “alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no solo uno que se agote en el alcance individual”. De lo contrario, agregó la Comisión, “el recurso no podr[í]a ser considerado efectivo”.³

Por último, en relación con los derechos colectivos, faltó, creo yo, alguna referencia dogmática a su conceptualización, naturaleza y justificabilidad. Sobre ello el autor argentino Andrés Gil Domínguez aporta elementos interesantes: señala que un derecho colectivo se define como la relación jurídica entre un sujeto activo plural y un sujeto pa-

¹ Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 159-175 y punto resolutivo N° 6.
² Íd.

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, septiembre de 2007, párr. 268-282.

sivo colectivo respecto de un bien colectivo, mediante un vínculo obligacional que es propio del sujeto activo en derecho y que impone al sujeto pasivo un deber.⁴ Creo que esa caracterización puede alumbrar muchos puntos debatidos en torno a esos temas.

Pasando a otro tema, es notable la relación que la profesora Maquilón establece entre el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que muchos escritos hablan del Convenio 169 y pasan por alto la Declaración, olvidando que existen motivos poderosos para pensar que ella es vinculante para los Estados, por varias razones. Una de ellas es que la Declaración fue fruto de una negociación muy extensa y complicada entre dirigentes indígenas y representantes estatales, que finalmente llegaron a un acuerdo sobre su contenido. Por razones jurídicas básicas, ese acuerdo obliga a las partes: no se acuerda algo para luego desconocerlo (regla de *estoppel*). También la Declaración obligaría a los Estados que lo aprobaron por cuanto su artículo 42 señala expresamente: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración”. Asimismo, la Declaración recoge normas que integran la costumbre internacional en la materia, y tiene carácter obligatorio en razón de ello.⁵

Por estas razones, creo que para determinar el estándar de los derechos indígenas es indispensable hacer una lectura conjunta del Convenio 169 y la Declaración de la ONU. Eso está en el trabajo que analizamos, lo cual es muy meritorio. Con todo, creo que pudo haberse aprovechado aun más como perspectiva de análisis de los DESC.

En relación con el derecho a la salud y las formas de sanación propiamente indígenas, Maquilón dejó fuera el asunto de la propiedad

4 Andrés Gil, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

5 Bartolomé Clavero, “Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la luz del valor vinculante y con vistas a la mayor eficacia del derecho internacional de los derechos humanos”, PFI/2009/EGM1/3. Para James Anaya, “[a]unque es evidente que no tiene el carácter vinculante que posee un tratado, la Declaración se refiere a obligaciones preexistentes de los Estados en relación con los derechos humanos, como ha demostrado la labor de los órganos de las Naciones Unidas establecidos en virtud de tratados y otros mecanismos de derechos humanos, y por lo tanto puede considerarse que encarna en determinado grado los principios generales del derecho internacional. Además, en la medida en que tienen conexión con una pauta de práctica internacional y estatal continuada, algunos aspectos de las disposiciones de la Declaración también pueden considerarse que reflejan las normas del derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, como resolución aprobada por la Asamblea General con los votos de una mayoría abrumadora de Estados Miembros, la Declaración representa un compromiso asumido por las Naciones Unidas y sus Estados Miembros dentro del marco de obligaciones establecido por la Carta de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos humanos de modo no discriminatorio”. James Anaya, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/9/9, 2008, párr. 41.

intelectual sobre la medicina indígena, un aspecto muy relevante a la hora de defender sus recursos. Pienso que tratar el tema sin hacer mención de esta circunstancia deja trunco el análisis.

Asimismo, la jurisprudencia sobre derecho a la salud y educación que la Corte IDH desarrolló en los casos *Yakye Axa y Sawhoyamaya vs. Paraguay*, fundada en el concepto de “vida digna”,⁶ es una perspectiva que se pudo haber aprovechado.

En relación con el derecho a la educación, en el trabajo hay una referencia a la ley indígena que me parece impropriadamente acrítica. Cuando se habla del Convenio 169 y se hace referencia a esta ley, no puede uno dejar de mencionar que esa legislación no satisface los estándares internacionales. Es más, es dudoso que esta ley desarrolle siquiera derechos humanos. Lo que dispone es propiamente una protección a determinadas “etnias indígenas”, pero como objeto de protección más que como sujetos de derecho. Para demostrar este aserto basta con revisar el artículo 1º, inciso 2º, que señala a propósito de los indígenas que “[e]l Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”. Es decir, la Nación chilena es la que los reconoce por ser parte esencial de ella. A su vez, el artículo 7 señala: “El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”. Nuevamente la Nación chilena es el centro de atención. Por su parte, el artículo 13 explicita: “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirle el interés nacional, gozarán de la protección”. Es decir, gozan de protección por ser de interés de la Nación. Fácilmente, estos artículos podrían interpretarse como que los indígenas no son propiamente sujetos frente al derecho, reconocidos por sí mismos, sino en relación con el colectivo mayor, el Estado, el cual en ejercicio de su soberanía y en aras de su propio interés regula su situación, su cultura, sus tierras y sus recursos.

A pesar de ello, me parece que la autora aprueba la ley indígena en lo que se refiere a la educación, en circunstancias que esta legislación es a tal punto insuficiente que no podemos mencionarla sin destacar lo alejada que se encuentra de los estándares internacionales.

También respecto de la educación, llama la atención que el texto aluda al informe que envió el Estado a la OIT sobre el grado de cumplimiento del Convenio 169, pero que no mencione los informes alternativos que mandaron los sindicatos y que fueron propiciados por organizaciones indígenas. Tampoco se recoge ninguna observación a propósito de la educación o de la salud desde la perspectiva de las organizaciones indígenas, que han planteado su posición en estos temas.

⁶ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 168, y caso *Sawoyamaya*, párr. 164 y 166.

De alguna manera se ha obviado la voz de quienes son los titulares de los derechos analizados, lo que constituye una falencia importante.

El trabajo tampoco hace mención de los controvertidos temas de la justiciabilidad y la autoejecutabilidad de los derechos colectivos indígenas. Necesariamente había que hacer algún tipo de referencia a ellos, sobre todo pensando en el derecho de consulta en materia ambiental. Reiteradas sentencias de la Corte Suprema han señalado que el derecho a la consulta indígena en materia de proyectos con impacto ambiental se satisface con los dispositivos de participación que establece la legislación ambiental. Ello implica obviar la aplicación del derecho de consulta según lo establece el Convenio 169 y como lo han caracterizado el Tribunal Constitucional chileno y la propia OIT, a través de sus mecanismos de control. Es indispensable abordar la reflexión sobre las exigencias que impone el derecho de consulta y sobre su autoejecutabilidad, por cuanto en ellas se juega parte importante de la vigencia del tratado.

No hay que olvidar que, con motivo del requerimiento por inconstitucionalidad del Convenio 169 en el año 2000, la posición del Ejecutivo de la época era que el tratado carecía de autoejecutabilidad y en realidad constituía una mera invitación a los Estados a implementar sus normas, es decir, que no obligaba por sí mismo. Según el Ejecutivo, aunque el Convenio hubiese sido ratificado los tribunales no podían implementarlo sin que antes existiera un desarrollo legislativo interno. Además, dicha legislación debía adaptarse a la legislación nacional y no al revés, como exige el derecho internacional. Para finalizar, el Ejecutivo agregaba que los derechos consagrados en el tratado estaban debidamente desarrollados en la legislación indígena nacional, por lo que su ratificación no agregaba nada. Con ello, naturalmente que el Convenio quedaba abortado, neutralizado en su aplicación.

Esta posición, que fue en su momento la del Ejecutivo, sigue escuchándose bajo distintas modalidades en muchos actores que tienen decisiva influencia en la aplicación del tratado, partiendo por representantes de organismos públicos y por los mismos tribunales. Por eso es un tema que necesariamente debe ser tratado en un trabajo como este. Como lo ha reiterado hasta el cansancio la OIT, el derecho a consulta es la piedra angular del Convenio y es clave para fundar una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas.

**III.
EL DERECHO
DE CONSULTA
PREVIA EN EL
CONVENIO
169 DE LA OIT.
NOTAS PARA SU
IMPLEMENTACIÓN
EN CHILE**

Jorge Contesse Singh

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en septiembre de 2009, Chile se sumó a una larga lista de países latinoamericanos –y de otras latitudes, como Dinamarca, Finlandia o España– que, años antes, hicieron suyos los estándares contenidos en este tratado internacional.¹ Como es sabido, la ratificación del Convenio 169 de la OIT era una de las demandas que los pueblos indígenas mantenían desde el regreso de la democracia, a fines de la década de los ochenta, demanda que los gobiernos de la Concertación se comprometieron a satisfacer, aunque demoraron mucho tiempo en hacerlo y el proceso no estuvo exento de problemas.

Una vez ratificado el Convenio comenzó una nueva etapa, acaso más importante, consistente en dar pasos concretos para su implementación. De poco o nada sirve que el Estado concorra ante la comunidad internacional para la adopción y/o ratificación de instrumentos internacionales si no dispone de mecanismos para materializarlos y hacer efectivas sus disposiciones. Chile ha sostenido un discurso internacional de fuerte compromiso con los derechos de los pueblos indígenas. En efecto, al momento de adoptar la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007, el representante del Estado chileno señaló a la Asamblea General de la ONU que la delegación chilena sumaba su voto

... por cuanto conocemos el importante y valioso aporte de los pueblos indígenas en la construcción y desarrollo de nuestras sociedades. En la gran tarea nacional que estamos desplegando para construir una sociedad más inclusiva, diversa y tolerante, la Declaración de las Naciones Unidas es un paso significativo en esa dirección. En este marco, queremos reiterar el principio esencial de

¹ El Convenio 169 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y Venezuela.

nuestro orden jurídico interno de “respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades”, que inspira las políticas públicas que se están implementando y las iniciativas que se están propiciando para el desarrollo económico, social y cultural de nuestros pueblos indígenas.

A ello agregó:

Esta Declaración de las Naciones Unidas servirá para fortalecer esos esfuerzos nacionales, los que se llevan a cabo a través del diálogo, respeto por nuestras particularidades, observancia de nuestros compromisos internacionales y muy especialmente de nuestra institucionalidad, Estado de Derecho y normas jurídicas internas (...).

La presidenta Michelle Bachelet reafirma, mediante el apoyo a esta Declaración de las Naciones Unidas, su firme y decidido compromiso de los gobiernos democráticos, con el desarrollo integral de los pueblos indígenas, con el respeto a su dignidad, derecho y raíces.²

Sin embargo, el desafío permanece a nivel interno. La idea es que un tratado internacional como este sea más que un conjunto de buenas intenciones plasmadas en cláusulas que los Estados vean como programas. En tanto se trata de un convenio internacional que contiene *normas jurídicas*, el objetivo es darle sentido y alcance a esas normas, de modo que cumplan con el propósito para el cual fueron adoptadas.

La finalidad de este capítulo es mostrar algunos modos mediante los cuales el Estado puede implementar un derecho en particular contemplado por el Convenio 169, a saber, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente. Considerado por la propia OIT como el núcleo del Convenio 169,³ el derecho a la consulta previa irradia a todo el resto del tratado internacional y tiene la potencialidad de transformar de manera decisiva las relaciones –usualmente tensas– entre el Estado y los pueblos indígenas.

El plan es el siguiente. A continuación se examina la caracterización del derecho a consulta previa en atención a las normas del Convenio (1). Con el propósito de delinear las obligaciones impuestas por la ra-

² Intervención de Armin Andereya, representante de la delegación chilena ante la Asamblea General de Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007, citado en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2009, pp. 364-365.

³ La OIT ha señalado que el derecho a la “consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”. Ver *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, “Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”, Paraguay, 1989, solicitud directa, párr. 8.

tificación del tratado, se analiza cada una de las características que emanan de esta cláusula. En seguida (2), y atendiendo a los estándares internacionales, se revisa la situación chilena tanto en lo que respecta a la regulación constitucional de estas obligaciones como a la regulación infraconstitucional. Para la primera, se muestra cómo parte de la doctrina aborda algunos de los problemas conceptuales que supone dar cabida normativa a los estándares sobre derechos de pueblos indígenas. En cuanto a la segunda, se exponen las graves deficiencias que existen en Chile, donde se ha desmantelado el alcance de dichos estándares por vía de la reglamentación administrativa. Tras este examen, se revisa la jurisprudencia que han desarrollado los tribunales superiores de justicia en la materia, con fallos equívocos en cuanto a sus razonamientos y doctrina. Luego se plantea como posibilidad una regulación legal que no importe lesionar los derechos que se reconocen en el plano internacional, de manera de lograr una estabilidad normativa y de satisfacer los requerimientos del principio democrático, que implica no cercenar seriamente al legislador nacional de sus potestades públicas (3). Las conclusiones del capítulo, en tanto se trata de un borrador, tienen un carácter muy breve.

1. EL DERECHO A CONSULTA PREVIA COMO ELEMENTO TRANSVERSAL DEL CONVENIO 169

El derecho a la consulta previa está contemplado en forma genérica en el artículo 6 del Convenio, que dispone:

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

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

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

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada

da a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En tanto se sitúa al comienzo del Convenio y como parte de las normas sobre “política general”, la consulta previa debe concretarse *siempre* que se contemplen estas medidas. Su alcance es amplio y no queda circunscrito, como ocurre con las primeras regulaciones chilenas –según se verá más adelante–, a algunos casos que la autoridad califique como objeto de consulta.

Pero, además de la norma general sobre consulta previa, el Convenio 169 contempla este derecho en situaciones específicas, particularmente en el ámbito de los derechos e intereses de los pueblos indígenas a la administración de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios cuando el Estado sea dueño de los recursos mineros presentes en el subsuelo (art. 15.2); en aquellos casos en que se considere la capacidad de los indígenas para enajenar sus tierras (art. 17); en cuanto a la organización y funcionamiento de programas de formación profesional (art. 22.3); respecto del establecimiento de estándares mínimos de instituciones de educación creadas por indígenas (art. 22.3), y en cuanto al deber de los Estados de explorar medidas alternativas para que los niños indígenas aprendan la lengua vernácula cuando no sea posible enseñársela (art. 28.1). En todos estos casos, el Convenio dispone de manera expresa la necesidad de consultar a los “pueblos interesados”; esta necesidad debe entenderse vigente “a todo evento”, en tanto la norma del artículo 6 es de aplicación general y señala que las consultas se deben hacer “cada vez” que se prevean medidas que les puedan afectar.

1.1. Características de la consulta previa

Según lo dispuesto por el Convenio 169, la consulta a los pueblos indígenas debe tener las siguientes características:

1.1.1. Debe realizarse *cada vez* que se prevean medidas

La consulta se aplica *siempre* que el Estado quiera adoptar alguna medida administrativa o legislativa y no, como puede pensarse, en algunos casos. Ahora bien, debe tratarse de medidas que afecten “directamente” a los pueblos indígenas y no de aquellas cuya posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado. La idea que subyace a este estándar es que determinadas medidas afectan de manera especial a los pueblos indígenas y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta.

Por otra parte, las medidas que el Estado debe consultar son tanto aquellas emanadas de la Administración como aquellas emanadas del Poder Legislativo. La expresión “medidas administrativas o legis-

lativas” no debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el sentido y fin del tratado internacional es aumentar, no restringir, la participación de los indígenas en los asuntos que les afecten.⁴

Así, las medidas legislativas, por ejemplo, no quedan limitadas a la ley en sentido estricto, sino que también incluyen las reformas a la Constitución.⁵ En el mismo sentido, si, por ejemplo, una comisión parlamentaria está encargada de investigar un asunto que afecte los derechos e intereses de los pueblos indígenas, aun cuando no haya una “ley” o reforma constitucional, puede entenderse que se trata sin embargo de una medida legislativa y, en tanto el espíritu del Convenio es propender a la mayor participación indígena, existen buenas razones para incluir las decisiones que una comisión de esa naturaleza adopte como parte de aquellas que deben ser sometidas a consulta previa.

En relación con las medidas administrativas, nuevamente el propósito debe ser interpretar la expresión de modo de favorecer –no de restringir– la consulta e interacción con los pueblos y comunidades indígenas. El filtro no debe pasar por el tipo de medidas, sino por la afectación directa.

1.1.2. La consulta debe ser previa

El sentido de la consulta es que permita a los pueblos indígenas hacer valer su opinión respecto de todas aquellas materias que les atañen. Históricamente, los pueblos indígenas han estado, por regla general, excluidos de los procesos públicos de toma de decisiones –en palabras del Tribunal Constitucional chileno, son “un grupo socioeconómicamente vulnerable”–;⁶ el Convenio busca revertir esta situación imponiendo a los Estados la obligación de llevar adelante la consulta *antes* de que las medidas sean finalmente adoptadas.

Lo anterior implica que para el Estado la obligación de consultar pesa una vez que esté dentro de su agenda llevar adelante alguna medida que afecte directamente a un pueblo indígena. Así, entre más temprana sea la consulta, mayores serán las posibilidades de los indígenas de participar activa y genuinamente en la toma de decisiones y, en consecuencia, menor la posibilidad de falta de legitimidad de la

4 En su artículo 31.1, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

5 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párr. 83, citado en el documento del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, p. 3 (en adelante, “Informe Anaya”).

6 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1050-2008, considerando 15.

medida administrativa o legislativa de que se trate. Por tal razón, los órganos de control de la OIT han sostenido que la consulta debe realizarse lo más temprano posible en el proceso de toma de decisiones.⁷

1.1.3. La consulta debe hacerse de buena fe

En relación con el punto anterior, el propósito del Convenio es que los pueblos indígenas puedan manifestar su opinión y que esta sea debidamente sopesada por la autoridad, de manera que es preciso que los procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un formulario, sino para atender razones, ponderarlas y, de ser necesario, cambiar de opinión.

Si la consulta previa se hace, por ejemplo, hacia el final del proceso de toma de decisión, se lesiona el espíritu de buena fe que debe animar la aplicación del tratado. De modo similar, y tal como lo ha expuesto el Relator Especial de la ONU y profesor de derecho James Anaya, la consulta “no se agota con la mera información”.⁸ Es necesario que los pueblos indígenas sean escuchados y sus planteamientos atendidos, dándoles razones para rechazarlos o modificando las posturas estatales iniciales en caso de que aquellos planteamientos sean más razonables que los esgrimidos por el Estado.

Por cierto, en un proceso de consulta llevado a cabo de buena fe, los pueblos interesados también deben estar dispuestos a modificar sus posturas originales. De lo contrario no hay, en rigor, consulta ni comunicación, sino un diálogo de sordos que finalmente se zanja sobre la base de motivaciones que no guardan relación con la provisión de razones públicas. En este sentido, un procedimiento de consulta que al término no ha modificado un ápice las posiciones con que las partes comenzaron a intercambiar información es un fracaso, una conversación entre grupos e individuos que no están genuinamente dispuestos a deliberar.

Entonces, para materializar la exigencia de que los procesos de consulta sean de buena fe, la provisión de información por parte del Estado (y de un privado interesado, si corresponde) resulta crítica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es preciso que los pueblos consultados “tengan conocimiento de los posibles riesgos [implicados en una medida estatal] a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto *con conocimiento* y de forma voluntaria”.⁹

Es difícil exagerar la importancia de la buena fe como requisito del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas. En nuestra tradi-

⁷ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.

⁸ “Informe Anaya”, p. 5.

⁹ Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133 (el destacado es nuestro).

ción jurídica, la buena fe ha estado presente desde los inicios como principio regulador del derecho privado, especialmente en materia contractual. Por tal razón, acaso no sea del todo evidente la manera en que se aplica este principio cuando la materia es diferente. Con todo, si bien esa diferencia en cuanto al asunto implicado es real, lo es menos de lo que pudiera pensarse inicialmente. En el procedimiento de consulta entre pueblos indígenas y el Estado –y los particulares que puedan estar implicados, aun cuando sobre estos no recaen las obligaciones establecidas en el Convenio 169– se reproduce un conjunto de actos muy similares a aquellos conducentes a la celebración de un contrato: hay dos partes que negocian con el objetivo de llegar a un acuerdo,¹⁰ un objeto sobre el que recae esa negociación –la adopción de medidas legislativas o administrativas– y una forma de consultar, esto es, un determinado procedimiento, que debe encaminarse a dotar de legitimidad la decisión que se adopte. En tal sentido, la consulta se asegura para garantizar que no haya, en el lenguaje de los civilistas, “vicios del consentimiento”.¹¹

Pues bien, en materia de contratos, la buena fe es un principio fundamental, recogido por el Código Civil y que informa la manera en que se deben adoptar e interpretar.¹² Cuando se dispone que no solo es obligatorio lo que se expresa en sus cláusulas, sino también “las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”, debe considerarse –en el caso de los procesos de consulta entendidos como concurso de voluntades que permiten hacer un paralelo con los contratos– que se está en presencia de acuerdos celebrados por Estados que históricamente han utilizado sus normas jurídicas para despojar de derechos a los indígenas y forjar así la construcción de un Estado-nación por medio del sofoco de identidades culturales que ahora se intenta proteger.¹³ Esas son demandas de justicia intergeneracional que en gran medida el Convenio busca remediar y, para lo que interesa a este trabajo, la buena fe resulta central porque va más allá de la estrictez de las medidas que se discuten; tiene que ver con la forma en que los pueblos indígenas y el Estado ven a su contraparte en el proceso de deliberación. Si se considera el principio de buena fe tal como está recogido por nues-

10 “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Convenio 169, art. 6.2 (el destacado es nuestro).

11 No se está haciendo referencia a la *capacidad legal*, porque ella debe asumirse en el marco de instituciones estatales y respecto de los pueblos indígenas la prescripción es precisamente que se trate de “instituciones representativas”. Respecto de la causa como elemento de los actos jurídicos, la motivación para adoptar medidas estatales es incuestionable y, del mismo modo, el interés de los indígenas por participar justifica la adopción de este tipo de instrumentos normativos. Ello además porque, como bien saben los estudiosos de la teoría del acto jurídico, se trata de un tema que confunde más que aclara las posturas.

12 El artículo 1.546 dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

13 Para el caso chileno, ver Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003.

tra legislación (de derecho privado, pero haciéndola extensiva a este ámbito propio del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional), entonces podemos decir que emana de la naturaleza de la obligación que el Estado actúe de buena fe. A ello debe agregarse que, como se ha planteado, este se sirvió del sistema jurídico para subordinar a los indígenas, todo lo cual articula un deber de reparar los daños provocados, deber que ha de manifestarse en los procesos de consulta. Siguiendo con la lógica de derecho privado, habría en este argumento el juego de dos principios fundamentales del derecho: por una parte, el principio de buena fe, y por el otro, el principio de responsabilidad. No se trata, como resulta obvio, de dos partes que están en la misma situación jurídica: una de ellas ha ofendido a la otra y tal ofensa, por un lado, motiva las circunstancias del diálogo y, por otro, debe tenerse en cuenta al momento de ponderar las razones que se esgrimen. En este sentido, si bien la buena fe no es contingente, sino un elemento necesario de las relaciones jurídicas, ella depende mucho en estos casos de las circunstancias del proceso de consulta y de las características propias del pueblo interesado y del Estado implicado, cuestión que se conecta estrechamente con el requisito siguiente.

1.1.4. La consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados

Para que la consulta cumpla los estándares internacionales, debe efectuarse mediante procedimientos que *efectivamente* permitan a los pueblos indígenas manifestar sus pareceres. El Convenio, desde luego, no define cuáles son los procedimientos adecuados, lo que obliga a los Estados a dictar disposiciones de derecho interno que materialicen esta exigencia (y las demás). Un comité tripartito de la OIT ha establecido que “[n]o hay un modelo único de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas”.¹⁴

En este mismo sentido, el artículo 12 del Convenio dispone que los Estados deben adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”. Cuando se trata del aspecto medular del Convenio, como es el derecho a la consulta previa, esta obligación que pesa sobre los Estados es crítica. Si una parte no comprende cabalmente los aspectos que se discuten en el seno del procedimiento de consulta, no puede predicarse que el proceso satisface los estándares que vinculan al Estado.

¹⁴ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42, citado en “Informe Anaya”, p. 7.

Es claro, en esta línea, que si se trata de un pueblo emplazado en áreas rurales, con difícil acceso a comunicaciones, un Estado no puede contentarse con realizar una consulta si para ello efectúa convocatorias por Internet, o bien en lugares urbanos donde se asume que las personas podrán llegar aunque en la práctica no sea así.

1.1.5. La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas

Uno de los elementos clave de la implementación de la normativa sobre consulta previa es que se lleve adelante con aquellos grupos o personas que representen realmente el parecer de los integrantes de uno o más pueblos indígenas. Y, tal como lo han observado órganos internacionales, no le corresponde al Estado determinar quiénes son tales personas (o grupos), sino a los indígenas, mediante sus propios procedimientos internos de toma de decisiones.¹⁵

Son numerosos los casos en que, aun actuando de buena fe, el Estado no ha dado reconocimiento a las estructuras tradicionales de liderazgo y autoridad indígenas, extendiendo a sus pueblos las estructuras jurídicas “comunes”, lo que ha generado fricciones al interior del propio pueblo. La ley indígena chilena de comienzos de la década de los noventa es un buen ejemplo de ello, pues no establece derechos a favor de “pueblos” sino de comunidades, asociaciones e individuos indígenas, utilizando además la expresión “etnias”, la que de acuerdo con el derecho internacional es inadecuada.

En tanto son los indígenas los llamados a determinar quiénes son sus representantes, es importante que el Estado arbitre los medios para que puedan determinar libremente esa representación y para que, una vez iniciada la consulta, se asegure a los interesados que las decisiones que adopten sus representantes tengan la legitimidad necesaria para valer como voluntad del pueblo que ha de comparecer a la consulta.

En este ámbito es posible advertir tensiones –posibles o reales– entre las tradiciones indígenas y los valores que promueve el derecho internacional de los derechos humanos. El Relator Especial James Anaya ha señalado que los criterios mínimos de representatividad deben establecerse “conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación [y, en consecuencia], deben responder a una pluralidad de perspectivas

¹⁵ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párr. 109: “[E]l Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”. En el mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en que sostuvo que “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta”. Corte IDH, interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 18.

identitarias, geográficas y de género”.¹⁶ No son pocos los pueblos indígenas cuyas tradiciones –por ejemplo, para determinar liderazgos– están en tensión con principios como el de no discriminación que, entre otras cosas, proscribía la exclusión de las mujeres de los procesos de toma de decisiones o reconoce a las personas menores de dieciocho años el derecho a ser oídas y, de esa manera, a influir en la adopción de decisiones. No se ha resuelto la manera en que los operadores jurídicos deben abordar estos principios, que bien pueden colisionar en estas circunstancias, aunque el Convenio adelanta una solución al prescribir el “goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía” para todos los indígenas, sin que pueda “sufrir[se] menoscabo alguno como consecuencia de (...) medidas especiales” (art. 4.3).¹⁷ Si bien no es esta la materia del capítulo, es un aspecto crítico que amerita la atención de la academia.

1.1.6. El objetivo de la consulta es llegar a acuerdo o lograr el consentimiento

Uno de los aspectos fundamentales de la consulta previa a los pueblos indígenas es que tiene un fin claramente establecido por el Convenio 169: llegar a acuerdo u obtener el consentimiento acerca de las medidas propuestas. No está diseñada para *informar* a los indígenas de las medidas administrativas o legislativas que se quieran adoptar, o solo para *recabar* sus opiniones. La consulta, llevada adelante de buena fe y cumpliendo con los demás requisitos contemplados en el artículo 6 del Convenio, busca sentar las bases para la deliberación en un marco de confianza mutua, respeto por las opiniones, tradiciones y posiciones del otro para, con todo ello como telón de fondo, buscar el acuerdo o consentimiento.

Dado que el objetivo de los procesos de consulta es el cumplimiento de metas –en eso consiste el acuerdo o consentimiento–, debe mirarse con desconfianza el establecimiento de plazos para que se lleven adelante las consultas. Desde luego, no es conveniente que la consulta se eternice, pero en tanto debe realizarse por medio de procedimientos *adecuados* a las realidades de los pueblos interesados, el Estado ha de rehuir la premura en los procesos. Es el procedimiento lo que dará (o quitará) valor al resultado, por lo que debe cuidarse que sea impecable,

¹⁶ “Informe Anaya”, p. 8.

¹⁷ Estos son casos en que la distinción de Will Kymlicka entre “protecciones externas” y “restricciones internas” cobra sentido. De acuerdo con el filósofo canadiense, los Estados liberales deben procurar mecanismos para los grupos culturalmente diferentes que los protejan de posibles intervenciones desde afuera del grupo y, de ese modo, asegurar su posibilidad de desarrollo y el mantenimiento de sus tradiciones y costumbres. Ahora bien, según argumenta Kymlicka, lo anterior debe separarse de las restricciones internas, esto es, de posibles opresiones que el grupo cultural, gracias a que goza de espacios de autonomía política (protecciones externas), pueda ejercer sobre sus miembros individuales. Aquí, dice Kymlicka, principios del derecho liberal como el principio de no discriminación se tornan clave para atajar esas posibles intromisiones ilegítimas. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 35-44.

de modo que la decisión final, aun cuando no satisfaga del todo a los intervinientes, no sea impugnada por falta de (o indebida) consulta.

En síntesis, un proceso no debe conducirse como si su objetivo fuera únicamente notificar ciertas decisiones (adoptadas o por adoptarse). Ello es contrario al sentido y fin del Convenio 169 y ese incumplimiento puede acarrear sanciones jurídicas, tanto internas como internacionales, además de quitar legitimidad a las decisiones estatales, con la consecuente tensión y conflictividad social que es posible apreciar en muchos países.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE

Se ha señalado, con razón, que los estándares internacionales sobre el derecho a ser consultados previamente se caracterizan por su dispersión. Se encuentran en instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, así como en normas que no tienen la calidad propiamente de derecho, sino que más bien corresponden a directrices u orientaciones dispuestas para el otorgamiento de créditos por parte de instituciones multilaterales.¹⁸

Así, estos estándares se encuentran recogidos en tratados internacionales plenamente vinculantes, como es el caso del Convenio 169, y en declaraciones como la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que si bien tiene estándares sustantivamente más altos (por ejemplo, se “mejora” el estándar de la consulta con el de consentimiento pleno, libre e informado y se reconoce el derecho de autodeterminación), por su naturaleza jurídica se sitúa en un plano de menor obligatoriedad hacia los Estados en comparación con los convenios.

También están plasmados en la jurisprudencia de órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en numerosos casos de la última década ha ido abriendo espacios normativos para el derecho de consulta previa; en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de Expertos de la OIT (a la que le corresponde elaborar recomendaciones y solicitudes de información individual a países), y también de funcionarios especializados, como el Relator Especial de la ONU para los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Todo ello en el contexto de una creciente aplicación de estos estándares en los tribunales locales, especialmente en América Latina.¹⁹

¹⁸ Meghan Morris, César Rodríguez, Natalia Orduz y Paula Buriticá, “La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional”, Bogotá, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Documento 2, 2010, pp. 11-13.

¹⁹ Ver Christian Courtis, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, *Sur: Revista internacional de derechos humanos* 6(10), 2009, pp. 53-81, y Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), “Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina”, 2009.

El propósito de este trabajo es mostrar las posibilidades de implementación del derecho de consulta previa en Chile, razón por la cual en las páginas siguientes se explorará la manera en que este derecho se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y las aplicaciones que por vía de jurisprudencia ha hecho el Estado. A partir de ello emergerán algunos problemas y desafíos dogmáticos, a los que se intentará dar pautas de solución.

2.1. Regulación constitucional de la consulta previa

A diferencia de otros países de América Latina,²⁰ no hay disposición constitucional en Chile que dé reconocimiento a los pueblos indígenas y/o a sus derechos de modo expreso. Cuando en 1989 los pueblos indígenas celebraron un acuerdo (“acuerdo de Nueva Imperial”) con el entonces candidato a la Presidencia Patricio Aylwin, la primera de las demandas era precisamente el reconocimiento constitucional “y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”.²¹ Aunque puede discutirse si esa es la demanda más “sentida” de algunos pueblos indígenas hoy,²² el reconocimiento constitucional supone el establecimiento de ciertas categorías jurídicas reconocidas por el derecho internacional que son relevantes para los problemas que, según la encuesta del CEP citada en nota, tienen mayor prioridad para ellos. Así, por ejemplo, podría argumentarse que para el Estado resulta difícil asumir de manera genuina la “recuperación de tierras ancestrales” como una demanda indígena sin antes reconocerles el carácter de “pueblos”, y con ello la titularidad de derechos colectivos.²³

Lo anterior no está exento de complejidades. Según el derecho internacional de los derechos humanos, al establecer derechos en favor de indígenas lo correcto es utilizar la expresión (jurídica) “pueblos”, que en principio no se usa en el sentido de los Estados-nación que dan origen al derecho internacional –tal como dispone el artículo 1.3 del Convenio– y que ha superado expresiones anteriores como “etnias” o “poblaciones”.²⁴

20 Así, por ejemplo, las constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y México, entre otras.

21 “Acta de compromiso entre representantes de organizaciones indígenas mapuches, huilliches, aimaras y rapa nui y el candidato a la Presidencia de la República Patricio Aylwin, adoptada en Nueva Imperial”, 1 de diciembre de 1989.

22 En 2006, el Centro de Estudios Públicos publicó una encuesta sobre realidad mapuche (urbana y rural) en la que aparece que los temas principales que el Estado debiera atender, según los mapuche, son la recuperación de las tierras ancestrales (35%), la pobreza (34%) y la educación (30%). El 19% de los encuestados afirma que el reconocimiento constitucional es uno de los temas centrales. CEP, “Los mapuche rurales y urbanos hoy: Datos de una encuesta”, 2006.

23 James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 144-149.

24 El título del Convenio 107 de la OIT (de 1957), cuya revisión motivó la adopción del Convenio 169, era precisamente “relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes” (el destacado es nuestro). En Chile, cuando se discutió el proyecto de ley que se convertiría en la ley indígena de 1993, se dejó constancia expresa de que se evitaba usar la expresión “pueblo” (la correcta según los estándares internacionales) tomando en cambio la de “etnias o poblaciones indígenas”.

Sin embargo, para parte de la doctrina nacional, el empleo de esta categoría –y de las consecuencias jurídicas que de ella se derivan– es cuestionable. Lucas Sierra sostiene que el reconocimiento constitucional de pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos implicaría la posibilidad de coaccionar a los individuos que forman parte de dichos pueblos. Con ello, señala, se generarían tensiones políticas, inamovilidad de bienes y, en definitiva, se abandonarían la “fina y sutil” técnica de los derechos subjetivos. En contra de lo que postula el derecho internacional de los derechos humanos, Sierra piensa que las nociones de “derechos” y “colectivos” son “refractarias entre sí”.²⁵ En una línea argumentativa similar, Sebastián Donoso –quien fuera el encargado de implementar la política indígena en el primer año y medio del gobierno de Sebastián Piñera– considera que, al incorporar la visión de derechos colectivos, el Convenio 169 “nos aparta de una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales, por una parte, y por otra, entraña el riesgo de desatender o restar énfasis a la satisfacción de los derechos individuales de los indígenas”.²⁶ Ambos autores esbozaban sus preocupaciones *antes* de que el Convenio fuera ratificado por Chile; hoy, estas aprehensiones deben ser leídas con distancia, ya que la ratificación del tratado es un hecho y, como lo ha señalado el propio Sierra, ya tomada la decisión de adherir a este tratado, “lo que ahora cabe [es] entender el Convenio 169 de una manera que reduzca lo más posible la posibilidad de [riesgos institucionales]”.²⁷

El Tribunal Constitucional (TC), que en dos ocasiones se ha pronunciado sobre la compatibilidad de normas del Convenio con la Constitución,²⁸ emitió su propia consideración respecto de la voz “pueblos”, presente en el tratado internacional. En opinión del TC, el concepto de “pueblos indígenas” corresponde a

un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tiene y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley Supre-

Ver Andrés Fernández y Cristhian de la Piedra, “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias”, *Estudios Públicos* 121 (verano de 2011), p. 84.

²⁵ Lucas Sierra, “La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo”, *Estudios Públicos* 92 (primavera de 2003), pp. 19-27.

²⁶ Sebastián Donoso, “Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro”, Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, serie N° 16, abril de 2008, p. 11.

²⁷ Lucas Sierra, “Simposio: Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, *Anuario de derechos humanos 2010*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, p. 54.

²⁸ Sentencias del 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y del 3 de abril de 2008 (Rol 1.050).

ma del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.²⁹

En la definición del TC se observan elementos que refuerzan una idea que a muchos les produce enorme preocupación: la autodeterminación como derecho que los pueblos indígenas reclaman y que, en todo caso, no está presente en el Convenio 169, aunque sí lo está de manera expresa en la Declaración Universal de 2007. No es objeto de este artículo ahondar en las implicaciones normativas de la autodeterminación en el ámbito de los derechos colectivos; baste señalar que para muchos es un elemento central en el reconocimiento de tales derechos a *pueblos* en lugar de individuos.³⁰

En la sentencia citada, el TC no solo articuló una definición de “pueblos indígenas”, sino que además introdujo la distinción entre normas autoejecutables y normas no autoejecutables, dotando a las normas sobre consulta y participación del Convenio –esto es, los artículos 6 y 7– del primer carácter. Pero la diferenciación hecha por el Tribunal es equívoca. En doctrina se entiende que las normas autoejecutables son aquellas cuya especificidad es tal que no requieren de mecanismos de derecho interno para ser aplicadas por los Estados. En cambio, por su vaguedad o porque las obligaciones que emanan del instrumento no son fáciles de determinar para un órgano de adjudicación, las normas no autoejecutables requieren de cierta ayuda de la normativa interna para ser plenamente aplicables. Pero en este fallo el TC parece haber confundido nociones porque, no obstante hacer suyas las definiciones anteriores,³¹ señala que las normas sobre consulta (y participación) del Convenio corresponden a la primera categoría.

Es cuestionable que la norma del artículo 6, que establece la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas, tenga un grado de especificidad tal que permita a un operador interno aplicarla sin más. El cuestionamiento radica en una confusión de nociones, a mi juicio, puesto que no es necesario predicar la autoejecutabilidad de una norma internacional para dotarla de validez en el ámbito interno. Las normas de un tratado internacional son válidas en la esfera nacional porque los órganos con competencia para concurrir a la adhesión del Estado a ese tratado actúan conforme a lo prescrito por la Constitución

29 Sentencia del 4 de agosto de 2000 (Rol 309), considerando 44.

30 En este sentido, ver James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

31 STC, Rol 309/2000, considerando 48: las normas autoejecutables “son las que tienen el contenido y precisión necesari[o]s que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”, mientras que las normas no autoejecutables “son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno”.

y, por lo tanto, comprometen la voluntad del Estado. Es lo que hacen el Presidente, actuando como jefe de Estado, y el Congreso Nacional. Pero de ello no se sigue que, respecto de tratados que contienen normas que requieren especificidad ulterior, afirmar que no son autoejecutables importe quitarles validez a las obligaciones que contienen.

La norma del artículo 6 del Convenio 169 vale en el ámbito interno porque forma parte de un tratado internacional que ha sido ratificado por Chile, de acuerdo con los procedimientos constitucionales contemplados expresamente para ello. En un paso posterior, esta norma, en tanto forma parte de un tratado que contiene derechos fundamentales que se asignan a un sujeto particular –los “pueblos interesados”–, es de aquellas que caen bajo la cláusula del artículo 5, inciso 2, de la Constitución, vale decir, normas que limitan el ejercicio de la soberanía. En otras palabras, es una norma que forma parte de un tratado internacional sobre derechos humanos.³² Tal es, por lo demás, la opinión de órganos internacionales de protección de derechos humanos, que utilizan el Convenio para complementar interpretaciones con la de tratados base sobre derechos humanos, como acontece con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³

2.2. Regulación infraconstitucional de la consulta previa³⁴

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169, la regulación sobre cuestiones indígenas en Chile reposaba en la ley indígena de 1993. A pocos días de entrar en vigencia el Convenio, el gobierno de Michelle Bachelet publicó un decreto supremo que reglamentaba la norma sobre participación de dicha ley.³⁵ El objeto era regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, reconociendo que las normas del Convenio 169 que se refieren a estas materias tendrían vigencia inmediata, pero que de todos modos necesitaban de articulación interna para su aplicación.

³² Algunos autores piensan que las normas del Convenio 169 no serían un tratado de derechos humanos, o bien, que aún no se ha demostrado que así sea. En el primer sentido, ver José Miguel Valdivia, “Alcances jurídicos del Convenio 169”, *Estudios Públicos* 121 (verano de 2011), p. 47, y Rodrigo Correa, “Informe sobre constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la OIT”, 2002, p. 2, citado por Santiago Montt y Manuel Matta, “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos* 121 (verano de 2011), p. 171. En el segundo sentido, ver Lucas Sierra, “Simposio: Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, *Anuario de derechos humanos 2010*, Universidad de Chile, p. 54. Una opinión en contra, esto es, que considera que el Convenio 169 sí es un tratado sobre derechos humanos, es la de Santiago Montt y Manuel Matta en el artículo citado.

³³ Casos *Awas Tingni* (2001), *Saramaka* (2007) y *Xákmok Kásek* (2010).

³⁴ Esta sección y la siguiente están basadas, con modificaciones, en el trabajo previo de Jorge Contesse y Domingo Lovera, “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento”, *Anuario de derecho público 2011*, Universidad Diego Portales, pp. 127-151.

³⁵ Ministerio de Planificación, Decreto Supremo 124, publicado el 25 de septiembre de 2009.

Lo cierto es que el decreto supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y de la participación tal como están prescritas en el Convenio. Ya desde la definición de la consulta surgen problemas. Como se explicó, el Convenio dispone la obligación de los gobiernos de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, mientras que el decreto chileno dispone que la consulta es “el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados (...) en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas”.³⁶

En una misma frase, la reglamentación chilena señala que la consulta se hace “a través de los sistemas que este reglamento diseña” y “mediante un procedimiento adecuado y en particular a través de sus instituciones representativas”, siguiendo la fraseología del tratado internacional. El problema es que, en detalle, lo que las disposiciones reglamentarias diseñan es un sistema de consulta que establece una serie de restricciones a su ámbito de aplicación.

2.2.1. Definición de consulta

El decreto supremo entiende por consulta el “procedimiento a través del cual los pueblos indígenas (...) pueden expresar su opinión”. Como se ha visto, desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa. En opinión del Relator Especial James Anaya, este mecanismo lleva adelante “negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”.³⁷ Es decir, la obligación que pesa sobre el Estado de consultar a un pueblo indígena no se satisface por el solo hecho de escucharlo; sin embargo, según la regulación administrativa chilena, esa posibilidad es plenamente admisible.

³⁶ Art. 2.

³⁷ Naciones Unidas, “Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas”, capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, septiembre de 2009, punto 41.

2.2.2. Ámbito de aplicación

El Convenio 169 no distingue las materias que deben ser sometidas a consulta. Su letra es clara: se debe consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. El decreto, en cambio, prescribe que la consulta procede respecto de “determinadas medidas”. En este sentido, si el Convenio no distingue, no le es lícito al Estado de Chile hacerlo sin que al menos esgrima una razón poderosa para ello, pero no lo hace.

Se señala además que las medidas administrativas que pueden consultarse son “las nuevas políticas, planes y programas (...) elaborad[os] por los órganos de la administración del Estado”. Si bien el estándar de “medidas” es el que se ocupa en el Convenio, se lo interpreta de manera restrictiva, como se ve en la implementación jurisdiccional del Convenio cuando, como se verá, una Comisión Regional del Medio Ambiente entiende que un acto administrativo –la medida administrativa por excelencia– no debe ser sometido a consulta.

Respecto de las medidas legislativas, el mismo artículo dispone que “son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley”. Ello también reduce el ámbito de aplicación sin fundamento. El Convenio no establece que solo las ideas matrices de una medida legislativa deban ser objeto de la consulta; el objetivo es que la opinión de los pueblos indígenas sea considerada, ponderada y pueda influir en el proceso de toma de decisiones públicas. Por eso, limitar la consulta en el proceso legislativo a ideas matrices de un proyecto puede significar en la práctica que la consulta no se lleve adelante como prescriben los estándares internacionales.

El decreto supremo 124 dispone, además, que el procedimiento de consulta debe ser aplicado por una serie de organismos del Estado, entre los que se incluyen ministerios, intendencias, gobiernos regionales y servicios públicos (art. 4). Sin embargo, se excluye a los órganos administrativos que más interacción tienen con comunidades y pueblos indígenas: las municipalidades. En efecto, se dispone que estas “podrán someterse a las normas en él establecidas, si lo estiman pertinente” (artículo 4; el destacado es nuestro), pero el Convenio no hace distinción: se *debe* consultar *cada vez* que se prevean medidas que puedan afectar a un pueblo indígena y, como es evidente, los municipios permanentemente lidian con cuestiones que inciden e interesan a los pueblos indígenas. Su exclusión del ámbito de la consulta es injustificada.

Pero no solo las municipalidades quedan fuera del ámbito de aplicación del decreto supremo, sino también una materia altamente sensible para la protección de los derechos de los pueblos indígenas: los proyectos de inversión. Se sabe que los efectos de los proyectos de inversión y desarrollo en las tierras y costumbres indígenas suscitan gran parte de los problemas entre estos pueblos y el Estado (y los privados). El

decreto no incluye tales proyectos dentro de las materias que pueden ser consultadas, pues dispone que “los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena (...) serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales” (art. 9). Ahora bien, las leyes sectoriales chilenas –tales como el Código de Minería, el Código de Aguas y la ley eléctrica, entre otros cuerpos normativos– se caracterizan por *no* tener normas sobre consulta o participación. Es la ley de bases del medio ambiente la que contiene normas sobre participación ciudadana, pero es discutible que se trate de una ley sectorial en tanto fija las bases generales en materia ambiental, y por otra parte, su procedimiento de participación es muy restrictivo.³⁸ Efectivamente, las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental han limitado, antes que favorecido, la consulta a pueblos indígenas.³⁹

A pesar de que la regla general es que los proyectos de inversión quedan excluidos del ámbito de la consulta, el decreto supremo contempla la posibilidad de que la autoridad aplique de todos modos las normas sobre consulta. La inobservancia del Convenio radica en que por un lado ello es facultativo, mientras que el estándar internacional es que cada vez que se debata una medida se debe consultar a los interesados, y por otro, que el decreto fija un plazo que en el Convenio no figura: si se decidiera aplicar el procedimiento que fija el DS 124, el proceso de consulta debe quedar “concluido en un plazo máximo de noventa días”, y ni siquiera contado desde la última gestión que se haga, sino desde “la primera presentación que se haga relativa al proyecto” (artículo 5). La práctica comparada demuestra que los procesos de consulta dependen de muchas variables; por ello, el Convenio no fija plazos y, en cualquier caso, no es sensato disponer de lapsos tan cortos como los que ideó la autoridad administrativa chilena.

Aun si, como lo establece el decreto, la autoridad quisiera iniciar un procedimiento de consulta, el tenor de la reglamentación es claro respecto a su finalidad: no impedir que la medida se adopte de todas formas. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 la finalidad de la consulta es “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas, lo que implica la voluntad de efectuar las adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias y pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida la realización de aquellas”.

Como se observa, se trata de una reglamentación de dudosa constitucionalidad, que desatiende obligaciones internacionales sin que siquiera haya un acto del Parlamento de por medio y que, por lo mis-

³⁸ Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos, 2009, pp. 390-405.

³⁹ Ver Jorge Contesse y Domingo Lovera, *op. cit.*

mo, en sus casi dos años de vigencia ha sido objeto de reparos por la academia, los propios indígenas y hasta organismos internacionales.

2.3. Jurisprudencia sobre el Convenio 169

En el tiempo que lleva de vigencia en Chile el Convenio 169, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional. En las Cortes de Apelaciones se aprecia una mayor tendencia a dar lugar a las normas del Convenio, incluso por sobre las normas internas, como obliga el derecho internacional público, en tanto no es posible aducir normas internas para incumplir con lo dispuesto por un tratado internacional.⁴⁰ Sin embargo, al llegar a la Corte Suprema, en general las argumentaciones basadas en el Convenio 169 se deshacen. Son pocos los casos en que el máximo tribunal articula una jurisprudencia que atiende las obligaciones de Chile y sitúa al Estado en la senda del cumplimiento de sus compromisos internacionales.

En esta sección se revisan sentencias que han resuelto situaciones en que los recurrentes se han valido del Convenio 169, para ver la manera en que la regulación del derecho de consulta –en los niveles constitucional, legal y reglamentario– incide en la comprensión que los tribunales tienen del mismo, y a partir de esta consideración sugerir líneas de acción.

2.3.1. Caso de la machi Francisca Linconao

Al día siguiente de que se publicara en el *Diario Oficial* el Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco daba inicio a lo que sería una tendencia de las cortes de alzada del sur del país: utilizar el tratado internacional para interpretar las normas nacionales, así como para resolver disputas entre comunidades indígenas y autoridades administrativas y particulares.

El primer caso es el de la machi Francisca Linconao Huircapán, quien interpuso un recurso de protección en contra de la sociedad Palermo Ltda. que impugnaba la tala de árboles en un sector aldeaño a manantiales que para la cultura indígena representan lugares sagrados, y a una distancia no autorizada por las leyes nacionales. Del mismo modo, se objetó que la empresa plantara especies exóticas porque ello alteraba el medio ambiente en el cual la recurrente, como machi, recogía plantas medicinales.

El caso es de interés porque la Corte de Apelaciones cita diversas fuentes para justificar la validez del derecho a vivir en un medio am-

⁴⁰ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

biente libre de contaminación, incluyendo aspectos relativos a la cultura y cosmovisión de un pueblo indígena, en esta ocasión el pueblo mapuche. A pesar de que al momento de conocer la causa el Convenio 169 no entraba aún en vigencia, la Corte, razonando de buena fe, lo trajo a colación para una mejor comprensión del asunto:

[E] que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional...⁴¹

De esta manera, en conjunto con una serie de fuentes doctrinales, así como de otros tratados internacionales, además de las normas nacionales sobre tala y manejo de árboles, la Corte de Apelaciones de Temuco ordenó a la empresa abstenerse de talar árboles dentro de un perímetro determinado. La sentencia fue confirmada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, aunque los ministros Pierry y Araneda estuvieron por eliminar toda referencia a la doctrina y tratados internacionales, dando luces de la que sería su línea jurisprudencial en lo sucesivo.

2.3.2. Caso Lof Palguín

En enero de 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección interpuesto por dos comunidades mapuche que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, que calificó favorablemente un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín, cerca de Villarrica.

La Corte de Temuco, que dio plena vigencia a las normas sobre consulta, sacó a colación los fallos del Tribunal Constitucional que declararon los artículos 6 y 7 como autoejecutables,⁴² esto es, que no requerían de desarrollo normativo, cuestionando con ello el Decreto Supremo 124 por contravenir lo estipulado en el Convenio 169. La Corte entendió que los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales aduciendo su derecho interno, en este caso un decreto supremo.⁴³ En consecuencia, la Corte dispuso que la resolución de ca-

⁴¹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.773-2008, sentencia del 16 de septiembre de 2009, considerando 10.

⁴² Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, sentencia del 4 de agosto de 2000, y Rol 1.050-2008, sentencia del 3 de abril de 2008.

⁴³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 7: "... citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno".

lificación ambiental quedaba sin efecto, pues no se había consultado a los pueblos indígenas. Además, interpretó que un acto administrativo –en este caso, una resolución de calificación ambiental– es una medida administrativa de aquellas que el Convenio obliga consultar.⁴⁴

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia. El argumento del máximo tribunal fue que la consulta a los pueblos indígenas está sujeta a las normas sobre participación ambiental de la legislación chilena, y por lo tanto no era necesaria la consulta, pues se trataba de una Declaración de Impacto Ambiental, no de un Estudio de Impacto Ambiental (las primeras no contemplan espacios de participación ciudadana, mientras que los segundos sí).⁴⁵

Este razonamiento, que se va asentando en la jurisprudencia, es problemático porque subordina lo dispuesto por un tratado internacional a la normativa chilena, lo que atenta contra el derecho de los tratados y expone a Chile a verse apuntado como un país que no cumple con los compromisos internacionales.

2.3.3. Comunidad Pepiukëlen

La comunidad Pepiukëlen, ubicada en el sector de Pargua, Región de Los Lagos, ha librado diversas batallas judiciales en tribunales chilenos e internacionales por los conflictos con la empresa pesquera Los Fjordos, perteneciente al consorcio Agrosuper.⁴⁶

Un nuevo conflicto surgió cuando, en febrero de 2010, la empresa inició la construcción de una piscina de contención con el fin de almacenar aguas contaminadas a no más de tres metros del sitio donde vive la comunidad afectada y a tan solo cincuenta metros, aproximadamente, del lugar donde realiza sus actividades espirituales y culturales. En razón de dichas afectaciones a sus derechos, entre los que se cuenta el derecho a ser consultados, la comunidad mapuche interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conforme a lo establecido en el Convenio 169. La Comisión Regional del Medio Ambiente, demandada en el recurso, señaló que Los Fjordos actuaba bajo las normas establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental a las que fue sometido el proyecto, por lo que cualquier

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 9.

⁴⁵ Corte Suprema, Rol 1.525-2010, sentencia del 17 de mayo de 2010. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 19.300, los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental requerirán un Estudio de Impacto Ambiental en ciertas hipótesis que en él se indican. En los demás casos, el proceso de evaluación se debe iniciar vía Declaración de Impacto Ambiental. La diferencia entre ambos procesos, a efectos de lo que acá discutimos, es que los estudios gatillan etapas de participación ciudadana, mientras que las declaraciones no. Sin embargo, esas formas de participación han sido objeto de críticas. Ver, por ejemplo, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 385-415.

⁴⁶ Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, pp. 428-434.

cambio que no fuera de consideración no necesitaba ser ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Y que, por lo mismo, el requisito de la consulta previa no se aplicaba en este caso.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso interpuesto por la comunidad indígena. Aunque sin explicitarlo, la sentencia se hace cargo de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso *Palguín*, argumentando que el derecho de participación consagrado en la legislación ambiental es diferente del derecho de consulta y participación contenidos en el Convenio 169 y que, por lo mismo, no corresponde supeditar las normas del Convenio al derecho interno chileno, esto es, no puede entenderse cumplido el deber de consulta –que emana de una norma internacional– con la legislación ambiental, que además contempla un proceso participativo débil. En palabras de la Corte:

... ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N^o 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional chileno, es autoejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no solo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.⁴⁷

Esta sentencia señala además que con la entrada en vigencia del Convenio se altera el entendimiento que se tenía de lo que corresponde a territorio indígena. Se dice expresamente que “el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N^o 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en [la ley indígena] y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.⁴⁸ En este caso, se observa cómo un tribunal se sirve de los estándares internacionales para ilustrar e interpretar de manera más favorable los derechos de los pueblos indígenas respecto de la legislación chilena.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36-2010, sentencia del 27 de julio de 2010, considerando 9.

⁴⁸ *Id.*, considerando 10.

Basada en estos argumentos, la Corte de Apelaciones falló a favor de la comunidad Pepiukëlen, pero si bien en la Corte Suprema se confirmó la sentencia en lo que respecta al deber de la empresa de abstenerse de continuar con las faenas destinadas a desviar las aguas de su planta industrial, el voto de mayoría –redactado, al igual que en el caso *Palguín*, por el ministro Pedro Pierry– eliminó toda referencia al Convenio 169. De esta manera, la Corte Suprema hizo desaparecer las obligaciones que emanan de este tratado internacional, restándole valor normativo y, como se ha dicho, desatendiendo los compromisos internacionales de Chile.⁴⁹ Solo el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz denota una comprensión de que las normas sobre consulta del Convenio 169 sí tienen aplicación, aunque sea en conjunto con las disposiciones del derecho chileno; en cualquier caso, no es posible no aplicarlas.

2.3.4. Comunidad Puquiñe

En agosto de 2010, la Corte de Apelaciones de Valdivia dio lugar a una reclamación judicial que impugnó la calificación ambiental favorable de la Comisión Regional del Medio Ambiente a un proyecto que contemplaba la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos para las comunas de Lanco y Panguipulli, antes de su disposición final en un relleno sanitario. Esta se hizo sin la debida consulta a las comunidades indígenas afectadas, por lo cual la Corte declaró sin efecto la calificación ambiental, dando aplicación no solo al Convenio 169, sino también a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y al Convenio sobre la Diversidad Biológica.⁵⁰

Según consta en la sentencia, los demandantes aducían que “el proyecto está emplazado en un sector denominado Lof Kilche, sector que para los mapuches es reconocido como centro del *kimun* (sabiduría); [que] en sectores aledaños al proyecto se ubican ocho comunidades con un total de 261 familias que se dedican a la agricultura familiar y ganadería, producen leña y miel y algunos campesinos tienen convenios con INDAP; [que] existen proyectos de desarrollo en el futuro con fines turísticos y para venta de productos locales, por lo que se debió considerar la opinión de estas comunidades indígenas y se debió realizar un estudio de impacto ambiental y se vulneró, además, el deber de consulta a que se refiere el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.⁵¹

Los consejeros regionales, agrega la sentencia, no realizaron la consulta a las comunidades potencialmente afectadas, mientras que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) advirtió expre-

⁴⁹ Corte Suprema, Rol 5.757-2010, sentencia del 15 de septiembre de 2010.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, sentencia del 4 de agosto de 2010.

⁵¹ Íd., considerando 1.

samente que se debían aplicar las normas sobre consulta contenidas en el Convenio 169. Más aun, tres concejales de la comuna de Lanco hicieron presente al intendente de la Región de Los Ríos que la omisión de la consulta contravenía normas legales tanto nacionales como internacionales, y que la eventual instalación del relleno afectaría a viviendas emplazadas en una zona mapuche.⁵²

El caso versa sobre la falta de consulta a las comunidades afectadas como causa de situaciones de discriminación ambiental en contra de indígenas. En efecto, junto con la vulneración de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a su integridad síquica y física, los recurrentes alegaban la afectación del derecho de igualdad ante la ley. Sin embargo, la Corte señaló no divisar “cómo se habría afectado tal garantía, ya que (...) no se ha privilegiado a persona o grupo humano en especial, en perjuicio de otro”.⁵³ Lo que el tribunal no advierte es que, a pesar de la ausencia de manifiesto privilegio para alguien, sí se perjudica a un grupo que, por lo demás, suele ser objeto de discriminación ambiental, esto es, que suele soportar cargas ambientales –como la instalación de un vertedero en lugares próximos a sus hogares– de manera desproporcionada en comparación con otros grupos o individuos.

La Corte de Valdivia entiende que, dada la magnitud del impacto de este proyecto, “debió haber existido un Estudio de Impacto Ambiental”.⁵⁴ Y, al referirse a la manera en que los estándares internacionales interactúan con las normas jurídicas chilenas, sostuvo que “no cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a ‘mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma’”.⁵⁵

Esta es una interesante aplicación de un instrumento que, si bien obliga a Chile, tiene un valor normativo diferente al del Convenio 169. La Corte lo utiliza como criterio para interpretar las demás normas que se aplican al caso, especialmente aquellas sobre consulta previa, en atención a las cuales la resolución que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental quedó sin efecto.⁵⁶

52 *Id.*, considerando 3.

53 *Id.*, considerando 6.

54 *Id.*, considerando 4.

55 *Id.*

56 La sentencia fue adoptada con el voto en contra de un ministro, quien estuvo por rechazar el recurso argumentando la falta de pruebas para acreditar la afectación real, no potencial, de los derechos fundamentales alegados, así como el hecho de que esta no es la vía para impugnar

2.3.5. Comunidad Chilcoco

En otro caso en el que se dio aplicación a las normas sobre consulta del Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Concepción impugnó la tala de árboles sagrados por parte de la Municipalidad de Arauco, que no consultó a las comunidades indígenas del sector del cerro Colo-Colo, declarado monumento nacional.⁵⁷

Según esa municipalidad, el sector donde se hizo la tala presentaba “falta de solidez en sus terrenos y que solo una porción del mismo corresponde a lo declarado como Monumento Histórico”, agregando que “producto del reciente terremoto el cerro sufrió daños consistentes en derrumbes y deslizamientos en sus laderas, cayendo un árbol sobre una camioneta, presentando los vecinos una solicitud en que manifestaban la necesidad urgente de intervenir el lugar, lo que [se] llevó a efecto dada la urgencia de la situación”.⁵⁸ El gobierno comunal reconoció que no se efectuó la consulta a los pueblos indígenas, pero se justificó en la imposibilidad material de llevar adelante la consulta a diez comunidades, “ya que no existe una [organización] de carácter comunal, lo cual, en otras ocasiones, ha originado problemas que han dificultado la reunión de la totalidad [de las organizaciones] y, aun más, lograr acuerdos de consenso con todas ellas”.⁵⁹

Junto con las normas sobre consulta a las que da aplicación, la Corte de Concepción adujo el artículo 13 del Convenio, que dispone el deber de los gobiernos de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁶⁰ Además, desechó el argumento de la municipalidad sobre la celeridad con que debía actuarse y que habría impedido llevar adelante la consulta, en los siguientes términos: “[Q]ue si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado solo el 15 de mayo de 2010 (...), previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados”.⁶¹

De esta manera, la Corte concluyó que se “ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que

una Declaración de Impacto Ambiental, y finalmente, que la resolución de la Corema no puede ser considerada como una de las medidas administrativas que, bajo el Decreto Supremo 124, deben ser objeto de consulta.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289-2010, sentencia del 10 de agosto de 2010.

⁵⁸ Íd., vistos.

⁵⁹ Íd., considerando 8.

⁶⁰ Íd., considerando 7.

⁶¹ Íd., considerando 9.

la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado” su derecho a la integridad física y síquica.⁶²

2.3.6. Caso del ducto Celco

El caso del ducto Celco se originó a propósito de la aprobación por parte de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Los Ríos del “Sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de planta Valdivia”. Después de que la Comisión calificara favorablemente el proyecto, mediante la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, más de una decena de comunidades indígenas presentaron una acción de protección en contra de dicha resolución.⁶³

Los recurrentes reclamaban la infracción al deber de consulta consagrado en el Convenio 169 y que –puesto que el respectivo Estudio de Impacto Ambiental no contempló las variables antropológicas relativas al uso consuetudinario del espacio costero por parte de los pueblos indígenas– no se había considerado el impacto ambiental de afectación relacionado con ese uso.⁶⁴

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia destinó 49 de sus 56 páginas a reiterar los argumentos expuestos por las partes, para terminar rechazando la acción. Para ello, la Corte se preguntó acaso existió ilegalidad o arbitrariedad al omitirse la etapa de consulta. Argumentando que el artículo 34 del Convenio 169 llama a determinar con flexibilidad las medidas que se adopten para darle cumplimiento,⁶⁵ destacó que las normas sobre consulta del tratado son autoejecutables, “pues tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho del país”.⁶⁶

Pese a tal declaración, entendiendo que el Decreto Supremo 124 reglamentó el artículo 34 de la Ley 19.253 con el objeto de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, la Corte agregó:

El mismo Decreto señala en sus consideraciones que “1o) Que se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 N^o 1 letra a) y N^o 2, y 7 N^o 1 oración segunda del Convenio N^o

⁶² Íd., considerando 11.

⁶³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010.

⁶⁴ Íd., vistos.

⁶⁵ Íd., considerando 10.

⁶⁶ Íd.

169; 11) Que, atendido lo anterior, se hace necesario adoptar un mecanismo que regule la consulta y la participación de los pueblos indígenas interesados, estableciendo procedimientos claros, transparentes y sistemáticos, a fin de lograr una adecuada implementación de las respectivas normas del Convenio...”. Como se observa, el 25 de septiembre de 2009, mediante el Decreto en comento, se dio inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y, entonces, se adopta un mecanismo que regula la consulta, mecanismo que ya estaba contemplado en la Ley 19.300, publicada en el Diario oficial el 9 de marzo de 1994, del Ministerio Secretaría de la Presidencia, sobre Bases Generales del Medio Ambiente [esto es, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental].⁶⁷

La Corte de Valdivia llegó a la conclusión de que, al menos en materia de consulta, la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 es, sencillamente, irrelevante. Pues si ya existía el procedimiento de consulta –regulado en la Ley 19.300–, no se aprecia cómo las nuevas disposiciones internacionales podrían tener impacto en la consulta y participación de los pueblos indígenas. De paso, la Corte afirmó que el proceso de consulta nacional para definir los mecanismos de consulta ya se inició, solo descansando en las palabras del decreto referido.

Pero incluso, sigue la Corte de Valdivia, aunque la normativa de bases del medio ambiente satisface los procesos de consulta del Convenio, la verdadera razón de que las exigencias de este tratado no sean aplicables al caso se reduce a una cuestión de fechas: el Estudio de Impacto Ambiental lo presenta la empresa “el [día] 19 de febrero de 2009, [por lo que] no le resultan exigibles, en la forma como se pretende, las normas del reglamento del artículo 34 de la Ley N^o 19.253”⁶⁸ (toda vez que dicho reglamento se dicta en septiembre de ese año), pese a que los recurrentes reclamaban la aplicación del tratado internacional. Recogiendo la argumentación de la recurrida, el tribunal además afirmó que el Estudio de Impacto Ambiental no es del tipo de medidas administrativas que, de acuerdo con el Decreto 124, generan el deber de consulta.⁶⁹

Sobre la ausencia de investigaciones en el borde costero, la Corte fue más sintética y sostuvo que los usos consuetudinarios que reclaman los recurrentes no se encuentran acreditados de conformidad con la Ley 20.249 (que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios), la que pone el procedimiento en manos de la Subsecretaría de Pesca (artículos 7 y ss.).

⁶⁷ Íd., considerando 11.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010, considerando 11. Este considerando luego fue eliminado por la Corte Suprema.

⁶⁹ Íd., considerando 12, que también fue eliminado por la Corte Suprema.

La Corte Suprema ratificó la decisión, recordando la sentencia del TC en que afirma que la consulta no se considera vinculante ni afecta las potestades de las autoridades respectivas.⁷⁰ Al igual que la Corte valdiviana, planteó que el deber general de consulta a los pueblos indígenas –no obstante había afirmado que era potestativo de las autoridades– está ya recogido en la Ley 19.300 y en su reglamento, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169.⁷¹ Para probar que la consulta se desarrolló de buena fe y respetando la normativa del Convenio, enumera una serie de instancias que, por su importancia, conviene citar:

se realizaron seis talleres de información ambiental (...), tres casas abiertas o exposiciones (...). Adicionalmente se recibieron ciento ochenta observaciones ciudadanas, de las cuales cincuenta y nueve cumplían los requisitos legales y de las que se hizo cargo la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto. [Finalmente] se escuchó a diversas organizaciones, entre estas, indígenas.⁷²

No se conoce de qué manera unos talleres informativos satisfacen los estándares del Convenio 169. La Corte tampoco dio a conocer las razones por las cuales un proceso meramente informativo debe considerarse un proceso de buena fe a la luz del tratado. Lo devela el voto de minoría del ministro Haroldo Brito, quien afirma que “informar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas”.⁷³ Además, y llamando la atención sobre la expresión del voto de mayoría que se refiere al hecho de haberse escuchado “a diversas organizaciones, entre estas, indígenas”, sostuvo que la consulta “debe hacerse a través de organismos representativos y libremente”.⁷⁴

2.3.7. Caso Minicentral Cayucupil

El siguiente recurso de protección tiene su origen en una Declaración de Impacto Ambiental. Los recurrentes, entre ellos algunas comunidades indígenas, reclamaron la ilegalidad y arbitrariedad de la resolución que calificó favorablemente el proyecto de una minicentral hidroeléc-

⁷⁰ Corte Suprema, Rol 4.078-2010, sentencia del 14 de octubre de 2010, considerandos 1-4.

⁷¹ *Id.*, considerando 7.

⁷² *Id.*, considerando 10.

⁷³ *Id.*, considerando 2 del voto de minoría.

⁷⁴ *Id.*

trica, Cayucupil (Res. Ex. N° 147), entre otras razones por haberse otorgado sin proceso de consulta a los pueblos indígenas. Los recurrentes afirmaron que los terrenos donde se emplazaría el proyecto corresponden a un “sector prioritario de protección a la humanidad, por constituir un Santuario [de] Biodiversidad (...), patrimonio histórico, cultural, desde tiempos ancestrales por el pueblo mapuche y además de actuar como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo Mapuche ‘Reni’ en esta parte del territorio y zona de desarrollo indígena”⁷⁵

Los recurrentes reclaman que, a diferencia de lo que ocurre con los Estudios de Impacto Ambiental, las Declaraciones como la de este caso carecen de procesos de consulta, razón por la cual se vulneran sus derechos establecidos en el Convenio 169.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso, pues estimó que la Comisión Regional del Medio Ambiente actuó razonablemente, esto es, sin arbitrariedad ni ilegalidad. Sobre lo primero, la Corte sostuvo que el proceso de Declaración de Impacto Ambiental en cuestión requirió la “intervención de 21 órganos de la administración central y descentralizada que se pronuncian en materias propias de su competencia sobre la viabilidad del proyecto en tramitación. Se trata así de un procedimiento complejo, de carácter técnico, con intervención de variadas instituciones que aseguran una conclusión fundada, descartándose el capricho o arbitrariedad propia de una resolución sin fundamento”⁷⁶ Según la Corte, la sola intervención de las autoridades, a las cuales atribuye el carácter de técnicas, asegura la existencia de una decisión razonada y, por lo mismo, carente de arbitrariedad. Vale la pena insistir en que las disposiciones del Convenio 169 avanzan en la incorporación de los pueblos indígenas justamente porque las autoridades no han dado garantía a la hora de salvaguardar sus intereses. En lo referente a la legalidad de la actuación de la recurrida, la Corte simplemente detalla el conjunto de reglas de la Ley 19.300 que autorizan el recurso a las Declaraciones de Impacto Ambiental cuando no se incurra en alguna de las hipótesis del artículo 11 de la misma ley.

La Corte despliega otros tres argumentos que conviene enunciar. En primer lugar, afirma que el reclamo de los recurrentes es injustificado, salvo que se entienda que el Convenio modificó las disposiciones de la Ley 19.300 agregándose un nuevo requisito: la consulta a los pueblos indígenas para los casos en que se prevean medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.⁷⁷ La Corte entiende que ello no ha ocurrido.

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, vistos.

⁷⁶ *Id.*, considerando 5.

⁷⁷ *Id.*, considerando 8.

En segundo lugar, sostiene que el nuevo texto normativo del Convenio debe situarse dentro del ordenamiento jurídico chileno. La Corte afirma que, aun si el Convenio tuviera rango constitucional –entendiendo que el derecho a la consulta reviste los caracteres de derecho fundamental–, “ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla”.⁷⁸ Lo que la Corte no muestra, sin embargo, son los derechos constitucionales con los cuales habría que cotejar la consulta.⁷⁹ Pero para que pueda existir una colisión de derechos se requiere de al menos dos derechos. Por una parte, los recurrentes arguyen el derecho a la consulta. ¿En qué otro derecho está pensando la Corte de Apelaciones de Concepción para cotejarlo o ponderarlo con el reclamado por los recurrentes?

En tercer y último lugar, la Corte estima que el derecho de los recurrentes no es de naturaleza indiscutida o indubitada: “[E]stimar que la consulta a que hace alusión el Convenio N^o 169 es un requisito exigible a la Declaración de Impacto Ambiental, alude a una interpretación de la naturaleza de la Resolución Exenta que se impugna, esto es, decidir si corresponde a una ‘medida legislativa o administrativa’ y también si ella ‘afecta directamente a los pueblos indígenas’. Estas cuestiones exceden largamente la finalidad de este procedimiento de urgencia”.⁸⁰

2.3.8. Caso Aeropuerto Maquehue

El Estado lleva años intentando construir un nuevo aeropuerto para la Región de la Araucanía. Dicho proyecto tomó un rumbo final en 2011, cuando el Ministerio de Obras Públicas adjudicó el contrato de concesión del “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”; pero un grupo de siete comunidades indígenas recurrió de protección contra el acto. Según los recurrentes, el nuevo aeropuerto se emplazaría en territorios utilizados tradicionalmente y reivindicados por las comunidades mapuche. Siendo así –afirman–, tanto el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental como el acto de adjudicación del contrato de concesión serían ilegales, pues se omitió el proceso de consulta previa.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo la tesis del recurrido, el Ministerio de Obras Públicas.⁸¹ Para la Corte, la consulta del Convenio 169 es una herramienta que debe “conciliarse” con las normas de otros cuerpos legales, particularmente la ley de bases del medio ambiente y la ley indígena. Descansando nuevamente en la

⁷⁸ *Id.*, considerando 9.

⁷⁹ Es la propia Corte la que sugiere la colisión de derechos. Si la consulta es un derecho constitucional, se asume dentro de la lógica del argumento que la contraparte recurre, también, a un derecho de igual jerarquía.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, considerando 10.

⁸¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.794-2010, sentencia del 31 de enero de 2011.

decisión del TC sobre la constitucionalidad del Convenio 169, la Corte de Apelaciones afirmó que el tratado es un “instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, [por lo que] se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N^o 19.300”.⁸² En dicho procedimiento, señala la Corte, las personas jurídicas y naturales están facultadas para “imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido [en esa ley] para ello...”.⁸³

Como se observa, para la Corte no son las autoridades las que deben acercarse a consultar a las pueblos indígenas, sino que, en el marco de la Ley 19.300, son las personas las que deben (ser responsables e) imponerse de los estudios. Si luego de este procedimiento las personas –no los “pueblos”– siguen estimando que sus intereses y derechos están siendo afectados, “podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación”.⁸⁴ Sin más, la Corte concluye que “las comunidades indígenas tuvieron una ‘vasta participación’ en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes”.⁸⁵ Más aun, sostiene que

la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto cumplió con las exigencias y propósitos que el N^o 2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.⁸⁶

La Corte de Santiago, como otras, incurre en un *non sequitur*. Ocurre que para parte importante de nuestras cortes de alzada, incluida la Suprema en sede de protección, los procedimientos de consulta –siguiendo de cerca al TC– son facultativos y no vinculantes. Si esto es así, no se entiende por qué es necesario justificar la idoneidad del procedimiento de participación de la Ley 19.300 con el artículo 6 del Convenio 169. Aun más, ello no logra explicar que los órganos del Estado tengan el deber de “respetar y promover” los derechos garantizados en tratados in-

82 Íd., considerando 7.

83 Íd.

84 Íd.

85 Íd. El mismo considerando concluye enumerando las instancias de participación a que hace referencia.

86 Íd., considerando 8.

ternacionales sobre derechos humanos, ni que estos limiten el ejercicio de la soberanía. Por cierto, la crítica puede remontarse al entendimiento que el Tribunal Constitucional demuestra en su sentencia de 2000, pero desde entonces las cortes han tenido muchas ocasiones, además de antecedentes y argumentos sobre la mesa, como para desechar el carácter de tratado internacional que impone obligaciones jurídicas sobre el Estado.

Tal como en casos anteriores, la evaluación de fondo vuelve a criticarse desde el voto de minoría, según el cual las reuniones de mera información, así como los procesos de mero trámite formal, no pueden considerarse ajustados al Convenio. Además, la disidencia reprocha que es obligación de las autoridades desarrollar los procedimientos de consulta “tomando en cuenta ‘los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones’”.⁸⁷ La anterior no es sino la interpretación ajustada al espíritu y fin del tratado internacional, que busca dotar a los pueblos indígenas de instancias de participación *real*.

2.3.9. Caso Comunidad Chusmiza-Usmagama

En esta ocasión, la sala civil de la Corte Suprema utilizó el Convenio 169 para interpretar las normas internas sobre derechos de los pueblos indígenas contenidas en la ley indígena. Se trata del caso en que la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama obtuvo la regularización de derechos de aprovechamiento de agua, a la cual se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., y en el que, en una sentencia recaída sobre un recurso de casación en la forma y en el fondo (y no, como en los casos anteriores, una acción de protección), la Corte Suprema dio reconocimiento a la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas que escurren por el territorio de su comunidad.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto tanto en primera como en segunda instancia (la diferencia de criterios a la hora de aplicar las normas del Convenio 169 podría explicarse porque no fue la tercera sala constitucional la que conoció este asunto), y el análisis del máximo tribunal sobre la disposición de la ley indígena que establece una protección especial para las aguas de las comunidades atacameñas y aimaras es interesante.⁸⁸ En palabras de la Corte Suprema:

la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas

⁸⁷ Íd., considerandos 4 y 5 del voto de minoría.

⁸⁸ El artículo 64 de la Ley 19.253, ley indígena, prescribe: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.⁸⁹

Específicamente sobre la manera en que interactúan y se complementan las normas de la ley indígena con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Corte agrega:

resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64 [de la ley indígena], considerar el Convenio N° 169 (...), cuyo artículo 15, N° 1° preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁹⁰

Las referencias de la Corte Suprema al Convenio 169 le permiten dotar de sentido a las normas chilenas que disponen, como hemos visto, una protección especial para las aguas de determinadas comunidades. De esta forma, el máximo tribunal concluye que

no resulta acorde con el espíritu de la ley [indígena] ni con el instrumento internacional aludido [el Convenio 169] restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.⁹¹

⁸⁹ Corte Suprema, Rol 2.840-08, sentencia del 25 de noviembre de 2009, considerando 7.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

Esta sentencia es un ejemplo de la manera en que la Corte Suprema puede –y debe, en tanto es obligación de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales– complementar las normas del Convenio 169 con aquellas disposiciones del derecho chileno que establecen protecciones en favor de los pueblos indígenas. De todos modos, esta sentencia es una excepción a la regla general que ha venido configurando la Corte Suprema mediante su tercera sala constitucional, y que, en general, ha ido vaciando de contenido las disposiciones del Convenio 169 que otros tribunales han utilizado.

2.3.10. Caso Plan Regulador de San Pedro de Atacama

Para finalizar la revisión de jurisprudencia, cabe destacar una notable sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema que revoca la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en cuya virtud se rechaza un recurso de protección deducido por el Consejo de Pueblos Atacameños en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta.⁹² El Consejo recurrente estimaba que la modificación del plan regulador requería de un Estudio de Impacto Ambiental, con las modalidades de participación y consulta requeridas, y no –como lo hizo la Corema– de una simple Declaración de Impacto Ambiental. La Corte de Antofagasta rechazó la acción señalando que “en la elaboración del Proyecto en cuestión se contó con la participación ciudadana, realizándose varias audiencias, recibiendo 21 observaciones, no estimándose procedente la consulta contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, desde que de existir la afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrían los efectos ambientales del artículo 11, tornándose indispensable el Estudio de Impacto Ambiental”.⁹³

Sin embargo, en sede de apelación, la Corte Suprema revirtió este pronunciamiento ordenando la realización de un nuevo procedimiento de evaluación ambiental pero mediante un estudio, no una Declaración de Impacto Ambiental, con un procedimiento de participación ciudadana que debería “ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla”.⁹⁴ De manera interesante, aunque extremadamente breve como para reconstruir la argumentación, la Corte entiende que al omitirse la consulta a los pueblos interesados se lesiona “la garantía de la igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades

⁹² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 782-2010, sentencia del 21 de diciembre de 2010.

⁹³ *Id.*, considerando 10.

⁹⁴ Corte Suprema, Rol 258-2011, sentencia del 13 de julio de 2011, considerando 10.

indígenas, puesto que la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”.⁹⁵ La vinculación entre el deber de consulta y el principio de igualdad ante la ley requiere de mayor desarrollo por parte de la jurisprudencia, puesto que la relación de los pueblos indígenas, en general, con los deberes que impone este principio constitucional trasciende el ámbito de la consulta y supone una serie de articulaciones normativas que inciden en la forma en la cual el Estado aborda las políticas indígenas y, desde luego, la tramitación de proyectos de desarrollo que afectan los derechos de estos pueblos.⁹⁶

La sentencia, además, reivindica el valor distintivo de los procesos de consulta, por lo que no pueden asimilarse a las instancias de participación contempladas por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, utilizadas en el caso referido por la Corema de Antofagasta. Cabe citar *in extenso* el razonamiento de la Corte:

... desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de estas. En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, *sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.*⁹⁷

Acostumbrados como estamos a una jurisprudencia restrictiva emanada desde la Tercera Sala de la Corte Suprema, sorprende encontrar aquí elementos que la alinean con las obligaciones que pesan sobre el Estado chileno, y que dan cuenta de una comprensión real de los alcances de la consulta a los pueblos indígenas.

⁹⁵ Íd., considerando 9.

⁹⁶ Respecto del principio de igualdad y los pueblos indígenas, ver Jorge Contesse, “Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa”, en *Seminario Internacional. Igualdad y no discriminación: Estándares y mecanismos para la igualdad real. Memoria*, Santiago, INDH, 2012 (en prensa).

⁹⁷ Íd., considerando 8. El destacado es nuestro.

3. POSIBLE REGULACIÓN POR VÍA DE LEY

Está demostrado que la manera como el Estado ha intentado dotar de cierta operatividad a la norma sobre consulta del Convenio 169 ha sido incorrecta. Por tanto, la pregunta que cabe responder es, primero, si debiera establecerse algún tipo de regulación que delinee la forma en que se debe llevar a cabo la consulta previa a pueblos indígenas, y en segundo lugar, asumiendo que la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, cómo hacerlo. En esta sección se plantea que la respuesta es en virtud de una ley –que eventualmente puede ser objeto de reglamentación, como ocurre con numerosas leyes– que dé plena aplicación a las normas sobre consulta y participación del Convenio en Chile.

La razón de que sea necesario dictar disposiciones de derecho interno para dar aplicación plena a las cláusulas y los estándares del Convenio ya la conocemos: la falta de precisión de las normas sobre consulta previa en este caso. Cabe insistir en un punto aquí: del hecho de que se requiera la dictación de disposiciones de derecho interno no se sigue que la validez de las normas del Convenio esté disminuida. Piénsese en un funcionario público ubicado en un poblado rural a quien se le encomienda elaborar un plan para adoptar una medida que afectará a un pueblo indígena. Ese funcionario puede, con el solo mérito de las normas del Convenio, llevar adelante un proceso de consulta. ¿Sabrá a quién consultar? ¿Conocerá los procedimientos adecuados para llevar adelante esa consulta? Son al menos dos requisitos que necesariamente claman por un nivel de detalle que el Convenio no entrega. Por ello en mi opinión la regulación interna no solo es deseable, sino necesaria.

Lo que corresponde elucidar a continuación es el tipo de regulación que se requiere en un caso como este. Hasta ahora, en Chile se dispone de una regulación administrativa, esto es, de actos normativos emanados del Poder Ejecutivo, en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución. Sin perjuicio de los problemas reseñados en la sección anterior, esto es, que la regulación actual esencialmente lo que hace es dismantlar los estándares del Convenio por vía de un decreto supremo, aun sin considerar la sustancia del decreto cuestionado, existen buenas razones para sostener que no es por acto del administrador, sino por acto legislativo, que debieran regularse las normas sobre consulta previa en Chile.

En primer término, en tanto la consulta previa es típicamente un procedimiento, uno compuesto por varias etapas, y la regulación que ha de hacerse se realiza en atención a las disposiciones de derecho interno, el establecimiento de procedimientos es materia de ley, no de actos de la administración. Ello se desprende de una interpretación sistemática de varias disposiciones constitucionales, comenzando por la norma del artículo 19, N^o 3, inciso 6^o de la Constitución, que dispone que es al legislador a quien le corresponde establecer las bases de procedimien-

tos. Asimismo, respecto de la consulta que debe hacerse sobre medidas administrativas, la Constitución estatuye que solo son materia de ley aquellas “que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública” (art. 63, N^o 18), de modo que la regulación vía decreto no cabe, toda vez que la consulta es, antes que todo, un procedimiento destinado a llegar a acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos interesados. Finalmente, es posible aducir la cláusula general de garantía de respeto esencial de los derechos (art. 19, N^o 26), en conexión con la norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe que las restricciones que se autorizan al ejercicio de los derechos fundamentales solo pueden aplicarse “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general” (art. 30).⁹⁸

Además de estas razones de texto –o, quizá, precisamente a causa de ellas–, los actos normativos contenidos en leyes pueden reclamar para sí mayor estabilidad en el tiempo, así como la seguridad, al menos en teoría, de que la deliberación que sobre ellas se haga es más rica, en tanto abarca a todas las “fuerzas vivas de la nación” que se dan cita en un Parlamento. En el caso de regulaciones por vía administrativa, los afectados, interesados o, en sentido genérico, administrados quedan mayormente expuestos a la arbitrariedad del administrador, el que no tiene contrapesos institucionales tan relevantes como los que tienen los parlamentarios. En efecto, en el ejercicio parlamentario hay un germen de consulta mucho más relevante que el que pudiera existir en el seno de la administración del Estado.

Por tales consideraciones, resulta a mi juicio aconsejable, y aun imperativo, que el Estado chileno dicte legislación para poner al país al día en esta materia. Se trata de una solución que reivindica el papel del derecho legislado, particularmente en tiempos en que la acción política reclama mayor intervención para los ciudadanos, sean indígenas o no.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he intentado delinear las características más relevantes del derecho de consulta previa, tal como lo contempla el artículo 6 del Convenio 169. El país mantiene una deuda importante con los pueblos originarios, los que desde el inicio de la etapa de transición apuntaron hacia esta demanda de dar aplicación a los estándares que el Convenio estipula.

98 La Corte Interamericana, muy temprano en su historia, emitió una opinión consultiva sobre esta norma, señalando que “las leyes a que se refiere el artículo 30 [de la Convención Americana] son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”. Corte IDH, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-6/86, 1986, párr. 35.

He pasado revista a los estándares y requisitos que se establecen en el Convenio 169 y a la manera como el ordenamiento constitucional recoge (o no) esos estándares. He sugerido que el proceso de consulta guarda similitudes con instituciones propias del derecho civil, disciplina que muestra una mayor densidad dogmática y que, por lo mismo, puede contribuir a aclarar algunas zonas que en materia de derecho internacional de los derechos humanos siguen siendo opacas. Las regulaciones y los estándares del Convenio son una muestra de ello.

He revisado también la manera como el Estado ha abordado el tema, por medio de la dictación de un decreto plagado de imprecisiones y que limita indebidamente las obligaciones que se siguen del tratado. He revisado además la jurisprudencia que ha emanado de los tribunales superiores –particularmente, en sede de recurso de protección– para advertir que no hay una línea clara en esta materia, con fallos que predominantemente restringen el alcance de este derecho de consulta pero donde, a ratos, asoman razonamientos que sitúan al Estado chileno en observancia con sus compromisos internacionales. La regulación por medio de un decreto que limita los ámbitos de consulta no ayuda en esta materia.

En tanto se trata de una norma que no tiene mayores defensores,⁹⁹ he esbozado lo que sería una posibilidad de regulación por vía legislativa, no administrativa. Ello, he indicado, asegura mayor estabilidad en el tiempo, así como mejores credenciales democráticas para los momentos críticos en que Estados, privados e indígenas no se encuentren. Se trataría, en definitiva, de un modo de honrar los compromisos internacionales y de “dotar de dignidad a la legislación” –para usar una expresión de Jeremy Waldron–, y así no lesionar el principio democrático a la vez que dar satisfacción a lo prescrito por un tratado internacional que es obligatorio para funcionarios públicos y que está destinado a los pueblos indígenas como sujetos de derecho.

99 Durante el segundo semestre de 2011, el gobierno manifestó su deseo de derogar este decreto supremo.

EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT. NOTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE

COMENTARIO DE LUCAS SIERRA*

Agradezco a Jorge Contesse su invitación a discutir estas cuestiones, sobre las que hemos venido debatiendo desde hace algunos años ya. Aunque solemos discrepar, Jorge ha sido siempre un buen interlocutor y un buen contradictor.

Yo me declaro no especialista en materias de derecho indígena, pero me interesan como todas las regulaciones que tienen consecuencias constitucionales y que, como la que nos convoca, envuelven problemas de moralidad política al interior de una arquitectura institucional que aspiramos sea democrática.

Desde este punto de vista, en las discusiones en que se plantean aspiraciones constitucionales y legislativas en nombre de los indígenas, encuentro algo que siempre me ha producido una sensación de intranquilidad. ¿Cuál es esta intranquilidad? La respuesta la vislumbré en la literatura, que, sabemos, suele otorgar mejores respuestas que la ciencia o la teoría. Se trata del discurso que Mario Vargas Llosa dio al aceptar el Premio Nobel en diciembre de 2010. Un par de párrafos encapsulan bien la intranquilidad a la que me refiero, y desde la cual pretendo avanzar mis comentarios al texto. Dice Vargas Llosa:

Detesto toda forma de nacionalismo, ideología –o, más bien, religión– provinciana, de corto vuelo, excluyente, que recorta el horizonte intelectual y disimula en su seno prejuicios étnicos y racistas, pues convierte en valor supremo, en privilegio moral y ontológico, la circunstancia fortuita del lugar de nacimiento. Junto con la religión, el nacionalismo ha sido la causa de las peores carnicerías de la historia, como las de las dos guerras mundiales y la sangría actual del Medio Oriente. Nada ha contribuido tanto como el nacionalismo a que América Latina se haya balcanizado, ensangrentado en insensatas contiendas y

* Investigador del Centro de Estudios Públicos y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

litigios y derrochado astronómicos recursos en comprar armas en vez de construir escuelas, bibliotecas y hospitales.

No hay que confundir el nacionalismo de orejeras y su rechazo del “otro”, siempre semilla de violencia, con el patriotismo, sentimiento sano y generoso, de amor a la tierra donde uno vio la luz, donde vivieron nuestros ancestros y se forjaron los primeros sueños, paisaje familiar de geografías, seres queridos y ocurrencias que se convierten en hitos de la memoria y escudos contra la soledad. La patria no son las banderas ni los himnos, ni los discursos apodícticos sobre los héroes emblemáticos, sino un puñado de lugares y personas que pueblan nuestros recuerdos y los tiñen de melancolía, la sensación cálida de que, no importa donde estemos, existe un hogar al que podemos volver.¹

De este texto subrayo la circunstancia fortuita del lugar y del tiempo en que se nace, pues me parece que es un punto fundamental que subyace a la discusión de la que el texto de Jorge forma parte. No sé hasta qué punto le estamos dando privilegio ontológico o moral a semejante circunstancia fortuita.

A veces pareciera que la cuestión indígena se presenta como si el hecho de ser indígena envolviera semejante privilegio. Más apropiado sería, creo, poner el acento en el eventual daño que han sufrido los indígenas. Al probarse que existió daño, surge entonces el privilegio. Pero para determinar ese daño se necesitan instituciones y procedimientos adecuados, para lo cual se requiere una óptica más de adjudicación que de redistribución.

Dicho esto, me referiré al trabajo de Jorge. Es un trabajo en borrador, es un trabajo potente y me parece que va bien encaminado, sin perjuicio de algunas observaciones que se hicieron antes y de algunas que voy a hacer yo.

Lo más interesante, creo, y lo más prometedor, es el intento declarado del autor por encajar esta discusión en los marcos de la dogmática jurídica, tratando de introducir las categorías de la dogmática civil a propósito de ella. Le deseo la mejor de las suertes en este intento, porque no es nada fácil.

Jorge sostiene la necesidad de que el derecho a consulta sea formalizado en ejercicio de la potestad legislativa. Puede ser, aunque no es fácil ver cómo, exactamente, se podría hacer: ¿mediante una ley que regulara todos los sectores relacionados con el derecho de consulta? ¿Mediante una reforma de todas las leyes relativas a dichos sectores?

¹ *Estudios Públicos* 120, 2010, pp. 238-239.

Pero el ejercicio de la potestad legislativa nos lleva a otra cuestión aun más problemática, vinculada a la potestad constituyente. Esto último está en la base de este trabajo y se vincula con las siguientes preguntas: ¿es el Convenio 169 un tratado de derechos humanos? ¿Es el derecho de consulta que ahí se consagra un derecho humano? Francamente, tanto por razones de moralidad política como de teoría democrática y por la redacción del mismo Convenio 169, creo que no. No olvidemos el artículo 34 del Convenio: “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”.

¿Qué tratado de derechos humanos tiene semejante cláusula? ¿Qué tratado de derechos humanos podría tener esa cláusula? Decir, por ejemplo, que dadas las condiciones propias del país el derecho a la integridad personal se determinará con “flexibilidad” para “adecuarse” a dichas condiciones. Es decir, si estas lo exigen, se podría torturar “un poco”, “lo justo y necesario”. Ningún tratado de derechos humanos que pudiéramos concebir seriamente podría tener esta cláusula de flexibilidad para su aplicación. Sería como decir “derechos humanos en la medida de lo posible”.

En este sentido, concebir el derecho de consulta como un “derecho esencial que emana de la naturaleza humana” es un error. La circunstancia fortuita del lugar y del tiempo en que se nace no debería determinar la naturaleza humana. Si existe tal cosa como la naturaleza humana, no podría depender de semejante albur.

Desde el punto de vista de la autoejecutabilidad, ahora, es interesante la distinción que traza Jorge, pero creo que aún le falta desarrollo, uno que considere dos puntos de vista: el del funcionario administrativo y el del juez.

Unas palabras ahora sobre el ánimo hermenéutico del autor. Creo que Jorge encara el Decreto Supremo 124 –que no pretendo defender en absoluto– con una hostilidad que contrasta con la generosidad con la que encara el Convenio 169. Ese Decreto Supremo se debería leer, como sugiere Dworkin, “en su mejor luz”.

Para ir terminando, Jorge cita a James Anaya en relación con la “influencia verdadera” que a través del derecho de consulta se pretende otorgar a sus titulares. La cuestión aquí es: ¿qué significa influir verdaderamente en los procesos mediante los cuales se toman decisiones? Si la respuesta, por ejemplo, es hacer vinculante la decisión de los consultados, todo el esqueleto institucional de la democracia representativa queda entre paréntesis.

¿Qué significa “influir verdaderamente” en nuestro contexto? Creo que, en un contexto de democracia representativa, el estándar para la autoridad es consultar, dar cuenta de las respuestas de los consultados y, si rechaza o no toma en cuenta alguna de ellas, dar las razones.

EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT. NOTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE

COMENTARIO DE MANUEL NÚÑEZ *

Agradezco la invitación y felicito a los autores por el trabajo que han hecho al amparo de este proyecto, que me parece muy notable. A continuación quisiera pasar revista a algunas afirmaciones que se plantean en el texto, pero también, y especialmente, a otros aspectos sobre los que se guarda silencio y para los cuales sería bueno buscar una respuesta.

La crítica a la distinción entre disposiciones autoejecutables y no autoejecutables

Uno de los aspectos que no está suficientemente desarrollado en el trabajo es una visión crítica a la ya vieja y manoseada distinción, proveniente de la jurisprudencia constitucional comparada, entre normas autoejecutables y no autoejecutables. Esta distinción es relativamente peligrosa porque es una técnica que ha utilizado el Tribunal Constitucional (TC) para no emitir un pronunciamiento cuando entiende que la norma en cuestión no está creando una figura, digamos, que pudiese ser aplicada directamente por un tribunal. En la medida en que la norma no genera obligaciones inmediatas, el Tribunal se abstiene o renuncia a su obligación de controlar la constitucionalidad, como si el control de constitucionalidad de los tratados internacionales pudiese considerarse exclusivamente como un control de *normas* y no también, según creo, *de las obligaciones* que ellos imponen al Estado de Chile. Este último control tiene por fin evitar que nazcan vínculos internacionales –usualmente no revisables de modo efectivo por los órganos internos– contrarios al derecho constitucional interno. Como el TC entiende lo contrario, esto es, que no hay control de obligaciones, ha promovido la incorporación al derecho interno, vía declaración de constitucionalidad, de normas que generan obligaciones inconstitucionales en el entendido de que estas se consideran inejecutables.

Un ejemplo del fenómeno anotado es el artículo 9 del Convenio 169, que se refiere a las excepciones en materia de administración de justicia

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y miembro del consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

penal.¹ Aquí, el Tribunal resuelve la constitucionalidad de la norma, pero solo por la falta de la aptitud de esta para que pueda aplicarse en Chile. Conforme con este razonamiento, la norma nunca podrá aplicarse porque es contraria a la Constitución, y como la propia norma contemplaría esta posibilidad, no sería necesario declararla inconstitucional.

Otro ejemplo, más delicado todavía, es el relativo a la propiedad. A propósito del artículo 14 del Convenio 169,² el Tribunal Constitucional afirma que como en Chile la Constitución no permite la expropiación de tierras a favor de comunidades indígenas,³ la norma en cuestión no vulnera la Constitución. Les ruego que pongan atención a esta idea: de ser correcto el razonamiento del Tribunal, hoy en día no solo no habría en Chile una regla que permitiese la declaración de utilidad pública o interés nacional para los efectos de la expropiación de tierras para la restitución, sino que no podría, o mejor dicho, no debería haberla. Como no hay razonamientos acerca del porqué el “interés nacional” o la “utilidad pública” no aportan cobertura constitucional a aquella ley que decida autorizar las expropiaciones de bienes raíces para radicarlos en comunidades indígenas (como, por lo demás, sucedía con la Ley 17.729 de 1972), se descartan todas las posibilidades de equilibrio entre los intereses individuales y colectivos que ha propuesto, entre otros órganos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ser correcto este razonamiento –a mi juicio no lo es–, la única vía legal para encauzar la adquisición y posterior redistribución de tierras sería la contractual, mediante compraventas, permutas u otras figuras afines.

1 La norma señala que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de sus miembros”. Sobre ella, el TC falló que “el contenido, en esta parte, del artículo 9°, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación solo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile no ocurre por lo expuesto”, STC, Rol 309, considerando 53.

2 “Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

3 “Que en cuanto a la inconstitucionalidad que se le imputa al Convenio, en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, además de la razón antes mencionada, esto es, que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional, en el que ni la Constitución Política ni la ley dan cabida a expropiaciones para tal efecto. Por el hecho de ser programática la norma y atendido que lo que ella propone no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones, el tratado en esta parte tampoco vulnera el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental”, STC Rol 309, considerando 66.

Por todo lo dicho, creo que para efectos de la discusión es preferible prescindir de esta regla de la inejecutabilidad, de la autoejecutabilidad o de la no autoejecutabilidad. La asignación de estos atributos a las normas de un tratado no es una de las atribuciones del Tribunal Constitucional, que por lo demás no tiene ninguna competencia para crear reservas o declaraciones interpretativas de tratados internacionales. Esta competencia le corresponde exclusivamente al Presidente de la República, quien las formula autónomamente o a sugerencia del Congreso Nacional, que es el sentido de la reforma de 2005. El Tribunal no puede generar este tipo de reservas o declaraciones interpretativas, y en el caso de que las hiciera, no tendrían efectos internos –ni externos– frente a las contrapartes internacionales.

Medidas legislativas y atribuciones no legislativas del Poder Legislativo

Una segunda cuestión mencionada en el texto es el sentido o alcance de las medidas legislativas a que se refiere la consulta previa. En el documento se afirma que las “medidas legislativas” no son solo aquellas de carácter normativo, sino que también abarcan otro tipo de competencias del Poder Legislativo, como por ejemplo las comisiones investigadoras. La pregunta es por qué. No conozco interpretaciones oficiales del Convenio en este sentido (que consideren como legislativo algo que no lo es) y tengo serias dudas de que el texto permita esa interpretación. En efecto, aunque parezca redundante, en términos funcionales lo legislativo es lo legislativo y lo administrativo es lo administrativo. Las funciones vinculadas a la fiscalización parlamentaria o a la persecución de las responsabilidades políticas (o constitucionales, como las llama eufemísticamente la doctrina nacional) no implicarían técnicamente la adopción de “medidas legislativas”, sino de medidas “políticas”, que usualmente impactan en los pueblos no de forma directa, sino más bien indirecta. Por eso, me parece necesario justificar más profundamente ese modo de interpretar el tratado.

La (necesaria) discusión sobre los límites de los derechos

Un elemento ausente en la reflexión es la determinación de los límites de los derechos. En la literatura relativa a los derechos de los pueblos indígenas esta reflexión generalmente se omite en favor de los razonamientos reivindicativos. Lo anterior tiene su explicación: cuando la forma y los conceptos en que se envuelven viejas reivindicaciones son relativamente jóvenes, es natural que al principio no se preste atención a la definición de los límites de esas reivindicaciones. Para aquellas minorías que tradicionalmente estuvieron excluidas de los catálogos constitucionales, la construcción de sus derechos individuales y colectivos es la primera tarea. El lugar donde encontraron las primeras respuestas

en ese proceso de búsqueda fue el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, por lo menos para los pueblos indígenas americanos del centro y del sur, el derecho internacional en construcción ha satisfecho una demanda a la que, en general, los ordenamientos civiles y constitucionales internos no fueron capaces de dar respuesta.

Sin embargo, la construcción de los derechos no es completa si no se acompaña de la fijación de sus límites. Por eso, pienso que sería útil enriquecer el trabajo incursionando en, explicitando, aquellos casos que no son objeto de consulta previa. En este campo, donde lo administrativo y lo legislativo pueden crecer hasta el infinito, es extraordinariamente importante definir tanto qué medidas se consultan como cuáles no se consultan. Por ejemplo, las simples opiniones, ¿deben consultarse? Hace algún tiempo surgió la duda sobre si la opinión relativa al derecho de consulta de un órgano consultivo –órgano privado de la más mínima *potestas* pública– debía consultarse. A mi juicio, la obligación no existía dado que, por mucho que una opinión incida sobre los intereses de una comunidad, no es una medida, sino solo una declaración que pretende ilustrar a quienes dictan o aprueban las medidas en sentido estricto. La formulación de un mero antecedente, que ni siquiera puede considerarse uno de los motivos del acto legislativo o administrativo, no es parte de las medidas que aquel quiere ilustrar.

La naturaleza política de la consulta

Se ha estimado que la consulta no es un veto ni de las medidas legislativas ni de las administrativas. Interpretando la norma en clave conservadora, el Tribunal Constitucional estimó que “la consulta a los pueblos interesados que dispone el N^o 1 del artículo 6^o del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía (...) [y que] tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución”.⁴ Por su parte, el Relator James Anaya ha indicado que “el principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos”.⁵

4 STC Rol 1050 (2008), considerando 13.

5 Segundo Informe del Relator Especial, UN/2009, párr. 66.

No siendo un veto a favor de una posible (subrayo “posible”) minoría, ni un derecho político colectivo equivalente, *mutatis mutandis*, al sufragio individual, cabe preguntarse qué es y, a partir de esa respuesta, cuáles son sus contornos dentro del proceso de toma de decisiones políticas. La claridad de estas respuestas no solo permitirá enjuiciar críticamente la motivación de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, sino también despejar buena parte de las dudas y el recelo que esta institución suscita en la comunidad política, particularmente en aquella que no siente necesariamente como suyas las pretensiones de los pueblos indígenas. Por eso, no está de más explicar que no es un privilegio que permita una tiranía de las minorías, sino que se trata de una suerte de derecho de participación política que busca, ni más ni menos, el consenso y el buen gobierno. En ese contexto, me acomoda la idea de entender la consulta como un nuevo instrumento de participación política, que se encuentra a medio camino entre la libertad de opinión y de petición y el derecho de sufragio. Digo a medio camino porque la consulta en sí misma es obligatoria, pero en su contenido y resultados no tiene la obligatoriedad que jurídicamente tiene el sufragio. En este último caso, depositados los votos en las urnas y calificados los resultados, se produce un resultado que es vinculante para la mayoría y para la minoría. Por eso, creo que se trata de un derecho político que está a medio camino entre la expresión y la petición, por una parte, y el derecho a sufragio, por la otra. No tengo problemas en endilgarle el adjetivo de “político”, puesto que para mí la unidad e indivisibilidad de la soberanía no son más que parte de una mitología política moderna que perfectamente puede ser superada o, a lo menos, reemplazada por otra.

La polémica y el temor a los “derechos colectivos”

También es interesante reflexionar sobre lo que son y no son los derechos colectivos, y sobre el lugar de la consulta en esta dicotomía.

Yo nunca he entendido muy bien esta presunta oposición entre los derechos individuales y los derechos colectivos, merced aquella premisa según la cual la figura de derechos colectivos es una de nuevo cuño. Desde mi perspectiva, la titularidad y vocación colectiva de los derechos –desde luego de los políticos y también de varios civiles– está presente en la raíz de la construcción misma del constitucionalismo moderno. ¿Qué es de la historia del constitucionalismo sin la libertad religiosa? ¿Acaso esta libertad carece de un componente colectivo? ¿Qué sería de la teoría constitucional sin la noción –de innegable intención política en sus orígenes– de poder constituyente?

En esta misma línea, es interesante recordar lo que fue nuestra tradición prerrepública. En efecto, cuando se habla de derechos colectivos se piensa que la construcción de los derechos, en este sentido,

es una creación de la República en adelante. A partir de esa premisa incorrecta, se construye una teoría que trasluce una buena dosis de desconfianza hacia los llamados derechos colectivos. Para perderles el miedo un ejercicio muy útil es recordar las formas del derecho indiano, pues permite advertir con facilidad cómo reconoció la subjetividad de los pueblos. No está de más recordar que hacia fines del siglo xvii la Recopilación de las Leyes de Indias contenía un título íntegramente dedicado a “los indios de Chile” (Libro vi, Tít. xvi). Esta subjetividad de lo colectivo también está presente en Estados Unidos por lo menos desde el siglo xix, cuando comenzó a negociarse con las tribus según el lenguaje del derecho internacional. En Estados Unidos hay bibliotecas con estantes llenos de recopilaciones de acuerdos y tratados entre la federación y las tribus, instrumentos a los cuales se les ha llegado a conceder, incluso, a través de fallos de los tribunales de justicia, el estatus de convenios internacionales. Una obra fantástica, *Linking Arms Together*,⁶ explica el sentido de estos acuerdos para los pueblos de América del Norte y devela varias premisas de la teoría moderna del derecho internacional, que pretende convencernos de que este es exclusivo de los Estados.

En esta línea, no hay incorrección en considerar la consulta como un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha dicho que el catálogo de derechos dentro del 19 no es taxativo (hace un par de años dictó una sentencia que reconoció, a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a la identidad), por lo que esperamos que pueda hacer lo propio con el derecho a la consulta, que el Convenio 169 cataloga expresamente como un derecho.

En este carácter de fundamental, es interesante la justificación que de este derecho ha dado el Relator Anaya, explicación que no proviene del mundo indígena sino, yo creo, de la esfera del constitucionalismo liberal, con el que la consulta perfectamente puede dialogar. Anaya ha explicado que el derecho a consulta es una manifestación o el eco del derecho de las personas a ser gobernadas con su consentimiento. Para Anaya, el deber de consulta emana “del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y gobierno por consentimiento, y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos”. Uno de los elementos fundacionales de la consulta es, entonces, el principio constitucional del *government by consent* de innegable origen liberal, presente en la Declaración de Independencia de Estados Unidos y, en fin, en buena parte de la historia del constitucionalismo norteamericano. En este

⁶ Robert A. Williams Jr., *Linking Arms Together. American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York-Londres, Routledge, 1999.

mismo sentido, en la Observación General sobre el Convenio 169, el Comité de Expertos de la OIT ha indicado que la consulta puede ser “un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social, y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.

La consulta no es entonces un privilegio injustificado. Lo que pretende esta suerte de privilegio es evitar los conflictos; en otras palabras, es un instrumento que facilita la gobernabilidad. Dado que históricamente se ha demostrado que los conflictos que se ha intentado solucionar de otro modo no se han arreglado, que los instrumentos de participación de que disponemos no han servido y que el problema existe –está presente y es urgente– y parece que va a seguir existiendo por largo tiempo, necesitamos facilitar la gobernabilidad en ciertos lugares del país, donde podría ser más compleja que en otros.

Consulta, representación y seguridad

Para la ejecución de la consulta es necesario identificar a los sujetos de la consulta. En la doctrina internacional, la representación de las comunidades se resuelve en conformidad con el derecho consuetudinario, pero esta remisión a las formas tribales o consuetudinarias de organización no soluciona todo el problema si las comunidades no se organizan de un modo consistente. Dicho de otro modo, la consulta no sugiere sino que exige organización de las comunidades y lealtad a los procedimientos que cumplan con los principios de la buena fe. Por eso, tener una clara determinación del derecho consuetudinario y de las formas de organización es capital. ¿Cuáles son las formas que permiten al Estado identificar a los distintos representantes en estas comunidades o estos pueblos y su derecho consuetudinario? La pregunta puede evidenciar un problema agudo cuando este derecho comunitario no existe o cuando la costumbre está sujeta a vaivenes que la empujan a una variación mucho mayor que los instrumentos de representación del derecho, digamos, no indígena occidental. No debe olvidarse que el mismo concepto de “representación”, en su clave teológica, política y jurídica, es propio de la cultura occidental y que no coincide necesariamente con las prácticas de otros patrones culturales.

El caso de Isla de Pascua es un buen ejemplo. Hace veinte años, la institución más representativa era, probablemente, y así lo recogió la Ley 19.253, el Concejo de Ancianos. Hoy en día, en Isla de Pascua esa entidad ya no tiene la capacidad representativa de antes, pues parecería haber una creciente competencia con el llamado Parlamento Rapa Nui, que tampoco es considerado por todos los isleños como una institución legítima de representación.

La pregunta entonces es cómo o con qué reglas las comunidades o pueblos deben organizarse con el objeto de que no suceda que las

organizaciones o el Estado consulten a un pueblo, a una comunidad, adopten las medidas y después aparezcan otros ciudadanos diciendo “estos señores a mí no me representan y yo exijo la nulidad porque las reglas cambiaron”. Peor aun, podrían decir: “Aquí ni existe representación”. Por eso, frente a esta suerte de desorden organizacional, la pregunta que se debe responder es si el Estado podría incorporar alguna forma de organización allí donde el derecho consuetudinario no existe, o donde existió y se transformó, o donde existió y desapareció, puesto que muchas veces se trata de reconstruir organizaciones que ya estaban disueltas.

Leyes que se deben dictar o revisar y efectos de la omisión de la consulta

Otro aspecto sobre el que conviene reflexionar en profundidad es la identificación de las normas que sería necesario modificar para cumplir con la obligación de remover los obstáculos y de dictar la legislación de desarrollo que hagan ejecutables los derechos. Sin desconocer la autonomía de la consulta a partir del Convenio 169, creo que la densidad de los procedimientos reglados en nuestro derecho interno aconseja la modificación de un buen número de leyes y, probablemente, la dictación de una ley general sobre la ejecución de este derecho, aunque sea como parte de la Ley 19.253.

Por una parte, estoy completamente de acuerdo en que, en tanto derecho reconocido en un convenio internacional, en tanto derecho fundamental, a raíz el artículo 5° y otras normas de la Constitución, la única norma idónea para la regulación del derecho a la consulta es la ley. No creo que sea, en ningún caso, el reglamento, y no entiendo a quienes sostienen que el actual reglamento sobre consulta, el Decreto Supremo 124, podría ser transitoriamente reemplazado por otro decreto supremo. Ni la transitoriedad ni la supuesta mayor facilidad para dictar un reglamento (frente a los complejos e imprevisibles escenarios de los laberintos legislativos) justifican el desconocimiento del principio de reserva legal.

Por otra parte, es necesario identificar qué normas deben modificarse. En materia de consulta, quizás debiesen ser la ley de bases generales de la administración del Estado (Ley 18.575) y la ley orgánica del Congreso Nacional (Ley 18.918), como también la ley de procedimiento administrativo (Ley 19.880) y las leyes orgánicas constitucionales de municipalidades y de gobiernos regionales, asociando e identificando también la consecuencia de la falta de consulta. La pregunta sería si la falta de consulta anula el acto administrativo o el acto legislativo. Al respecto, alguna pista dio recientemente un voto disidente en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el UPOV 91. Según los disidentes, la falta de consulta de un convenio internacional puede afectar directamente, como en este caso de convenio sobre protección de nuevas variedades

vegetales, la validez de un tratado que debía haber sido declarado inconstitucional. Si la disidencia tiene razón, habría que entender que la falta de consulta es un vicio *interna corporis* que anula el procedimiento y, por lo tanto, que escapa a las reglas generales sobre procedimiento.

La crítica al Convenio 169

Un último aspecto sobre el cual querría detenerme es la crítica al Convenio 169. A mi juicio, durante los largos años que tardó la aprobación de este instrumento no se produjo una verdadera discusión crítica sobre sus alcances. Había que aprobarlo, pero no se explicaba muy bien el porqué. La razón solo parecía asistir a quienes sentían la emoción de querer ver este instrumento incorporado a la larga lista de tratados que ha suscrito este país. Tal vez a ello se debe que el tratamiento que se le da en ciertos ambientes sea el equivalente al que ciertas religiones dan a la verdad revelada, que no solo es única sino también universal. Respecto de su componente universal, la realidad pareciera ser que hasta el momento tiende a ser más una práctica regional que universal: mientras persista el reducido número de partes, el Convenio dará lugar más bien a prácticas de derecho internacional regional, muchas de las cuales no coinciden necesariamente con los paradigmas de comportamiento de países que a lo sumo adhieren a la Declaración de Naciones Unidas y que derechamente se negaron a suscribir el Convenio 169. Entre algunos de estos Estados se encuentran valiosos modelos de reconocimiento y de relaciones con los pueblos indígenas, como Canadá, Nueva Zelanda o Australia. Como se observa, el Convenio 169 no es el único modelo que se puede seguir.

**IV.
IMPLEMENTACIÓN
DEL DERECHO
A LA LIBRE
DETERMINACIÓN
INDÍGENA
EN CHILE**

*Laura M. Seelau
Ryan Seelau**

* Laura Seelau tiene título de derecho, certificado en derecho y política indígena, además de una maestría en estudios latinoamericanos, ambos de la Universidad de Arizona. Ryan Seelau tiene título de derecho de la Universidad de Iowa, y maestría y doctorado en derecho y política indígena de la Universidad de Arizona.

INTRODUCCIÓN

Desde que Chile ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas (en adelante Convenio 169), en 2008, se ha debatido intensamente sobre su implementación, la adecuación de la legislación y las políticas internas a los requisitos del Convenio y, en términos generales, el significado que tiene para las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Con la ratificación del Convenio 169 y el voto de Chile a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 (en adelante Declaración), los derechos indígenas en Chile adquirieron relevancia y se dio comienzo a un proceso para redefinir la posición que los pueblos indígenas ocuparían en las estructuras legales, políticas y sociales del país. Aunque hasta la fecha el foco ha estado en la consulta y en menor grado en la protección de tierras, territorios y recursos naturales, el tema que subyace a todos es el derecho a la libre determinación.

Aunque la libre determinación es uno de los principios rectores del derecho internacional relativo a los pueblos indígenas y, por ende, el principio en que se fundamentan los demás derechos, hay poca discusión sobre su significado: ¿cuál es?, ¿qué formas puede tomar?, ¿cómo puede funcionar en el contexto chileno, con un Estado centralizado, neoliberal y homogéneo? Actualmente estas preguntas no tienen una sola respuesta. En las raras ocasiones en que se discute la libre determinación, el debate gira en torno de términos ambiguos y generales: autonomía, independencia y autogobierno, conceptos difíciles de llevar a la práctica y de poca utilidad para un Estado tan centralizado como Chile, y que recién está implementando el Convenio 169 y la Declaración. No producen estrategias concretas para entender el estatus actual de la implementación de estos instrumentos, ni para proponer cambios específicos que refuercen la libre determinación indígena en Chile. Además, el hecho de referirse a la libre determinación en términos tan generales conduce a una reacción común entre académicos, dirigentes indígenas, funcionarios públicos y otros actores dedicados a estos asuntos: que la libre determinación indígena no existe porque el

marco jurídico chileno no contempla la autonomía o el autogobierno indígena, y que los cambios necesarios deberían ser tan profundos que su implementación es casi imposible.

Si bien la libre determinación supone una serie de cambios legales, políticos y sociales profundos, es un derecho humano reconocido y su implementación es una obligación internacional que el Estado de Chile asumió. En consecuencia, aquí se analizará el significado de esta obligación para el Estado, en qué estado se encuentra su implementación hasta la fecha y cómo se puede reforzar hacia el futuro.

En la primera parte se define el concepto de libre determinación y se establece un marco conceptual para analizarlo en términos concretos. Se revisa la evolución del derecho a la libre determinación indígena y las obligaciones que asumió el Estado al ratificar el Convenio 169 y votar a favor de la Declaración. La evolución del derecho revela que existe una “escala de libre determinación”, compuesta de tres grados o niveles que ilustran las distintas formas que la libre determinación puede tomar en la práctica. Además, se introducen otros dos aspectos de la libre determinación que se deben considerar en su implementación: su aspecto temático y su aspecto colectivo. El marco conceptual que se desarrolla en esta sección cumple dos propósitos: ofrecer un método sistemático para evaluar el estatus de implementación de la libre determinación, y servir de herramienta para mapear una estrategia orientada a reforzar la libre determinación indígena.

Precisamente, en la segunda parte del análisis se aplica el marco conceptual establecido para evaluar la implementación del derecho a la libre determinación en Chile. Para hacerlo, se revisa una selección de normas y políticas indígenas específicas, y se las sitúa en la escala de libre determinación indígena para medir el avance tres años después de la ratificación del Convenio 169. Se revelará que, con algunas excepciones, el estatus de implementación es bajo.

1. EL CONCEPTO DE LIBRE DETERMINACIÓN

En términos muy básicos, el derecho indígena a la libre determinación significa que son los pueblos indígenas quienes deben tomar las decisiones sobre los asuntos que afectan su vida y su futuro. Aun siendo un concepto básico, su reconocimiento en el derecho internacional –y en particular en el contexto indígena– tiene una larga y complicada historia. Además, la concreción en la práctica de este principio presenta dificultades profundas porque muchas veces los asuntos sobre los cuales los pueblos indígenas deben tomar decisiones –en cumplimiento de la libre determinación– son los mismos sobre los cuales el Estado tiene un fuerte interés por decidir.

En el proceso de implementación de la libre determinación siempre se genera una tensión entre el Estado y el pueblo indígena, puesto que el primero busca proteger su poder y el segundo aumentarlo. Para manejar estas tensiones es necesario definir claramente el concepto de libre determinación, saber qué formas puede tomar y cómo se puede transferir el control desde el Estado hacia el pueblo indígena. En consecuencia, para explicar qué se entiende por libre determinación en términos concretos, en esta sección se revisa la evolución del derecho y luego se ofrece un método para conceptualizarla en la práctica.

1.1. La libre determinación indígena en el derecho internacional aplicable en Chile

Antes de revisar la historia y evolución del derecho indígena a la libre determinación, repasemos brevemente su estatus actual. Desde el inicio del movimiento indígena mundial, que planteó ante los órganos de derechos humanos de la ONU y la OIT un conjunto de derechos humanos específicamente orientados a la protección de los pueblos indígenas, se ha debatido sobre el concepto de libre determinación, sobre su reconocimiento como un derecho *indígena* y sobre su significado en el contexto indígena.¹ En 2007, el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación fue por primera vez explícitamente reconocido en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El artículo 3 de la Declaración establece: “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Por su parte, el artículo 4 establece que “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

Si bien la Declaración es el primer instrumento internacional que incorpora de manera explícita las palabras “libre determinación”, este derecho tiene sus raíces en varios instrumentos anteriores y en las interpretaciones que de ellos han hecho varios órganos internacionales de derechos humanos, principalmente del Convenio 169, ratificado por Chile en 2008. Como se verá, aunque en este instrumento se evitó cuidadosamente utilizar la expresión “libre determinación”, el contenido del derecho (ahora reconocido en la Declaración) es omnipresente en el Convenio. De hecho, la OIT explica que uno de los objetivos cen-

¹ Lee Swepston, “Indigenous and Tribal Peoples and International Law: Recent Developments”, *Current Anthropology* 30(2), 1989, pp. 259-264.

trales del Convenio es “fijar las condiciones necesarias para el autogobierno y (...) ofrecer medios para que los pueblos mencionados puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios”.²

En el preámbulo del Convenio 169 se reconoce que “la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.³ A la luz de esta necesidad de reorientar el derecho y la política indígenas en un nivel global, el preámbulo continúa reconociendo “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”. El artículo 7 del Convenio transforma esta aspiración en un derecho concreto y establece que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que este 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”.

En el concepto de libre determinación cristaliza una nueva política cuyo objeto es romper con la historia de asimilación. Este objetivo se revela también en los demás artículos del Convenio 169, que establecen una fuerte preferencia por mayor control –libre determinación– de los pueblos indígenas sobre diversos asuntos mediante mecanismos de “consulta” (artículos 6, 15, 17, 22, 27 y 28), “participación” (artículos 1, 2, 7, 15, 22, 23 y 27), “control” indígena (artículos 7 y 25), “responsabilidad” indígena (artículos 22, 25 y 27) y “cooperación” (artículos 5, 7, 20, 22, 25, 27 y 33), con el fin de asegurar que los pueblos interesados tengan incidencia en las leyes, las políticas y los programas que les afecten y que incidan en su futuro. La OIT plantea que este conjunto de derechos trae consigo “mecanismos importantes para la concreción del derecho de libre determinación, tal cual está reflejado en la Declaración”.⁴

Tanto la Declaración, que reconoce el derecho de libre determinación, como el Convenio, que reconoce una serie de derechos que en su conjunto constituyen la libre determinación, hoy son parte integral del marco jurídico aplicable al contexto indígena chileno. Con su rati-

2 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual”, www.ilo.org.

3 Por “normas anteriores” se refieren al Convenio 107 de la OIT (1957) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, que fue reemplazado por el Convenio 169. Ver Lee Swepston, “Indigenous and Tribal Peoples and International Law: Recent Developments”, e “Indigenous and Tribal Populations: A Return to Centre Stage”, *International Labour Review* 126(4), 1987.

4 OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, www.ilo.org.

ficación, el 15 de septiembre de 2008,⁵ el Convenio 169 se incorporó al cuerpo de normas legales nacionales. Además, por ser un tratado de derechos humanos, adquiere aun mayor fuerza en la jerarquía legal del país y está por sobre la propia Constitución.⁶ Por consiguiente, al ratificar el Convenio el Estado asumió la obligación legal de implementar los derechos específicos relacionados con la libre determinación.

El estatus legal de la Declaración, en cambio, no es tan claro. Internacionalmente se considera parte del derecho consuetudinario, y los órganos internacionales de monitoreo de derechos humanos –a los que Chile está sujeto mediante exámenes periódicos y en casos concretos– la consideran una fuente de autoridad relevante y persuasiva para la interpretación y aplicación de otros convenios y tratados relacionados.⁷ El voto de Chile a favor de la Declaración refleja el compromiso político del Estado con el reconocimiento y promoción de los derechos establecidos en la Declaración. En la ocasión, el representante de Chile ante la ONU expresó:

En la gran tarea nacional que estamos desplegando para construir una sociedad más inclusiva, diversa y tolerante, la Declaración de las Naciones Unidas es un paso significativo en esa dirección. En este marco, queremos reiterar el principio esencial de nuestro orden jurídico interno de “respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades”, que inspira las políticas públicas que se están implementando y las iniciativas que se están propiciando para el desarrollo económico, social y cultural de nuestros pueblos indígenas. Esta Declaración de las Naciones Unidas servirá para fortalecer esos esfuerzos nacionales, que se llevan a cabo a través del diálogo, el respeto por nuestras particularidades, la observancia de nuestros compromisos internacionales y, muy especialmente, de nuestra institucionalidad, estado de derecho y normas jurídicas internas.⁸

5 Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 236 que promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, 2008.

6 Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 2009, p. 22. El artículo 5 de la Constitución Política de Chile dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

7 James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Wolters Kluwer Law & Business | Aspen Publishers, 2009, pp. 79-82; Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya”, U.N. Doc. N° A/65/264, 9 de agosto de 2010, párr. 59-63.

8 ONU, 107° Sesión Plenaria de la Asamblea General, U.N. Doc. N° A/61/PV.107, 13 de septiembre de 2007.

1.2. Evolución del derecho indígena a la libre determinación en el derecho internacional

Aunque la ratificación del Convenio y el voto a favor de la Declaración obligan a los Estados a promover la libre determinación indígena, aún no está claro cómo funciona en la práctica ni cuáles son los pasos necesarios para implementarla. Por eso, para entender los cambios que supone es útil conocer su evolución como derecho en el ámbito internacional.

Como derecho humano, la libre determinación aparece en dos pactos internacionales de derechos humanos fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰ (PIDCP e PIDESC, respectivamente), ambos adoptados por la ONU en 1966. Los primeros artículos de estos pactos son idénticos: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Estas provisiones son casi idénticas a aquella incorporada en la Declaración.

Entonces, para interpretar el significado de la libre determinación en el contexto indígena, un punto de partida lógico es examinar estos dos pactos internacionales y el sentido que en ellos se atribuye a la libre determinación. Los primeros artículos de estos pactos fueron los instrumentos legales que alentaron la descolonización de África y la formación de Estados independientes africanos en los años sesenta. Por eso, el concepto de libre determinación llegó a ser un sinónimo de independencia: se entendía que si un determinado pueblo tenía derecho a la libre determinación, le correspondía también el derecho a la independencia y a formar un nuevo Estado, supuestamente con el respaldo de organizaciones internacionales como la ONU. Si esta interpretación se aplica al contexto indígena, es posible concluir que la libre determinación conlleva un derecho de independencia y de formar nuevos Estados indígenas. Sin embargo, en el contexto indígena el concepto suele tener un significado más matizado, en parte a causa del hito que supuso, en la evolución del derecho indígena internacional, el proceso de redactar y adoptar el Convenio 169.

Aunque el Convenio marca el comienzo de la era de la libre determinación indígena, la expresión en sí misma fue intencional y cuidadosamente excluida del Convenio para evitar que se interpretara como un sinónimo del derecho a la independencia. En esa época, e incluso hasta el día de hoy,¹¹ muchos Estados compartían la idea de que la inclusión

⁹ Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Ver, por ejemplo, las palabras de los representantes ante la ONU de Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos durante la votación sobre la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Luego, todos esos países anunciaron su apoyo a la Declaración. Documento de la ONU N° A/61/PV.107, 13 de septiembre de 2007.

del derecho a la libre determinación en términos explícitos podría interpretarse como un derecho a la independencia, como ocurrió con los primeros artículos comunes del PIDCP y el PIDESC.¹² Si se hubiera apoyado esa interpretación, los Estados con poblaciones indígenas importantes nunca hubieran dado su apoyo al Convenio, por el temor de poner en riesgo su integridad territorial.

Estos temores también generaron un debate sobre el uso del término “pueblos” en el Convenio.¹³ Al final, se utilizó la expresión “pueblos indígenas”, pero las palabras “libre determinación” fueron excluidas del texto. Para evitar tomar partido frente a estos asuntos contenciosos, el Convenio incluyó en su primer artículo la siguiente advertencia: “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” (énfasis en el original). En este caso, con “derecho internacional” se está refiriendo al PIDCP y el PIDESC.

El debate sobre el uso del término “pueblos” y la incorporación explícita o no del derecho a la libre determinación son clave para entender qué significa la libre determinación indígena y cómo se concreta. Sobre la base de las dudas de los Estados respecto del reconocimiento de la libre determinación indígena, y del texto finalmente aprobado del Convenio 169, emergió una nueva interpretación de la libre determinación que se aplicó específicamente al contexto indígena. Según esta, la libre determinación puede manifestarse de dos formas: externa e interna.

La libre determinación *externa* es aquella reconocida en el PIDCP y el PIDESC, donde el ejercicio del derecho tiene como consecuencia la independencia y formación de un nuevo Estado. En cambio, la libre determinación interna rompe con el significado tradicional al implicar un ejercicio del mismo derecho pero no la formación de un nuevo Estado, sino la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente sus futuros dentro de los Estados en que viven. Como se observa, esta segunda noción se desarrolló para que los Estados accedieran a reconocer la libre determinación –dejando de lado los reparos respecto de posibles divisiones– y aprobaran el Convenio 169.

Sin embargo, esta distinción implica que los pueblos indígenas gozan de una libre determinación especial o diferenciada en comparación con los otros pueblos del mundo; en otras palabras, la libre de-

¹² James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, p. 38; OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, p. 25.

¹³ Lee Swepston, “Indigenous and Tribal Peoples and International Law: Recent Developments”, y “A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989”, *Oklahoma City University Law Review* (15)3, 1990, pp. 677-714.

terminación indígena es limitada. Según esta interpretación, la libre determinación interna es algo menor que aquella reconocida en el primer artículo del PIDCP y el PIDESC, y no ofrece el respaldo legal para movimientos independentistas indígenas.

La interpretación de la libre determinación como un derecho que no solo tiene expresión en la independencia, sino que también puede manifestarse internamente, es producto del movimiento indígena y una estrategia para avanzar en el reconocimiento de los derechos indígenas incluso en un contexto político resistente. Desde el punto de vista histórico, en los instrumentos relativos a los pueblos indígenas el reconocimiento de la libre determinación parece tener un límite en la secesión y la formación de un nuevo Estado. De hecho, la Declaración, que sí reconoce la libre determinación, explicita este límite en su artículo 46: “Nada de lo contenido en la presente Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

No obstante, además de la secesión, la libre determinación interna reconoce un derecho amplio de los pueblos indígenas a ciertos espacios de autonomía dentro del Estado –definidos sea por geografía, por tema o por institución–, y la autoridad de tomar decisiones o al menos de participar en la toma de decisiones sobre los asuntos que les afectan directa y únicamente. En síntesis, la libre determinación interna promueve la libre determinación en su forma más robusta, sin contemplar la separación de los pueblos indígenas del Estado.

Hasta la fecha, la posición según la cual la libre determinación es un derecho que se puede manifestar externa o internamente, y que últimamente favorece la libre determinación interna para los pueblos indígenas, ha dominado los debates sobre la materia. Se entiende que la libre determinación interna ofrece un equilibrio entre los intereses de los Estados por proteger su soberanía y las demandas indígenas de mayor autonomía y autoridad sobre decisiones que tengan impactos directos en la vida de su pueblo. No obstante, en años recientes ha surgido un rechazo a esta interpretación. Uno de los expertos internacionales más destacados, el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, plantea una lectura alternativa al derecho a la libre determinación.¹⁴ Según su análisis, sostener que para los pueblos indígenas la libre determinación es “especial”

14 James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2009, y James Anaya, “A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 3(131), 1993.

o “diferenciada” en comparación con los demás pueblos del mundo (por ejemplo, los pueblos de África o Asia) es una violación del principio de igualdad, principio básico que fundamenta todos los derechos humanos. Anaya argumenta que el derecho a la libre determinación es el mismo para todos y que los pueblos indígenas, como cualquier otro pueblo del mundo, tienen el derecho de optar por la independencia.

Además, arguye que es erróneo pensar que la libre determinación se relaciona únicamente con la formación de un nuevo Estado, puesto que se trata de un concepto infinitamente más amplio, que incluye un sinnúmero de otros ordenamientos internos entre los pueblos indígenas y el Estado. Un ejemplo es el punto intermedio entre la formación de un nuevo Estado y el mero reconocimiento de derechos individuales: el concepto de derechos colectivos, cuyos titulares son los pueblos indígenas que viven dentro de Estados ya constituidos, concepto que han planteado pueblos originarios en todo el mundo, logrando en numerosas ocasiones su reconocimiento.

En síntesis, aunque en concordancia con el principio de igualdad a los pueblos indígenas no se les ha negado la libre determinación externa, en la práctica lo que se busca es la libre determinación interna. Y los Estados, al ratificar el Convenio 169 y expresar su apoyo a la Declaración, asumen la obligación de crear el espacio necesario para el ejercicio de esta libre determinación. Según Anaya y Erica-Irene Daes (una de las personas clave en la redacción de la Declaración), cuando un Estado se niega a crear las oportunidades adecuadas para el ejercicio de la libre determinación interna, se puede concluir que a los pueblos indígenas se les ha negado el derecho a vivir en una democracia, con lo cual resurge la cuestión de la independencia.¹⁵ El reconocimiento de la libre determinación indígena constituye un intento por reparar el hecho de que los pueblos indígenas no participaron en la formación de los Estados en que viven, intento que provee la oportunidad para reformular el tipo de relación e integración que desean tener con los Estados y de asegurarles que, como cualquier otro pueblo del mundo, los pueblos indígenas viven bajo el alero de un gobierno democrático representativo.¹⁶ Ello implica que solo se recurriría a la formación de un nuevo Estado como último recurso, en caso de que un Estado se negara a adaptarse a la libre determinación interna.

Sin embargo, como apunta Anaya, en muy contadas ocasiones los pueblos indígenas han hecho reclamaciones de independencia. No es que la libre determinación como derecho no respalde tal opción, sino que los pueblos indígenas no la han escogido. Es la libre determinación

¹⁵ James Anaya, “A Contemporary Definition...”, y Erica-Irene Daes, “Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination”, *Transnational Law & Contemporary Problems* 3(1), 1993.

¹⁶ Erica-Irene Daes, *op. cit.*

interna la que ha sido el centro de los debates de implementación de los derechos indígenas. De los instrumentos internacionales relativos a los derechos indígenas, y de los esfuerzos internacionales por hacerlos efectivos, se desprende que lo que se busca es establecer un equilibrio entre la soberanía estatal y la libre determinación indígena. Tanto los artículos del Convenio 169 y la Declaración como el trabajo del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, del Relator Especial y de los comités encargados de supervigilar los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros órganos internacionales, operan con el respeto por la soberanía estatal –al asumir que los pueblos indígenas siguen siendo parte de los Estados en los cuales viven– y buscan conciliarlo con el objetivo de ampliar los espacios de autonomía, independencia y participación indígena *dentro* del Estado.

En el presente análisis no se exploran las circunstancias en que el derecho a la libre determinación indígena implica la secesión y formación de un nuevo Estado. Se trabaja sobre la premisa de que la libre determinación en general se manifiesta internamente respecto de temas y de espacios específicos, y en ese marco es que cabe precisarel análisis y preguntarse si existen o pueden existir espacios para el ejercicio de la libre determinación dentro de las estructuras legales, políticas y sociales internas de un Estado, y si estas estructuras se deben modificar para implementar la libre determinación indígena. Así, para realmente participar en la discusión sobre la implementación de la libre determinación indígena es fundamental identificar las diversas formas que esta puede adquirir dentro de un contexto nacional. En otras palabras, es necesario crear un marco conceptual pragmático de la libre determinación.

1.3. Método para conceptualizar la libre determinación indígena en la práctica

Para crear un marco conceptual pragmático de la libre determinación indígena, es necesario referirse a la definición más básica de libre determinación: la determinación de quién tiene el derecho de tomar una decisión sobre los asuntos que afecten de alguna manera a los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta el derecho internacional, hay tres respuestas posibles a esta pregunta: i) que el Estado, y solo el Estado, tome la decisión; ii) que los pueblos indígenas, y solo los pueblos indígenas, tomen la decisión; o iii) que el Estado y los pueblos indígenas compartan la toma de decisiones.

La primera opción, donde el Estado es el único actor relevante en la toma de decisiones sobre asuntos indígenas, corresponde a lo ocurrido en los siglos de colonización, con sus políticas integracionistas, asimilatorias y paternalistas, que persisten hoy día y cuyos efectos han sido

desastrosos para muchos pueblos indígenas. El derecho internacional rechaza terminantemente esta situación; de hecho, uno de los objetivos explícitos del Convenio 169 es romper el patrón de asimilación de los pueblos indígenas, y la Declaración de la ONU es una continuación aun más firme de este objetivo. El derecho internacional rechaza la noción de que los Estados saben lo que es mejor para los pueblos indígenas, y promueve la creencia de que son estos quienes saben lo que es mejor para ellos mismos y que, como mínimo, tienen el derecho colectivo de participar en la toma de decisiones sobre asuntos que les afecten. Entonces, es claro que no corresponde que el Estado solo sea quien tome las decisiones sobre asuntos indígenas.

La segunda opción plantea que son los pueblos indígenas y solo ellos los que deben tomar las decisiones y que el Estado –junto con la legislación y la Constitución– debe excluirse del proceso. La eliminación total de la influencia del Estado es similar a la formación de un nuevo Estado, o a la libre determinación *externa* antes descrita. Por eso el derecho internacional relativo a los derechos de los pueblos indígenas no promueve esta opción sino como último recurso, pues pretende respetar siempre que sea posible la soberanía estatal y la integridad territorial.

La tercera opción, que propone un arreglo en el cual los Estados y los pueblos indígenas comparten la autoridad sobre la toma de decisiones, es la que respalda el derecho internacional. La idea es que los pueblos indígenas tengan un papel clave en la toma de decisiones, pero que el Estado no desaparezca de la ecuación; en esencia, se trata de la libre determinación *interna*. Además, el derecho internacional promueve aumentar progresivamente la autoridad indígena cuando se trate de asuntos propios; en los intentos de balancear la autoridad respectiva de ambos actores, cuando sea posible son los pueblos indígenas quienes deben tener mayor autoridad para tomar decisiones sobre asuntos que les afectan directamente.

La escala de libre determinación se construye sobre la base de estas tres opciones (ver Figura 1). Un extremo corresponde a la primera opción, paternalista y asimilatoria, en que el Estado tiene todo el poder y los pueblos indígenas quedan sin libre determinación. Al otro extremo de la escala se ubica el equivalente a la independencia indígena, en que la presencia estatal es nula y los pueblos indígenas tienen el máximo de libre determinación. Entre estos dos extremos se encuentra la opción que respalda el derecho internacional, en la cual los pueblos indígenas siguen siendo parte del Estado, pero con la posibilidad de ejercer el máximo nivel de control, es decir, de libre determinación.

Figura 1. **Escala de libre determinación**



Visualizar la libre determinación en una escala permite comprender no solamente los contornos de la libre determinación indígena, sino también las distintas formas que puede adquirir en la práctica. Es decir, entender que hay un espectro de libre determinación permite detallar algunos grados que se manifiestan en la zona de “autoridad compartida”. Como señala Anaya,¹⁷ la libre determinación indígena implica una multitud de ordenamientos entre el Estado y los pueblos indígenas, de manera que las esferas de autoridad respectivas puedan separarse, compartirse o sobreponerse. Entonces, dentro de la categoría de “autoridad compartida” es posible encontrar otra escala de libre determinación.

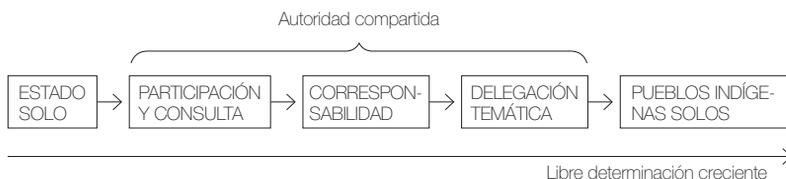
Con el objeto de profundizar en el análisis de la libre determinación y de explorar los posibles ordenamientos, hemos dividido la zona de “autoridad compartida” en tres categorías o grados de libre determinación (ver Figura 2). Primero, el derecho internacional establece, como mínimo, que los pueblos indígenas tienen el derecho de participar –principalmente mediante la consulta– en la toma de decisiones sobre los asuntos que les afecten. Entonces, el primer grado de la libre determinación es el ejercicio del derecho mediante la consulta o participación. Segundo, los instrumentos internacionales promueven un aumento progresivo de la autoridad indígena y la disminución de la del Estado en la toma de decisiones, estableciendo para ello el derecho a la autonomía y autogobierno en general, y delegando la autoridad a los pueblos indígenas en la toma de decisiones y el control de programas en ciertas áreas temáticas; esta figura de la delegación temática corresponde al otro extremo de la escala. Entre estos dos extremos se ubica la autoridad igualitaria, en que la toma de decisiones no favorece ni al Estado ni a los pueblos indígenas; en esencia, se trata de un régimen de corresponsabilidad.

Esta escala de libre determinación muestra un aumento del control indígena mientras se avanza hacia la derecha, pero también muestra el proceso inverso: un descenso en el control relativo del Estado. Con cada acercamiento hacia la libre determinación disminuye la presencia o influencia del Estado. Entendida así, la escala indica la necesidad de un cambio en la manera de diseñar e implementar políticas y programas indígenas, desde las estrategias tradicionales de diseño de políticas y programas “desde arriba hacia abajo” hacia una estrategia que va “desde abajo hacia arriba”. La categoría “participación y consulta” des-

17 James Anaya, “A Contemporary Definition...”

cribe una situación en la cual el origen de las ideas y los mecanismos para su implementación siguen estando en manos del Estado, que es el que propone, mientras que los pueblos indígenas solo participan. Por su parte, la categoría “delegación temática” corresponde a la situación inversa: los pueblos indígenas son los que proponen e implementan y el Estado más bien apoya.

Figura 2. **Escala de libre determinación de la autoridad compartida**



En todo caso, estos tres grados de libre determinación son rudimentarios y simplifican el complejo concepto de libre determinación y las formas que puede tomar en la práctica. Dentro de cada categoría existe un sinfín de posibles arreglos, algunos que favorecen a la libre determinación y otros que no tanto. Así, en la categoría de consulta y participación, no todas las consultas o formas de participación son iguales. Por ejemplo, es muy significativa la diferencia entre una consulta que se realiza durante una sola jornada, que con toda probabilidad no cumple con los estándares del Convenio 169 aunque lleve la denominación de “consulta”, y una consulta que toma años e incluso décadas en realizarse y que realmente representa una relación de igualdad y cooperación entre el Estado y el pueblo indígena, ya que las decisiones finales reflejan las aspiraciones del pueblo afectado. La categoría “delegación temática” también incluye un amplio rango de situaciones. La entrega del control de una sola escuela en una sola comunidad indígena puede entenderse como una delegación temática, pero también es una delegación el control sobre un tema –uso de tierra, poder legislativo, administración de justicia– en su totalidad; mientras más temas se delegan al control indígena, la libre determinación es más robusta. Pero la “delegación temática” no solamente se refiere a una delegación paulatina, tema por tema; también se pueden establecer zonas geográficas autónomas para que un pueblo indígena ejerza el autogobierno dentro de su territorio.¹⁸ Como es evidente, el progreso desde un lado del espectro hacia el otro puede ser drástico y repentino, u ocurrir paulatinamente.

¹⁸ El establecimiento de zonas autónomas es una de las soluciones que discute Anaya en su artículo “A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination”.

Además de la *forma* de la libre determinación y del grado de exclusividad de la autoridad indígena –“consulta y participación”, “corresponsabilidad” o “delegación temática”–, se puede considerar en su aspecto temático y su aspecto colectivo. El aspecto temático intenta responder a la pregunta “¿libre determinación *sobre qué?*”. La libre determinación –o la autoridad para tomar decisiones– puede versar sobre áreas temáticas como el desarrollo, la educación, la salud, la organización y estructura interna del pueblo, la administración de justicia, el uso y manejo de los recursos naturales, la legislación y la creación de normas, y un sinnúmero de otros temas abarcados en el derecho internacional y que afectan la vida y el futuro de los pueblos indígenas. El aumento de la libre determinación en el aspecto temático también puede ser drástico, mediante la transferencia rápida del control sobre muchos temas, o gradual, con la transferencia del control tema por tema.

El aspecto colectivo de la libre determinación indígena se ocupa de la pregunta “¿*quién* ejerce la libre determinación?”. Claro, este es un derecho que pertenece a los “pueblos indígenas” tal como se los define en el derecho internacional, pero más que a esta definición, la pregunta refiere a su organización sociopolítica interna, es decir, a la definición e identificación de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Cada pueblo originario alrededor del mundo tiene su propia forma de organizarse política y socialmente para tomar decisiones, algunos con sistemas más centralizados y jerárquicos que otros. No obstante esta diversidad, cuando se considera el aspecto colectivo de la libre determinación, es necesario identificar quién compone el colectivo o, más precisamente, en qué nivel del colectivo se ejerce la libre determinación. Aquí es posible identificar tres opciones generales, sin establecer una preferencia de una opción por sobre otra. Primero, la libre determinación puede ejercerla la unidad más pequeña o local del pueblo, por ejemplo una sola comunidad u organización que compone solo una parte del pueblo. Segundo, puede ejercerla la unidad que abarca al pueblo entero, caso en que la libre determinación refleja la voluntad del pueblo en su totalidad. Tercero, puede ejercerla un nivel intermedio, por ejemplo una agrupación de comunidades u organizaciones que actúan en conjunto, pero que no alcanzan a representar al pueblo entero. Para complicar aun más el análisis, el nivel del pueblo que ejerce la libre determinación puede variar por tema; por ejemplo, puede ser que las decisiones internas sobre el uso de las tierras las tome el nivel correspondiente al pueblo, mientras que las decisiones sobre la educación las tome una unidad más local.

Se puede decir que la delegación de cada vez más temas al control indígena consolida la libre determinación; se consolida también cuando se incrementa desde la consulta y participación a la delegación temática el *grado* de libre determinación. Pero no es posible hacer un juicio análogo sobre la relación entre los aspectos temáticos y colectivos y la solidez de li-

bre determinación, puesto que el valor relativo de estos factores depende de las particularidades de cada pueblo indígena. Para algunos el control territorial es el tema más importante, mientras que para otros lo es el control sobre la educación, la salud, el desarrollo o la justicia. Y en cuanto a la unidad organizacional que ejerce el control, su importancia también depende de los valores y estructuras de cada pueblo. Para aquellos pueblos con estructuras sociopolíticas jerárquicas tal vez la libre determinación más sólida es la que ejerce el nivel del pueblo entero, mientras que para aquellos que valoran la descentralización, y cuyas estructuras sociopolíticas son más horizontales, podría ser preferible el ejercicio de la libre determinación en el nivel más local o en la unidad más básica del pueblo. Son decisiones que ellos mismos tendrán que tomar.

2. IMPLEMENTACIÓN EN CHILE DEL DERECHO INDÍGENA A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Establecido el marco conceptual que servirá para estructurar el análisis, nos embarcamos en el ejercicio de analizar el estado de la libre determinación indígena en Chile utilizando la escala de libre determinación y sus tres categorías. Primero se examinan las formas de libre determinación más sólidas reconocidas (o no) en la legislación indígena interna y luego se revisan las formas más restringidas, es decir, la consulta y participación, siempre considerando que estas categorías son generalizaciones imperfectas. Además, la diferencia entre categorías no siempre es clara y la mayoría de las políticas y los programas del Estado abarcan más de una.

El análisis, que no pretende ser exhaustivo sino más bien ilustrativo del nivel de implementación alcanzado en el país, se enfoca en la legislación y las políticas específicamente orientadas a los pueblos indígenas en Chile, en la ley indígena y en la ley *lafkenche*, así como en aquellas provisiones legislativas o normativas que mencionan explícitamente a los pueblos indígenas. Como se verá, en la mayoría de los casos la libre determinación indígena en Chile apenas se ha desarrollado; en consecuencia, el Estado, que solo ha creado algunos espacios mínimos para la participación indígena, algunos de los cuales no funcionan en la práctica, se ubica consistentemente en el extremo más bajo de la escala.

2.1. Libre determinación en el nivel de delegación temática

El artículo 4 de la Declaración de la ONU reconoce el derecho de los pueblos indígenas al “autogobierno” y “autonomía”, y el artículo 5 reconoce el derecho a desarrollar y mantener sus propias instituciones políticas. Aunque el Convenio no incluye una referencia tan clara, es

consistente con el principio de autogobierno y en general promueve el control indígena sobre asuntos indígenas y protege el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus propias instituciones. Una estrategia para cumplir estas prescripciones e implementar la libre determinación en su forma más robusta es el establecimiento de la autonomía (geográfica o temática) indígena o de un marco jurídico que posibilite la existencia de un sistema de autogobierno indígena.¹⁹

En la actualidad, el derecho interno chileno carece de un mecanismo para establecer gobiernos indígenas o zonas de autonomía. De hecho, la creación de nuevas instituciones gubernamentales está estrechamente restringida y regulada. En este caso, una “institución gubernamental” es aquella entidad que goza del respaldo o del respeto del Estado chileno y que puede ejercer diversos poderes gubernamentales, por ejemplo, poseer la autoridad de establecer normas, de tomar y ejecutar decisiones, y de resolver conflictos.

Según la Constitución, la única autoridad competente para crear un tipo de institución que realmente goce de las facultades necesarias para funcionar es el Estado. En Chile, las únicas divisiones territoriales son las regiones, las provincias y las comunas, cada una con su entidad gubernamental respectiva.²⁰ Los poderes y facultades de estas instituciones,²¹ el nombramiento de sus líderes²² y su relación con los demás órganos del Estado se establecen en la Constitución y las leyes orgánicas respectivas. Entonces, según la ley vigente, la creación de nuevas instituciones gubernamentales con jurisdicción sobre un territorio definido no es una vía factible para ejercer la libre determinación.

Es posible argumentar que la estructura constitucional de Chile es flexible en lo que respecta a la formación y operación de nuevas comunas. A diferencia de las regiones y las provincias, las comunas representan una forma de control local donde los funcionarios –principalmente el alcalde y el concejo– son elegidos por los residentes de la comuna respectiva, y donde el grado de control sobre el desarrollo goza de una cierta autonomía respecto del gobierno central. Como se

19 James Anaya, “A Contemporary Definition...”.

20 Constitución Política de Chile, cap. XIV, art. 110: “Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y estas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas”.

21 *Íd.*, “La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional”.

22 *Íd.*, art. 111: “El gobierno en cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República (...). La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”. Art. 116: “En cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. Estará a cargo de un gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República”. Art. 118: “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo”.

observa, la estructura de la comuna parece propicia para la implementación de la libre determinación indígena. Pero, aunque es verdad que representan una oportunidad para que los pueblos indígenas se inserten en la toma de decisiones y ejerzan control dentro de las comunas,²³ estas no tienen un carácter específicamente indígena, y la creación de comunas, su delimitación territorial, su estructura organizacional, sus facultades y su interrelación con el Estado sigue estableciéndolos únicamente el Estado.²⁴ Las operaciones de las municipalidades, la coordinación de su financiamiento y la cooperación entre ellas quedan bajo la supervisión y coordinación del Ministerio del Interior.

Las limitaciones sobre el establecimiento de nuevas instancias gubernamentales se extiende a entidades como nuevos tribunales de justicia, otros ministerios, otro congreso o cualquier otra institución gubernamental de las que se compone el Estado. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas no puedan influenciar tales procesos, pero la soberanía estatal predomina y no existe una vía, con sanción legal, para el establecimiento del autogobierno ni de la autonomía.

Ante la carencia de un marco jurídico para el autogobierno indígena en sentido amplio, queda la posibilidad de delegar el control sobre áreas temáticas definidas. Hoy en día, la legislación chilena registra solo un ejemplo de delegación temática: la Ley 20.249 –ley Lafkenche– de 2008, que crea el espacio costero marino de pueblos originarios. Según el artículo 3, el objetivo de esta ley “será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero”. Para alcanzar este objetivo central, una asociación de comunidades indígenas que demuestre su uso consuetudinario del borde costero puede solicitar la destinación de una delimitada zona costera para su uso y administración. El proceso, que involucra a varias entidades estatales, culmina con la firma de un convenio de uso entre la asociación de comunidades postulante y la Subsecretaría de Pesca. Luego la asociación de comunidades tiene el derecho de administrar conjuntamente el espacio designado, según un “plan de administración” elaborado por las mismas comunidades. El plan de administración alude al ámbito de competencia asumido por la asociación, que identifica y define los usos y actividades que los integrantes de las comunidades, así como terceros, desarrollarán dentro del espacio costero.²⁵ Uno de los usos posibles que contempla la

23 En Chile existen ejemplos de esa estrategia, gracias a la cual agrupaciones de comunidades indígenas han logrado promover la creación de comunas y la participación indígena ha adquirido posiciones de liderazgo.

24 Constitución Política de Chile, cap. XIV, art. 118: “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

25 Ministerio de Planificación, Decreto N° 134 que aprueba reglamento de la Ley 20.249 que

ley es la explotación de recursos, para lo cual la asociación debe elaborar también un “plan de manejo”.²⁶ Además, la ley *lafkenche* otorga a la autoridad de la asociación de comunidades la facultad de resolver conflictos entre usuarios. Para ello, el plan de administración debe incluir las normas de resolución de conflictos internos y con otros usuarios.²⁷

Aunque los planes de administración y de manejo deben cumplir con la normativa vigente en Chile, la ley *lafkenche* representa un importante avance en cuanto a la apertura de espacios para el ejercicio de la libre determinación. Es el único ejemplo que realmente puede clasificarse en la tercera categoría de la escala, como una delegación explícita de autoridad a los pueblos indígenas sobre un tema específico. Eso no implica que esté libre de restricciones y límites impuestos por las normas sectoriales, sin mencionar que para realizarse debe pasar por un riguroso y costoso procedimiento burocrático que requiere varias etapas de aprobación. Además, todavía es difícil predecir cómo funcionará en la práctica: a pesar de que se han presentado más de veinticinco solicitudes de comunidades, solo una ha sido totalmente aprobada, y todavía se espera la destinación final del espacio para poder ejercer el control otorgado por ley.²⁸ Sin embargo, una vez que se aprueba la solicitud, se destina el espacio y se firma el convenio de uso, la asociación de comunidades supuestamente goza del ejercicio amplio de autoridad sobre una zona geográfica y sus recursos naturales, lo que constituye una importante fuente de desarrollo económico para sus miembros.

2.2. Libre determinación en el nivel de corresponsabilidad

Las normas chilenas relativas a asuntos indígenas no poseen mecanismos legales ni procedimientos claros para establecer la corresponsabilidad estatal-indígena sobre temas que afecten a los pueblos indígenas. Es decir, no existen mandatos específicos y explícitos para promover e implementar la corresponsabilidad. Sin embargo, como dijimos las tres categorías en la escala de libre determinación son rudimentarias y la línea divisoria entre el nivel “consulta y participación” y el de “corresponsabilidad” es fina, por lo que es posible ofrecer algunos ejemplos concretos en que la participación indígena está empezando a asumir un aspecto de corresponsabilidad.

Un ejemplo de la participación *plus* o de corresponsabilidad se encuentra en las políticas relativas a las áreas silvestres protegidas y la posibilidad de que las comunidades y asociaciones indígenas participen

crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, 26 de mayo de 2009, art. 9.

²⁶ *Id.*, art. 10.

²⁷ *Id.*, art. 9.

²⁸ Subsecretaría de Pesca, Estado de situación solicitudes ECMPO en trámite, <http://200.54.73.149/solicitudes.htm>.

en su administración y manejo. La participación en este contexto deriva principalmente del artículo 35 de la ley indígena, donde se establece que “en la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las Comunidades Indígenas”. Es decir, el mandato legal es para la *participación*, no para la *corresponsabilidad*. Además, en este contexto la participación indígena no es una garantía general, sino que el mandato legal solo se aplica cuando los límites de un área protegida coinciden o están superpuestos con los límites de un ADI. Con ello, las comunidades indígenas afectadas quedan a merced de la interpretación que la Conaf y la Conadi hagan del significado de “participación” a favor de las comunidades.

A lo largo del país existen dieciocho áreas silvestres protegidas vinculadas con poblaciones indígenas donde podría aplicarse el artículo 35,²⁹ y aunque la implementación no ha sido total ni uniforme, varias comunidades y agrupaciones de comunidades indígenas han logrado incidir en la administración y manejo de áreas protegidas aledañas. Algunas de estas comunidades –por ejemplo en San Pedro de Atacama respecto de la Reserva Nacional Los Flamencos– han logrado un grado de control significativo sobre espacios territoriales en o cerca de sus comunidades, y dentro de sus territorios ancestrales. Tanto las comunidades como la Conaf describen esta experiencia como una coadministración de la Reserva, donde las comunidades tienen autoridad sobre algunas decisiones y la Conaf sobre otras.

2.3. Libre determinación en el nivel de consulta y participación

En Chile, la mayoría de las normas y políticas indígenas que tocan el tema de la libre determinación se limitan a abrir espacios para la consulta y participación de los pueblos indígenas únicamente en la implementación de programas y políticas originados en diversos órganos del Estado. Aquí se ofrece solamente una muestra de estas normas, después de un breve comentario sobre la consulta y participación en Chile en general.

Las políticas y normas jurídicas que regulan la consulta en Chile hoy están en el centro de un acalorado debate, a propósito de la implementación –o no– del Convenio 169 de la OIT, particularmente de los artículos 6 y 7, que establecen en términos generales la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas antes de adoptar

²⁹ Ivonne Valenzuela, *Modelo de gestión asociativo en la Reserva Nacional Los Flamencos: Una década de aprendizajes*, Región de Antofagasta, Corporación Nacional Forestal, 2005.

cualquier medida que les afecte directamente. Pocos meses después de la ratificación del Convenio 169 y antes de su entrada en vigencia, el Ministerio de Planificación dictó el Decreto N° 124 de 2009, una norma para regular la consulta, específicamente el artículo 34 de la ley indígena, que obliga al Estado a “escuchar y considerar la opinión” de los pueblos indígenas “cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas”.

El Decreto 124 establece la consulta como un procedimiento mediante el cual los pueblos indígenas pueden expresar sus opiniones sobre ciertas medidas legislativas o administrativas que tengan su origen en órganos específicos del Estado. Según el Decreto, la participación es el procedimiento mediante el cual los pueblos indígenas pueden concurrir a los planes y programas de desarrollo nacional y regional que, otra vez, tengan su origen en órganos específicos del Estado.

El Decreto se aplica solamente a los órganos del Estado que se especifican en él, entre ellos los ministerios, intendencias y gobiernos regionales. Curiosamente, no se menciona al Congreso Nacional, al Ejecutivo ni a las municipalidades, aunque según el artículo 4 del Decreto estas últimas puedan optar por sujetarse al Decreto. A la vez, se excluyen los proyectos de inversión, que según el artículo 5 se someten a sus “respectivas normativas sectoriales”. En sus demás provisiones, el Decreto especifica en términos generales las decisiones sujetas a la consulta; los papeles de los distintos órganos del Estado en el proceso de consulta, en particular de la Conadi; los sujetos de la consulta (tanto organizaciones tradicionales como aquellas reconocidas por la ley indígena), y los principios generales de consulta y participación.

Los expertos en la materia concuerdan casi universalmente en que el Decreto N° 124 no cumple con los estándares de consulta establecidos en el Convenio 169.³⁰ Aprobado inicialmente como una medida provisional, su derogación inmediata ha sido una demanda de los actores indígenas casi desde el primer día de su existencia. Esta demanda se ha fortalecido debido a la “Consulta Institucionalidad Indígena 2011”, un proceso de consulta nacional anunciado por el gobierno en

30 Aunque el presente análisis no trata en profundidad el tema de la consulta, se puede decir que los que critican el Decreto subrayan la falta de consulta en su redacción y aprobación; su alcance limitado y en particular la exclusión de su ámbito de aplicabilidad a los proyectos de inversión y ciertas entidades gubernamentales; y el carácter y procedimientos de consulta que se definen en el Decreto. Entre los que han criticado el Decreto N° 124 o han reclamado su derogación se encuentran la Clínica Jurídica Acciones de Interés Público y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, que el 6 de julio de 2011 presentó una solicitud de invalidación ante el Mideplan; la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados durante una sesión realizada el 15 de junio de 2011 con dirigentes indígenas (ver *Diarioenaccion.cl*, “Comisión de DDHH acoge petición de detener proceso de consulta indígena que impulsa el gobierno”, 18 de junio de 2011); el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su *Informe anual 2010 sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, p. 101; y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su “Observación y solicitud directa al Estado de Chile”, 2010.

marzo de 2011 y que ha sido extensamente rechazado por los pueblos indígenas de todo el país.³¹ Se espera –varios funcionarios públicos lo han asegurado– que este proceso de consulta culmine con la derogación del Decreto N° 124. Dado este debate, y a pesar del carácter autoejecutable del derecho a la consulta reconocido en el Convenio 169,³² en el país no se dispone de un claro procedimiento de consulta acordado por los pueblos indígenas.

Actualmente, el Estado y los pueblos indígenas se encuentran en el proceso de definir los procedimientos de consulta que se van a aplicar en el futuro. Ante la ausencia de una política o norma general y en funcionamiento sobre la consulta y participación indígena, la fuente de participación indígena debe buscarse en una variedad de leyes y normas temáticas. A continuación se revisa una selección de estas normas.

2.4. Educación

El artículo 27 del Convenio 169 dispone que los programas y servicios de educación deben ser desarrollados con la cooperación y participación de los pueblos interesados, “con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas”. Además, obliga a los gobiernos a “reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación”. La Declaración, que adopta una posición parecida, en su artículo 14 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación”. En conjunto, los dos instrumentos internacionales indican que, en el espectro de la libre determinación, la educación al menos debe situarse en la categoría de consulta y participación, con una preferencia por trabajar por la delegación de autoridad temática.

A pesar de lo establecido en el derecho internacional, en las leyes y políticas internas de Chile el tema de la educación queda estancado en la primera categoría, de participación y consulta, pues se carece de una delegación de control específica y de un mecanismo para la corresponsabilidad. Los programas de educación indígena tienen un enfoque intercultural para fomentar una mayor inclusión en los sistemas de educación, siempre respetando sus intereses y necesidades particulares, pero estos programas son mayormente desarrollados, implementados y supervigilados por los órganos del Estado y la participación indígena es más bien esporádica.

31 El rechazo de la Consulta Nacional tiene muchas dimensiones y no todos los opositores adoptan la misma postura ni comparten la misma perspectiva. Algunos argumentos comunes son la falta de un procedimiento de consulta acordado previamente; la falta de buena fe del gobierno que aparentemente habría iniciado el proceso con su posición ya definida y algunas decisiones ya tomadas; los plazos acortados para realizar las consultas y debatir internamente; y la combinación de varios temas trascendentes en un solo proceso, entre muchas otras objeciones.

32 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2000.

En el aparato jurídico relativo a la educación hay múltiples referencias a la enseñanza intercultural bilingüe. En términos generales, la normativa relacionada dispone que “el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile”, que este sistema está inspirado en la interculturalidad y que en consecuencia “debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia”.³³ En todos los niveles educativos –parvulario, básico y medio– se establece como objetivo general la promoción del idioma y la cultura indígenas.³⁴ Dentro del marco de la educación especial, establece que “se efectuarán adecuaciones curriculares para necesidades educacionales específicas, tales como las que se creen en el marco de la interculturalidad (...). La educación intercultural bilingüe se expresa en el sector curricular dirigido a los niños y niñas, jóvenes y adultos que reconocen la diversidad cultural y de origen y en la cual se enseñan y transmiten la lengua, cosmovisión e historia de su pueblo de origen, estableciendo un diálogo armónico en la sociedad”.³⁵ Además, en 2006 se creó el sector de lenguaje, una nueva malla curricular que se inserta en la Educación Básica y cuyo propósito es promover la enseñanza de los idiomas nativos en los centros educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas.³⁶

Finalmente, el Programa de Educación Intercultural Bilingüe (EIB), del Ministerio de Educación, fue primero un programa piloto, en 1996, que a partir de 2001 se fortaleció con la instalación del Programa Orígenes. Uno de los pilares del Programa EIB es “la participación de autoridades indígenas en actividades pedagógicas de la escuela”.³⁷ Desde la ratificación del Convenio 169, el Ministerio de Educación ha llevado a cabo dos procesos de consulta mediante este Programa, uno relacionado con la implementación de la primera etapa del sector lenguaje y otro sobre la función docente de los educadores tradicionales.³⁸

A pesar de los avances sustantivos en el ámbito de la educación y de algunos esfuerzos recientes por consultar a los pueblos indígenas, todavía no se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar o ser consultados como parte del proceso para definir, diseñar e implementar los objetivos interculturales establecidos. La mayor parte de la

33 Ministerio de Educación, Decreto con fuerza de ley N° 2 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005, 2 de julio de 2010, art. 3(f).

34 *Id.*, arts. 23, 28 y 29, respectivamente.

35 *Id.*, art. 23.

36 Ministerio de Educación, Decreto N° 280 que modifica el Decreto N° 40 de 1996, que establece los objetivos fundamentales y contenidos mínimos obligatorios de la Educación Básica y fija normas generales para su aplicación, 25 de septiembre de 2009.

37 Ministerio de Educación, Programa de Educación Intercultural Bilingüe.

38 El segundo proceso de consulta comenzó después de que la Contraloría General de la República lo ordenara en su Dictamen N° 50.452, del 30 de agosto de 2010.

política establecida supuestamente en favor de los pueblos indígenas se implementa sin su participación. Falta mucho por hacer en el ejercicio de la libre determinación en educación, mediante la participación y consulta. Y, aparte de estas formas de libre determinación, en educación no se dispone de un marco legal para la corresponsabilidad ni para delegar a los pueblos indígenas el control general sobre este tema.

2.5. Salud

En el ámbito de la salud, el artículo 25 del Convenio 169 establece que los Estados tienen la obligación de prestar servicios de salud adecuados, a nivel comunitario, en cooperación con los pueblos interesados y con una preferencia por el empleo de personal local. Alternativamente, establece que el Estado puede optar por “proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control”. La Declaración reconoce en su artículo 24 el derecho de los pueblos indígenas a “sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud”, y en el artículo 23 se dispone que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud (...) y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”. Entonces, respecto de la salud, el Estado debe posicionarse al menos dentro de la categoría de participación y consulta, y tender a delegar totalmente el control temático.

Pero, al igual que en el ámbito de la educación, en salud las leyes y políticas internas de Chile apenas alcanzan el nivel de participación y consulta de la escala. No existe en el marco jurídico un mecanismo que permita entregar el control sobre los sistemas de salud a los pueblos indígenas.

El Ministerio de Salud ha adoptado pronunciamientos y obligaciones relacionados con la salud intercultural y la participación de los pueblos indígenas en el diseño y la administración de los servicios de salud. Específicamente, reconoce como objetivo “contribuir al mejoramiento de la situación de salud de los pueblos originarios a través del desarrollo progresivo de un modelo de salud intercultural que involucre su activa participación en la construcción, ejecución y evaluación del proceso”.³⁹ Los tres ejes de la política de salud y pueblos indígenas del Ministerio de Salud son la “equidad, interculturalidad y participación”.⁴⁰ Para alcanzar esos objetivos, las leyes orgánicas del Ministerio de Salud y de los Servicios de Salud establecen claras

³⁹ Ministerio de Salud, Programa de Salud y Pueblos Indígenas, Política de Salud y Pueblos Indígenas, Res. Exenta N° 91, 2006, y “Salud y derechos de los pueblos indígenas en Chile: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT”, diciembre de 2009.

⁴⁰ Íd.

obligaciones para que los funcionarios públicos promuevan una política de salud intercultural que cuente con la participación indígena. Por ejemplo, entre las funciones del Ministerio se encuentra el deber de “formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto cultural”.⁴¹ En un nivel más local, los directores de los servicios de salud tienen la obligación de “programar, ejecutar y evaluar (...) con participación de representantes de las comunidades indígenas, estrategias, planes y actividades que incorporen en el modelo de atención y en los programas de salud el enfoque intercultural en salud”.⁴²

En conjunto, estas provisiones al menos establecen como objetivo específico la participación de los pueblos indígenas en los servicios de salud. No existen mecanismos parecidos para la corresponsabilidad ni la delegación de control temático.

2.6. Desarrollo

En cuanto al desarrollo, el Convenio 169 establece en su artículo 7 que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...) 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”. Por su parte, el artículo 23 de la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

Es difícil hablar de un marco jurídico-político unitario para el desarrollo de los pueblos indígenas en Chile, pues el tema está más bien disperso en varios órganos estatales. Sin embargo, sobre la base de la ley indígena y de la institucionalidad creada por ella es posible hacer algunos comentarios generales respecto de la libre determinación en el ámbito del desarrollo.

⁴¹ Ministerio de Salud, Decreto N° 136, Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud, 21 de abril de 2005, art. 21.

⁴² Íd., Decreto N° 140, art. 8(e).

Uno de los logros fundamentales de la ley indígena, aprobada en 1993, fue la creación de una institucionalidad para atender los asuntos indígenas. Específicamente, en el artículo 39 se creó la Conadi, organismo del Estado “encargado de promover, coordinar y ejecutar (...) la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas”. Hoy en día, la Conadi sigue siendo el único órgano estatal específicamente dedicado al tema indígena.⁴³

El principal órgano de la Conadi es el Consejo Nacional, que según el artículo 41 se compone de diecisiete miembros, ocho de los cuales son representantes indígenas de los cuatro pueblos principales en Chile –mapuche, aimara, atacameño y rapa nui– y de la zona urbana. Si bien estos miembros indígenas participan en el Consejo Nacional y por ende de las operaciones de la Conadi, para gran parte de la población indígena del país esta institución no tiene legitimidad. Ello se debe en parte al proceso de selección de los representantes, quienes en última instancia deben ser aprobados por el Presidente de la República, y en parte a eventos históricos que han debilitado al Consejo. En ningún sentido es una “institución representativa” de los pueblos indígenas como se define en el Convenio 169 y los informes de la OIT. Pese a ello, sigue siendo la vía principal de participación indígena.

Por otra parte, el artículo 26 de la ley indígena crea las áreas de desarrollo indígena (ADI), que según la ley son “espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”. Entre los años 1997 y 2004 se han creado por decreto del Ministerio de Planificación diez ADI,⁴⁴ que se ubican en las regiones de Arica y Parinacota (ADI Alto Andino Arica Parinacota), Tarapacá (ADI Jiwasa Orajé), Atacama (ADI Atacama la Grande y Alto el Loa), Valparaíso (ADI Te Pito o Te Henua), Biobío (ADI Lleu Lleu y Alto Biobío), Araucanía (ADI Lago Budi y Puel Nahuelbuta), y Magallanes (ADI Cabo de Hornos).

Según la ley indígena, además de ser sitios de focalización para la actuación de los órganos del Estado, las ADI contemplan “una adecuada gestión con protagonismo indígena” y el “autodesarrollo y/o autogestión”. El establecimiento de estas aspiraciones es loable, pero no existe un mandato o procedimiento específico para llevar a la práctica los objetivos de “protagonismo indígena”, “autodesarrollo” y “autogestión”, y la experiencia al respecto es diferente en cada ADI.

43 La reestructuración de la Conadi fue uno de los temas de la Consulta Institucionalidad Indígena 2011.

44 Ministerio de Planificación, Decreto N° 224, 8 de noviembre de 2004; Decreto N° 67, 8 de marzo de 2001; Decreto N° 79, 10 de marzo de 1997; Decreto N° 189, 8 de octubre de 2003; Decreto N° 111, 21 de junio de 2004; Decreto N° 60, 6 de marzo de 2001; Decreto N° 93, 31 de marzo de 1997; Decreto N° 71, 10 de marzo de 1997; Decreto N° 168, 20 de agosto de 2004, y Decreto N° 279, 16 de diciembre de 2005.

Las recién impulsadas Mesas Regionales de Desarrollo Indígena son otro ejemplo de instancia de participación indígena, pero tampoco están sistematizadas ni integradas en el marco jurídico del país. No son instituciones basadas en la legislación y por eso ni su formación ni su operación están sujetas a un mandato específico del Estado, lo que vuelve precaria su mera existencia. Según el Estado, parte de su política indígena consiste en promover la institucionalización de las Mesas Regionales como “instancias de diálogo permanente donde se produzca un trabajo sistemático de participación en políticas, planes y programas que afecten a la población indígena en cada región”.⁴⁵ Aunque no se dispone de datos claros sobre su funcionamiento, se sabe que existen Mesas Regionales al menos en las regiones de Arica y Parinacota, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana y del Libertador Bernardo O’Higgins.⁴⁶ Como se observa, las regiones más conflictivas del país, y donde más se necesita diálogo constructivo entre el Estado y el pueblo mapuche, carecen de Mesas Regionales: las regiones de la Araucanía, Biobío, Los Lagos y Los Ríos.⁴⁷ La forma y constitución de las Mesas Regionales varían entre sí, pero tienen en común que cuentan con participación indígena y sirven como lugar de interlocución entre el Estado y los pueblos indígenas.

Contemplando todas las instituciones legalmente establecidas y reconocidas que dicen relación con el desarrollo indígena –la Conadi, las ADI y las Mesas Regionales–, se puede concluir que, a diferencia de los derechos de “control” reconocidos en el Convenio 169 y la Declaración, la normativa chilena solo llega al nivel de la participación y consulta, y no siempre cumpliendo con los estándares respectivos establecidos por los instrumentos internacionales.

2.7. Tierras y recursos naturales

El artículo 14 del Convenio 169 reconoce que los pueblos indígenas gozan del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como sobre los recursos naturales, incluyendo “el derecho (...) a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. El derecho de ser consultados sobre los recursos del subsuelo se reconoce explícitamente en el artículo 15, que también establece su derecho de participar en los beneficios de las actividades extractivas. Por su parte, en el artículo 26 de la Declaración se establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos

⁴⁵ Gobierno de Chile, “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169)”, 2010, p. 48.

⁴⁶ www.mideplan.cl.

⁴⁷ Gobierno de Chile, op. cit.

que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido” y el “derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar[los]”. Además, en su artículo 32 reconoce el derecho a la consulta y cooperación en relación con proyectos de exploración y extracción que afecten a sus tierras, territorios y recursos. El reconocimiento en estos instrumentos internacionales del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales implica en general un derecho de control –y por ende el ejercicio de la libre determinación– sobre ellos.

Aparte de la posibilidad de obtener títulos sobre una determinada parcela de tierra –asunto que no interesa al presente análisis–, la mayoría de la legislación vigente en Chile relativa al tema de tierras, territorios y recursos naturales ni siquiera ha alcanzado el nivel de consulta y participación, lo que limita considerablemente el ejercicio de la libre determinación sobre un tema que es fundamental para la población indígena. El derecho a la consulta y participación frecuentemente emerge en el contexto de proyectos de inversión –de índole minera, forestal, pesquera, hidroeléctrica y geotérmica– en tierras y territorios indígenas, sin importar si estos territorios son reconocidos y titulados como tales. El Decreto 124, que regula la consulta, viola el derecho internacional al excluir explícitamente del ámbito de su influencia a los proyectos de inversión, cuya consulta, según el artículo 5, corresponde a “los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales”. En vez de aplicar directamente el Convenio 169 (una opción posible luego de que el Tribunal Constitucional declarara que la consulta es una norma autoejecutable), la Declaración de la ONU o aun el Decreto 124 con sus imperfecciones, a estos proyectos normalmente se aplica la Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, que establece que “es deber del Estado facilitar la participación ciudadana” y que “los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

En teoría, la Ley 19.300 incorpora, por referencia, los estándares de consulta establecidos en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, no define en qué consiste específicamente el proceso de consulta orientado hacia los pueblos indígenas y, en la práctica, no ha implementado procesos que superen la mera obligación de participación ciudadana que se aplica igual a todos, incumpliendo con ello los requisitos establecidos en el derecho internacional, que obligan a un procedimiento de consulta aparte y especial para los pueblos indígenas.

La participación ciudadana es una etapa establecida del proceso de aprobación de ciertos proyectos por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama). Dependiendo de la magnitud del proyecto y de sus posibles efectos, este organismo puede dar lugar a una Declaración de Impacto Ambiental o a una más rigurosa Evaluación de Impacto Ambiental; la etapa de participación ciudadana solo se realiza para los proyectos que requieren una EIA.⁴⁸ Por ello, la operatividad del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y de las instancias regionales de la Conama relacionadas con el proceso de consulta a los pueblos indígenas afectados por proyectos de inversión ha sido cuestionada y objeto de múltiples recursos de protección ante los tribunales de justicia. En reiteradas ocasiones, los órganos del Estado, principalmente la Conama, han sostenido ante estos tribunales que sus procesos sí cumplen con los requisitos del Convenio 169, ofreciendo como prueba el argumento de que los procesos de participación ciudadana son equivalentes a la consulta indígena, o bien, que los proyectos no afectan directamente a los pueblos indígenas, por lo que no sería obligatorio realizar una consulta.

En síntesis, al parecer la posición del Estado es que la Ley 19.300, sin modificación, efectivamente cumple con los requisitos de consulta definidos en el derecho internacional. Aunque algunas de las sentencias de las Cortes de Apelaciones han sido favorables para los pueblos indígenas, ya que interpretan el Convenio 169 en la línea de los órganos internacionales relevantes, otras han debilitado la aplicación del Convenio; de hecho, en sus sentencias, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha tendido a desamarrar los avances de las cortes inferiores o a evitar la cuestión.⁴⁹

Como se observa, las oportunidades para la consulta y participación en el diseño e implementación de los proyectos de inversión son casi nulas. Es precisamente en el área temática más relevante para los pueblos indígenas donde el Estado ha avanzado menos. No obstante los argumentos en favor de una armonía entre el Convenio 169 y la Ley 19.300 avanzados por el Estado en los casos judiciales, y algunas sentencias de los tribunales en el país, se puede concluir que en el ámbito de tierras y recursos naturales la libre determinación ni siquiera ha alcanzado el nivel de consulta y participación.

48 Las condiciones por las cuales es necesaria una EIA se establecen en los arts. 10 y 11 de la Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, 9 de marzo de 1994.

49 Ver Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1705-2009, del 21 de enero de 2010, que acoge el recurso de protección, y Corte Suprema, Sentencia Rol 1525-2010, del 16 mayo 2010, que lo rechaza; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia Rol 36-2010, del 27 de julio de 2010, que acoge el recurso de protección, y Corte Suprema, Sentencia Rol 5757-2010, del 15 de septiembre de 2010, que confirma la sentencia, pero elimina los considerandos sobre la consulta indígena; y Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia Rol 243-2010, del 4 de agosto de 2010, que acoge el recurso de protección, y Corte Suprema, Sentencia Rol 6062-2010, del 4 de enero de 2011, que confirma la sentencia, pero elimina los considerandos sobre el Convenio 169. Una excepción a este patrón es el caso de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia Rol 782-2010, del 21 de diciembre de 2010, que rechaza el recurso de protección, y Corte Suprema, Sentencia Rol 258-2011, del 13 de junio de 2010, que lo acoge.

2.8. Ausencia de libre determinación: organización interna de los pueblos indígenas

La selección de normas revisadas demuestra que en algunas áreas temáticas el concepto de libre determinación está empezando a tomar forma mediante la participación o la consulta, o bien mediante la delegación de autoridad indígena con alguna base legal, aunque siguen existiendo brechas importantes entre la legislación interna y el derecho internacional, y entre el reconocimiento textual y la implementación en la práctica. Desafortunadamente, en otras áreas temáticas, como por ejemplo la organización indígena interna, la libre determinación no aparece en ninguna de sus formas.

En el Convenio 169 se aborda el tema de la organización interna de los pueblos indígenas en el artículo 6, relativo a la consulta, cuando se hace referencia a las “instituciones representativas”, así como en el artículo 8, que establece que los pueblos indígenas tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”. La Declaración también reconoce, en su artículo 5, el derecho de los pueblos indígenas a “conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales”. Ambos instrumentos reconocen derechos colectivos y no solamente derechos individuales; además, la mayoría de los artículos del Convenio 169 y de la Declaración dependen de la existencia de instituciones indígenas para su implementación en la práctica. Juntos, los instrumentos subrayan la importancia de respetar el derecho de los pueblos indígenas de organizarse de la forma que quieran y según sus propias creencias y valores.

En Chile, las formas de organización indígena explícitamente reconocidas por el Estado se definen en la ley indígena y su reglamento, los que establecen que las “comunidades” y “asociaciones” indígenas son las únicas formas de organización indígena con sanción legal. La ley indígena establece claramente cómo pueden constituirse y cuál puede ser el ámbito de su influencia. Esto no significa que los pueblos indígenas no puedan organizarse de otra manera bajo normas de aplicabilidad general, pero son las únicas formas legales de organización indígena mediante las cuales pueden postular a los subsidios y programas estatales orientados a ellos.

En el artículo 9 de la ley indígena, las comunidades indígenas se definen como una “agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentran en una o más de las siguientes situaciones: a) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo”. Estas comunidades tienen que formarse durante una asamblea constitutiva con la participación de al menos un tercio de las personas con derecho de afiliación, y con un mínimo de diez miembros. El directorio de la comunidad es elegido por sus miembros y se compone de un presidente, un tesorero y un secretario.

La gran mayoría de las comunidades indígenas se organizan de forma idéntica, sin importar sus formas tradicionales de organización.

Según el artículo 36, las asociaciones indígenas son una “agrupación voluntaria y funcional (...) que se constituyen en función de algún interés y objetivo común (...) [y] no podrán atribuirse la representación de las Comunidades Indígenas”, lo que imposibilita la formación de agrupaciones legales de múltiples comunidades o una federación. La ley establece que los objetivos permitidos son el desarrollo de actividades educacionales y culturales, profesionales y económicas. A diferencia de las comunidades indígenas, la formación y estructura de las asociaciones indígenas está regulada en la ley sobre juntas de vecinos y organizaciones comunitarias, u organizaciones comunitarias funcionales.⁵⁰ Esta ley define los requisitos para la constitución de asociaciones, el proceso de acuerdos entre socios, y la organización y dirección de la asociación, entre otros aspectos. Llama la atención que por ley es obligatorio que una asociación indígena sea administrada por un directorio de al menos tres miembros elegidos por un período de tres años para ocupar las posiciones de presidente, secretario y tesorero. Esta forma de organización obligatoria para las asociaciones tal como ocurre con las comunidades indígenas no considera su diversidad cultural e histórica, e impone una sola estructura organizacional para todas.⁵¹

Tanto para la comunidad indígena como para la asociación indígena, estas normas restringen en demasía el modo en que pueden organizarse. Chile ha sido criticado por ese motivo, puesto que esta imposición no ha hecho más que dividir a los pueblos indígenas y debilitar –en algunos casos, incluso destruir– sus estructuras tradicionales, que son clave para el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos en el derecho internacional. Aunque en Chile no se obliga a los pueblos indígenas a organizarse en general ni en este rubro específico, las comunidades y asociaciones indígenas son las únicas formas de organización a las que se les permite participar en los programas del Estado focalizados en los pueblos originarios.

50 La ley indígena especifica que las asociaciones indígenas se regulan por la Ley 18.893, derogada en 1995. La ley vigente es la Ley 19.418 sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.

51 La importancia de la libertad de organización para el ejercicio efectivo de la libre determinación es el tema central de una serie de investigaciones realizadas desde los años ochenta por el Harvard Project on American Indian Economic Development y el Native Nations Institute on Leadership, Management and Policy con los pueblos indígenas en Estados Unidos. Según estos estudios, un factor clave para el ejercicio de la libre determinación es la existencia de instituciones indígenas que reflejen las particularidades culturales e históricas de la tribu. En el contexto estadounidense, la libre determinación indígena solo se concretó después de lograr cambios legislativos que permitieron a las tribus rechazar las instituciones impuestas por el Estado y organizarse como querían. Además, aunque esta legislación es de aplicación general, el ejercicio de la libre determinación y su efectividad es mayor para aquellas tribus que aprovechan esta apertura legal, tomando la iniciativa de reorganizarse y reconstituirse de manera que se incorpore y refleje su cultura y sus valores, en comparación con las tribus que siguen con las formas de organización impuestas por el Estado.

La decisión de optar o no por organizarse como una comunidad o asociación al amparo de la ley indígena está en manos de los pueblos indígenas, pero una vez que un grupo de personas opta por estas formas de organización, se le niega la mayoría de las decisiones restantes. Como se observa, los pueblos indígenas están totalmente excluidos del proceso de determinar la forma de sus organizaciones e instituciones; por eso, es posible concluir que la libre determinación está ausente en esta área temática y que es el Estado el que retiene toda la autoridad.

2.9. Comentarios finales sobre el estado de implementación de la libre determinación indígena

Aunque el ejercicio de categorizar las normas según la escala de libre determinación es rudimentario, ofrece un marco para empezar a conceptualizar la implementación de la libre determinación en Chile. A continuación se ofrece la siguiente tabla resumen.

Como se ve en la tabla, la mayoría de las normas y políticas chilenas se sitúan en la primera categoría, de consulta y participación. La única norma que avanza más allá es la ley *lafkenche*, pero todavía es difícil predecir cuán eficaz será en la práctica.

Más aun, aunque casi todas las normas y políticas se clasifican en la categoría de consulta y participación, no todas representan las mismas oportunidades para el ejercicio de la libre determinación. En algunos temas, en particular salud y educación, la consulta y participación llevan más años de desarrollo y están más integradas en la institucionalidad de los ministerios respectivos, por lo cual ha sido posible cultivar relaciones estrechas con varias comunidades y organizaciones indígenas. Sin embargo, aun en estas categorías, el Estado y los pueblos indígenas todavía están debatiendo los procedimientos para asegurar que cumplan con el derecho internacional. En el ámbito de tierras, territorios y recursos naturales todavía se debe recorrer mucha más distancia para cumplir con el derecho internacional, para institucionalizarse y para convertirse en una sólida oportunidad para el ejercicio de la libre determinación.

Tabla 1. **Resumen**

Estado solo	Consulta y participación	Corresponsabilidad	Delegación temática	Pueblos indígenas solos
	EDUCACIÓN Programa de Educación Intercultural Bilingüe			
	SALUD Programa de Salud Intercultural			
	DESARROLLO Consejo Nacional de la Conadi, Consejos de las ADI, Mesas Regionales Indígenas			
Organización Forma de organización interna: comunidad o asociación indígena				
Recursos naturales Participación ciudadana para proyectos de inversión	RECURSOS NATURALES Participación en la administración de áreas silvestres protegidas		RECURSOS NATURALES Administración de espacio costero marino de pueblos originarios (ECMPO)	

CONCLUSIONES

Aunque el concepto de libre determinación es complicado, es importante entenderlo, dado que es el principio rector del derecho internacional y el derecho que establece que los pueblos indígenas deben tener el control sobre los asuntos que afecten a sus vidas, culturas y comunidades.

Tradicionalmente se le ha dado un carácter de “todo y nada” que no refleja la realidad y que dificulta su implementación. Si se rechaza esta falsa dicotomía y se identifican las formas que puede adquirir la libre determinación *entre* los extremos del “todo y nada”, se observará que existe una escala y que su implementación puede tomar una variedad de formas, todas destinadas a aumentar el control de los pueblos indígenas sobre los asuntos que les afecten. Tal objetivo se puede lograr mediante el establecimiento de mecanismos de consulta y participación, como mínimo, y de mecanismos de corresponsabilidad o delegaciones temáticas de control, que son las formas de libre determinación más robustas.

Al aplicar la escala de libre determinación al contexto chileno, se observa que la legislación y política relativa a los pueblos indígenas está recién empezando a establecer los mecanismos mínimos de consulta y participación. Con la excepción de la ley Lafkenche, que establece un mecanismo para la excepción de control limitada sobre espacios costeros marinos, las formas más sólidas de la libre determinación no tienen cabida en la legislación.

De este análisis se desprende que para implementar la libre determinación no es suficiente con tener una buena política de consulta. El Estado y los pueblos indígenas todavía deben recorrer un largo camino para lograr que la consulta cumpla con los requisitos establecidos en el derecho internacional. Sin embargo, nunca se debe perder de vista que la consulta y la participación solamente representan el *mínimo* requerido, no el objetivo final de la libre determinación.

Para avanzar hacia la derecha en la escala de libre determinación es necesario establecer –en consulta con los pueblos indígenas– mecanismos dirigidos a alcanzar la corresponsabilidad y la delegación temática. Conocer este espectro de posibilidades permite a los órganos del Estado y a los pueblos indígenas ser autocríticos y desarrollar planes concretos para avanzar.

Un excelente análisis de la relación entre la teoría y práctica internacionales y el derecho chileno en materias clave para los pueblos indígenas en Chile y su relación con el Estado. Los textos compilados son claros, directos y agudos, y con seguridad serán una referencia necesaria para la armonización que Chile debe hacer de su legislación interna frente a sus obligaciones internacionales. Este volumen aparece en el momento oportuno, considerando la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, aun que el acabado examen que hace del derecho internacional y la legislación interna sobre pueblos indígenas servirá más allá del análisis de este tratado en particular.

JAMES CAVALLARO, profesor de derecho y director, Clínica de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos, Stanford Law School, EEUU

Este libro ofrece el primer análisis sistemático de los avances y desafíos en Chile de una de las piezas esenciales del derecho internacional contemporáneo. En un momento de definiciones para los derechos indígenas en Chile, el volumen proporciona las mejores luces analíticas y prácticas para los hacedores de políticas públicas, líderes sociales, académicos, estudiantes, comunidades y ciudadanos interesados en hacer realidad la promesa de una democracia incluyente y la vigencia plena de los derechos humanos.

CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, profesor de derecho y director, Programa Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, Colombia



CentroDerechosHumanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

■■■ HEINRICH
BÖLL
STIFTUNG
CONO SUR