

Simposio
Desafíos y alcances de la
implementación del Convenio
N° 169 de la OIT en Chile





Matías Meza-Lopehandía

Abogado de la Universidad de Chile. Al finalizar sus estudios en 2005 se incorporó al equipo jurídico del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas (hoy Observatorio Ciudadano) en la ciudad de Temuco. Desde ahí comenzó a trabajar asesorando a comunidades indígenas amenazadas en su territorialidad y documentando casos de violaciones a sus derechos colectivos. A partir del año 2008 ha enfocado su labor en la elaboración de estrategias jurídicas para la defensa de los derechos de las comunidades indígenas del norte del país y ha participado como Ayudante de Investigación de la Iniciativa Interdisciplinaria Ignacio Domeyko de la Universidad de Chile bajo la dirección de la Dra. Myrna Villegas*.
mmeza@observatorio.cl

* El autor agradece los comentarios críticos de la profesora Nancy Yáñez Fuenzalida que permitieron perfeccionar estas reflexiones.



Lucas Sierra

Abogado. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile. Investigador del Centro de Estudios Públicos (CEP).
lsierra@cepchile.cl



Teodoro Ribera Neumann

Abogado, Universidad de Chile, y Doctor en Derecho, Universidad Julius Maximilian de Würzburg, Alemania. Ex Diputado por dos períodos y ex Abogado Integrante del Tribunal Constitucional. Es Rector de la Universidad Autónoma de Chile, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y miembro del Comité Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Es autor de publicaciones académicas en Chile, Alemania, Argentina, Paraguay y Perú.
rector@uautonoma.cl



Francisca Salazar Callasaya

Presidenta de la "Asociación Indígena Hijos de Huaviña"* y consejera nacional de "Aymara-Autónomo". Desde el sismo del año 2005 ha liderado las labores de reconstrucción de la zona de la precordillera de la Región de Tarapacá. Actualmente trabaja en la defensa de los derechos de los pueblos andinos por la tierra y agua de sus territorios.
franciscasalazar@hotmail.com

* En quechua, Huaviña significa "flor del valle". El pueblo ubicado a 153 km de Iquique, comuna de Huará Región de Tarapacá.

El 15 de septiembre de 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 27 de junio de 1989. La ratificación del Convenio N° 169 de la OIT es el reflejo de un antiguo anhelo de las comunidades indígenas, las cuales desde la década de los 90 han promovido su incorporación al ordenamiento jurídico nacional.

La ratificación del Convenio se presenta en un momento en que las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado están tensas y donde desde distintos sectores del quehacer político, económico, social y cultural existen visiones contrapuestas sobre cómo enfrentar los conflictos y qué soluciones adoptar. Esta tensión y la diversidad de visiones que al efecto existen quedaron de manifiesto en la presentación del Informe Periódico Universal de Chile ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, donde desde los propios Estados Partes del Consejo se consultó en forma reiterativa sobre esta temática.

El Convenio establece obligaciones para el Estado que pueden resultar determinantes a la hora de resolver cuáles serán las medidas y orientaciones que se adoptarán de cara a la superación de las dificultades actualmente existentes. Es por esto que estimamos pertinente convocar a un grupo de personas que, por sus distintos ámbitos de actividad y de pertenencia, pudieran analizar cuál es el contenido y alcance de ciertas disposiciones del Convenio.

1. **Identidad e igualdad.** El Convenio N° 169 se aplica a los pueblos indígenas y tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial¹. Se ha sostenido que el hecho de que los pueblos indígenas se rijan por sus propias costumbres establece una distinción arbitraria entre los nacionales del país o bien que el reconocimiento de los Pueblos Indígenas del Convenio N° 169 afectaría la identidad nacional, la cual muchas veces se califica como singular o esencial. ¿Qué opina al respecto?
2. **Soberanía y participación política.** A su juicio, ¿cuál es el alcance y efectos de los mecanismos de participación y consulta que establece el Convenio N° 169? Específicamente ¿qué valor debiera atribuirse a los resultados de la consulta? ¿Valor de recomendación o antecedente, valor vinculante u obligatorio, o bien otro valor?
3. **Costumbre y aplicación de justicia.** El Convenio N° 169 establece una serie de disposiciones tendientes a resaltar el valor de la costumbre de los pueblos originarios, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos². Señala, además, que la costumbre debe ser un elemento a considerar al momento de impartir justicia. ¿Qué problemas y qué beneficios puede conllevar la incorporación de la costumbre de los pueblos indígenas en la administración de justicia tradicional?
4. **Tierras.** Los artículos 13 y 14 del Convenio reconocen y regulan la propiedad de los pueblos indígenas sobre los territorios que tradicionalmente han ocupado. ¿Cómo deben ponderarse y resolverse los conflictos que pueden surgir de la superposición de la titularidad de privados

¹ Artículo 1.

² Artículos 8, 9, 10, 11 y 12.

o del Estado sobre las tierras de los pueblos indígenas? ¿Qué tratamiento debería dársele a las ocupaciones de tierras por parte de comunidades?

5. **Recursos naturales.** El artículo 15 del Convenio N° 169 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, y el deber correlativo del Estado de proteger especialmente dichos derechos. ¿Cómo pueden compatibilizarse los intereses o derechos de privados o del Estado con los derechos de los pueblos indígenas sobre recursos naturales (hídricos, forestales, pesqueros, etc.) existentes en sus tierras? ¿Qué principios debieran observarse a la hora de resolver estas tensiones?

1. Identidad e igualdad

El Convenio N° 169 se aplica a los pueblos indígenas y tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial. Se ha sostenido que el hecho de que los pueblos indígenas se rijan por sus propias costumbres establece una distinción arbitraria entre los nacionales del país o bien que el reconocimiento de los pueblos indígenas del Convenio N° 169 afectaría la identidad nacional, la cual muchas veces se califica como singular o esencial. ¿Qué opina al respecto?

1. Identidad e igualdad

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA

El ordenamiento jurídico admite tratos especiales como medidas para favorecer transitoriamente a los grupos menos aventajados, las que debieran ser suprimidas en la medida en que se superen las diferencias que las justifican. Sin embargo, cuando hablamos de derechos de pueblos indígenas no estamos ante una *discriminación positiva transitoria*, sino que frente a *derechos diferenciados en función del grupo*, los cuales buscan obtener un reconocimiento permanente de la diversidad que se plasme en un estatuto diferenciado¹. Esta *ciudadanía de nuevo tipo* –diversa, plural y respetuosa de los derechos fundamentales– implica el reconocimiento jurídico de derechos políticos y sociales a pueblos diferenciados cultural e históricamente en el contexto de los Estados nacionales que los contienen. En la práctica, esto se traduce en modificaciones y adiciones a la Constitución, en aras a que ésta les otorgue derechos específicos, así como el establecimiento de políticas públicas que hagan viable su ejercicio.

Para algunos autores esta posición resulta inaceptable en la medida que busca resultados desiguales mediante tratos desiguales. Además, marca una notable diferencia con la *discriminación positiva*, la cual se funda en la idea de la neutralidad estatal y en el deber de *omisión* con que el Estado debiera responder a las cuestiones étnicas y culturales. No obstante, la realidad muestra que un número significativo de los países son culturalmente diversos², de manera que lo que aparece como *neutral* termina siendo una imposición de valores para las minorías. Esta confrontación es cada vez más patente en temas tales como el currículum educativo, los derechos lingüísticos, la representación política, la administración de justicia, la noción de propiedad y posesión, la autonomía territorial indígena e incluso los símbolos nacionales.

En esta disyuntiva, el Convenio N° 169 reconoce a los pueblos indígenas derechos económicos, sociales y culturales de naturaleza colectiva, estableciendo el derecho a una cultura propia. Esto, por cuanto la cultura es el sustrato que posibilita la toma de decisiones y es el fundamento para el ejercicio de la libertad individual. Las personas definen aquellas siempre a partir de un contexto cultural o cultura societal que les da sentido a esas valoraciones. Si nuestra identidad individual es un requisito para la libertad y se forja en la interacción con los demás a partir de un contexto cultural³, el reconocimiento a las diversas *culturas societales* se vuelve indispensable para garantizar la libertad individual. Por tanto, la asignación de derechos especiales a los pueblos indígenas no constituye una arbitrariedad en la medida que permite que sus miembros tengan la

¹ El concepto *destacado* lo tomamos de KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona, Paidós, 1996.

² De hecho, la mayoría de los Estados de América Latina han reconocido esta cuestión y la han plasmado en sus textos constitucionales en los últimos lustros, con la notable excepción de Chile.

³ PEÑA, Carlos, *Ciudadanía y reconocimiento: El lugar de las minorías*. *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 101, 2005.

libertad de elegir su permanencia (o no) en las *culturas societales* y se incorporen en plenitud de derechos a la comunidad política.

Esta perspectiva está recogida en nuestro ordenamiento por la vía de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y por la obligación constitucional del Estado de generar las condiciones sociales para que cada individuo pueda alcanzar *su mayor realización espiritual y material posible*⁴. Esto incluye la posibilidad de elegir libremente la propia pertenencia cultural y ejercer los derechos que son consustanciales a esta condición⁵. Su ejercicio encuentra un límite en los derechos fundamentales, lo que se desprende tanto del texto constitucional como de los diversos instrumentos internacionales⁶.

LUCAS SIERRA

1. Identidad e igualdad

Me parece que la incorporación del Convenio N° 169 (C169) al sistema jurídico chileno es una decisión delicada, pues envuelve riesgos institucionales. No obstante, es una decisión que ya se tomó, por lo que ahora cabe entender el C169 de una manera que reduzca lo más posible la posibilidad de esos riesgos. Éstos no se derivan de cuestiones como la “identidad” nacional. Es muy difícil definirla e incluso sostener que una tal cosa realmente exista. Además en cualquier caso, el Estado y sus organismos no deberían hablar de identidad, menos de “una” identidad nacional. Me parece que el valor del pluralismo se los impide.

Los riesgos son más bien institucionales. Sintetizando al máximo, creo que estos pueden dividirse en dos: los asociados a problemas de igualdad y los relacionados con el artículo 5 de la Constitución Política (CP). Los primeros tienen que ver con la necesidad de discriminar a favor de los beneficiados por el C169 de una manera que no pueda ser calificada de arbitraria. Esto no es fácil. Hay razones para una atención especial de esos beneficiados, derivadas de la historia y de la eventual “deuda” que esta historia sugiere. Pero se debe ser cauto con ellas, porque todavía hay entre nosotros personas no beneficiadas por el C169 que también necesitan de una atención especial por parte del Estado y, sabemos, los recursos son escasos. Además, estos riesgos relativos a la igualdad no sólo pueden pensarse en la relación entre beneficiarios y no beneficiarios del C169, sino también entre los primeros. Por ejemplo, si se refuerza en exceso la posibilidad de que los grupos beneficiados adopten reglas consuetudinarias por sobre las reglas estatales, algunos miembros individuales de esos grupos pueden verse expuestos a sufrir costos que las reglas estatales no imponen al resto de los habitantes del país. Este es el caso de las reglas penales y de procedimiento penal.

Los segundos están en la posibilidad de que se considere al C169 un acuerdo de derechos humanos. Hay buenas razones para no considerarlo así. Con todo, la carga de la prueba recae en quienes sostienen que es un instrumento de derechos humanos, en los términos de artículo 5 de la CP. Es decir, es tarea de ellos persuadir en el sentido de que sus disposiciones consagran “derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana”. ¿Es el derecho a ser consultado en un procedimiento sobre una decisión que pueda afectarme de alguna manera, un derecho igual al derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad de expresión?

Y si se lograra persuadir en el sentido de que el C169 consagra derechos en los términos del artículo 5 inciso 2 de la CP, surge un problema ineludible: el C169 y sus generales disposiciones

⁴ Artículo 1° inciso tercero de la CPR.

⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo. La Constitución de la Igualdad. Borrador, Santiago (2002), p. 220.

⁶ Cfr. artículo 5° inciso segundo de la CPR; artículos 8.2 y 9.1 del Convenio N° 169 y; artículos 34 y 46 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

se ponen por encima de la potestad legislativa, es decir, se ponen por encima del juego político en democracia. Y, por este medio, ponen por encima del juego a los jueces constitucionales, planteando, con renovada fuerza, el problema clásico de la anomalía democrática que envuelve la revisión judicial.

1. Identidad e igualdad

TEODORO RIBERA NEUMANN

El Convenio reconoce en su artículo 1 letra a) la existencia de una colectividad nacional, de la cual los pueblos indígenas son un sector o parte, esto es, constata la existencia de un ligamen entre los pueblos indígenas y tribales y la comunidad nacional a la cual pertenecen.

El factor diferenciador entre el colectivo nacional y dicha parte o sector está fundado en la existencia de “condiciones sociales, culturales y económicas” que les distingan y que estén regidos parcial o totalmente por “sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial”⁷.

Cabe tener presente que en el año 2000 el Presidente de la República, don Ricardo Lagos E., sostuvo ante el Tribunal Constitucional que la expresión pueblos indígenas “está tomada como un conjunto de personas de un lugar o país que no están dotadas de potestades públicas y que gozan de determinados derechos que se encuadran dentro de la Carta Fundamental”⁸. El mismo Jefe de Estado indicó que “dentro de un país existen distintos pueblos, distintos grupos de personas con identificaciones propias, pero no por ello cada uno conforma una ‘nación’. [...] Ninguna de las disposiciones del Convenio objetado implica o autoriza a los ‘pueblos indígenas’ a ejercer potestades públicas, elemento propio del ejercicio de la soberanía”⁹. Considerando lo anterior, el Tribunal Constitucional alcanzó “la íntima convicción” de que los pueblos indígenas “no se encuentran dotadas de potestades públicas. [...] Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”¹⁰.

Es imposible entender la conformación de la nación chilena sin la presencia de los pueblos indígenas, los cuales se amalgamaron cultural y genéticamente con los conquistadores y posteriores emigrantes, o bien aportaron con su particular cosmovisión a su conformación. Señalar que los “pueblos indígenas” no integran la nación chilena implicaría plantear la existencia de un pueblo sin pasado, de hijos sin padres ni abuelos.

Actualmente, el desafío consiste en repensar un concepto de nación lo suficientemente flexible como para cobijar una mayor diversidad cultural y al mismo tiempo lo suficientemente resistente como para prevenir la desunión. En otras palabras, que el cobijo que brinda el Estado de Derecho, republicano y democrático, permita la convivencia de diversos sectores, garantizando la libertad y la igualdad ante la ley de todos los chilenos y chilenas, sin distinciones arbitrarias en consideración a su origen racial o étnico.

Esto implica reconocer y valorar las diversas manifestaciones culturales “en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”¹¹, valorando e impulsando igualmente

⁷ Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Artículo 1 letra a).

⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 309 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. Considerando 34. En adelante STC 309.

⁹ STC 309, considerando 43.

¹⁰ STC 309, considerando 44.

¹¹ Ley N° 19253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 7.

aquellos elementos de identidad comunes, entendiendo que la existencia de un Estado nacional no es sinónimo de uniformidad entre sus diversos habitantes.

1. Identidad e igualdad

FRANCISCA SALAZAR CALLASAYA

Creo que el Convenio N° 169 es muy importante para nuestros pueblos indígenas y me alegra que nuestro país por fin lo haya ratificado. Si bien nuestra cultura, tradiciones, formas de vivir, idiomas y otros factores nos hace ser diferentes a la sociedad nacional, esto no quiere decir que Chile no sea nuestro país. Por el contrario, lo queremos y lo hemos defendido probablemente mucho más que otras personas, ya que en el pasado estas tierras eran de nuestros ancestros (indígenas). Actualmente, nuestras tierras están en manos del Estado y solo una milésima parte les corresponde a los indígenas, por eso queremos que nos devuelvan nuestros territorios. Esta demanda no implica que dejemos de ser chilenos y no afecta en nada la identidad nacional; en Chile existen varios pueblos originarios y claramente es un país multicultural donde rige la ley del Estado y no una legislación especial.

2. Soberanía y participación política

A su juicio, ¿cuál es el alcance y efectos de los mecanismos de participación y consulta que establece el Convenio N° 169? Específicamente ¿qué valor debiera atribuirse a los resultados de la consulta? ¿Valor de recomendación o antecedente, valor vinculante u obligatorio, o bien otro valor?

2. Soberanía y participación política

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA

El deber estatal de consulta es un mecanismo que busca garantizar los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el derecho internacional¹² y que permite visibilizar las consecuencias de las decisiones que los afectan en un marco de interculturalidad. Por lo tanto, no se trata de una simple consideración de opinión y no basta con realizar encuestas para darlo por cumplido. Lo que se requiere es un mecanismo de diálogo que permita la participación y la contrapropuesta indígena con grados significativos de incidencia¹³. De hecho, el Tribunal Constitucional señaló que la consulta consagrada en el Convenio es distinta a la establecida en el artículo 34° de la Ley Indígena¹⁴.

Sobre la obligatoriedad de la consulta, el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas fue enfático al señalar que debe verificarse en forma previa a cualquier “decisión del Estado [que] pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”¹⁵. En cuanto al carácter vinculante o no de sus resultados, el Consejo de Administración

¹² Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. CEACR 2009/98ª reunión, Observación General sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas, formato *pdf*, disponible en línea <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf>, p. 731.

¹³ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS PARA LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación a la reforma constitucional en materia de derechos de pueblos indígenas en Chile. 24 de abril de 2009, párr. 23.

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo N° 309, año 2000, considerando 7°.

¹⁵ RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

OIT ha señalado que no es necesario alcanzar el consentimiento de los afectados¹⁶, pero no puede perderse de vista que esta obligación debe entenderse “*con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*”¹⁷.

No obstante, hay ciertas situaciones en que dado el valor de los derechos en juego la obligación de consulta deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado. Por ejemplo, la Corte Interamericana señaló que debe obtenerse el consentimiento de los pueblos originarios como condición *sine qua non* para autorizar proyectos de desarrollo que por su alto impacto puedan implicar para los indígenas *una denegación de su subsistencia como pueblo*¹⁸. Esta interpretación busca proteger el derecho a la vida y a la integridad cultural de los pueblos originarios, ambos recogidos en diversos tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile¹⁹. Asimismo, el Convenio eleva el estándar de consulta al de consentimiento previo en caso que haya lugar al traslado de las comunidades indígenas o abandono no consentido de sus territorios de origen. Esto es particularmente importante en nuestro país, donde las principales actividades productivas desplegadas sobre los territorios indígenas (producción forestal y minera) tienden a monopolizar la vocación productiva de los espacios donde se emplazan sus comunidades, impidiendo que éstas elaboren sus propias estrategias de desarrollo, lo que finalmente las obliga a abandonar sus tierras.

2. Soberanía y participación política

LUCAS SIERRA

En el sentido de reducir los riesgos institucionales enunciados en la respuesta a la primera pregunta, creo que debería interpretarse como una recomendación o antecedente de carácter “fuerte”, es decir, que los beneficiarios del C169 deben ser oídos sobre las posibles regulaciones que los afecten y que si, tras oírlos, las autoridades competentes deciden de un modo distinto a como opinaron dichos beneficiarios, deben dar razones justificando su proceder.

2. Soberanía y participación política

TEODORO RIBERA NEUMANN

Los mecanismos de participación y consulta establecidos en el Convenio N° 169 deben ser entendidos como una expresión del derecho de todas las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, tal como lo indica el artículo 1°, inciso quinto de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional resolvió: “Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas”²⁰.

¹⁶ CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT, 289ª reunión de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 23 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, párr. 89. Citado en YRIGROYEN, Raquel. Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. Recurso electrónico, p. 9.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Corte IDH, caso Saramaka Vs. Surinam (2008), párr. 128.

¹⁹ El derecho a la integridad cultural está consagrado expresamente en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1968); también en la Declaración de Derecho de Pueblos Indígenas (artículos 3, 5, 8, 11, 12, 14.3, 15, 31 y 36) y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de Naciones Unidas (artículo 1). Diversos órganos han hecho recomendaciones, entre ellos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General XXIII (51) sobre la Situación de los Pueblos Indígenas.

²⁰ STC 309, considerando 46.

Respecto de la libre participación de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y legislativas que les conciernan, el artículo 6 N° 1 letra b) del Convenio establece como estándar mínimo que ésta debe verificarse “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”.

En síntesis, la participación y la consulta pueden realizarse en forma exclusiva a los pueblos indígenas, o de manera general para toda la colectividad nacional, en cuyo caso los primeros deben considerarse igualmente incluidos, pues son una parte o sector de la misma. Un proceso específico de participación y consulta sobre una medida administrativa o legislativa para los pueblos indígenas sólo debiera llevarse a cabo cuando éste se focalice exclusivamente o muy preferentemente en un tema o materia atinente a dicho pueblo indígena, no así cuando tenga carácter general.

El segundo numeral del artículo 6 del Convenio señala que la consulta debe implementarse de buena fe, esto es, con la finalidad o predisposición de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas dentro de las normas racionales o lógicas que rigen a la colectividad nacional. Debe existir de parte del Estado el interés sincero y profundo de gestar un consenso. Cabe destacar que los procedimientos de consultas no son ajenos a la legislación chilena, pues están contemplados, por ejemplo, en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente²¹, y en la Ley Indígena²².

Los efectos de la consulta no son vinculantes para el Estado, toda vez que ello implicaría otorgarles a los pueblos indígenas ámbitos soberanos, propios del poder estatal. Sus efectos son más bien una exhortación a considerar profunda y detalladamente el parecer y sentir de un sector de la comunidad nacional, buscando, en la medida de lo posible, conciliar los intereses colectivos con los de dicho sector o parte.

2. Soberanía y participación política

FRANCISCA SALAZAR CALLASAYA

El Convenio N° 169 establece en los artículos 6 y 7 el derecho a la participación y a ser consultados a través de nuestras organizaciones representativas. Cuando existen medidas legislativas o administrativas que nos afecten directamente –y esto es sumamente importante, ya que a la fecha no se ha procedido conforme con las normas del Convenio–, el Estado hace documentos y reúne unas cuantas personas para que validen lo que ellos quieren. Eso no es participación ni consulta. El Convenio es una gran herramienta para nuestros pueblos, pero tiene que ser aplicado sin mutilarlo, como actualmente pretende hacerlo el Estado a través del decreto 124²³.

La consulta debería ser aplicada a todas las personas indígenas que provengan de un pueblo originario, ya que son ellos los que realmente se ven afectados cuando el Estado interviene sus territorios. Por ejemplo, en la explotación de la minería todos nuestros territorios están concesionados a las mineras y no hay un centímetro de tierra respecto del cual no se haya presentado una solicitud de exploración minera. Una situación similar se presenta con el agua. Si la consulta involucrara a todas las personas de todos los indígenas sin importar su lugar de origen, éstas responderán según su propia conveniencia sin verse afectadas por las consecuencias. Además,

²¹ Artículos 26 al 31.

²² Artículos 10, 11 y 34.

²³ Decreto N° 124, Reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

en la actualidad muchos inmigrantes son indígenas, pero no tienen nada que ver con nuestras tierras, o con nuestras luchas. Finalmente, el valor de la consulta que debe ser obligatorio, tanto para los indígenas como para el Estado.

3. Costumbre y aplicación de justicia

El Convenio N° 169 establece una serie de disposiciones tendientes a resaltar el valor de la costumbre de los pueblos originarios, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala, además, que la costumbre debe ser un elemento a considerar al momento de impartir justicia. ¿Qué problemas y qué beneficios puede conllevar la incorporación de la costumbre de los pueblos indígenas en la administración de justicia tradicional?

3. Costumbre y aplicación de justicia

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce los derechos territoriales, específicamente la autonomía territorial, como forma de concreción legítima del derecho a la autodeterminación o autogobierno de los pueblos indígenas (excluyendo la secesión²⁴). La autonomía territorial supone el derecho de aquellos a conservar sus propias instituciones jurídicas en todos los ámbitos de la vida social “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”²⁵.

El reconocimiento del valor de la costumbre indígena en el marco del Convenio N° 169 incluye la jurisdicción penal “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”²⁶. Sobre el primer límite establecido en el Convenio, el Tribunal Constitucional resolvió que el “sistema jurídico nacional” son las normas producidas en el plano doméstico y desecha la incorporación de las normas y principios de derecho internacional del bloque de constitucionalidad. Esta concepción desconoce el alcance del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que vincula el derecho internacional de los derechos humanos –al menos el convencional– al sistema jurídico nacional como límite al ejercicio de la soberanía²⁷. Bajo este criterio, el control de constitucionalidad utiliza reglas que por definición excluyen la jurisdicción indígena. Esto implica desconocer las normas que aceptan como legítimo el derecho de los pueblos indígenas a su propio régimen jurisdiccional y que les permite utilizar la costumbre como argumento *ad litem* para sostener sus reclamaciones en instancias judiciales y administrativas. También desconoce el hecho de que los indígenas suelen recurrir a sus costumbres jurídicas para sustraer del derecho interno cuestiones que consideran de su competencia exclusiva o que estiman pueden ser cauteladas de mejor forma si se resuelven al margen del régimen jurídico estatal. *A contrario sensu*, el sistema jurídico nacional que proponemos incluye el derecho internacional de los derechos humanos, el cual reconoce la justicia

²⁴ Artículos 3, 4 y 46.1 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

²⁵ Artículo 8.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

²⁶ Artículo 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT.

²⁷ NOGUEIRA sostiene que las normas internas que contradigan al derecho internacional quedan derogadas tácitamente (Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 (2 y 3), Tomo I, :347, 1996). En el mismo sentido SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 121.

indígena y sus costumbres como derecho fundamental de los pueblos originarios, por lo que no podría ser considerado inconstitucional.

La cuestión se traslada entonces a la determinación del alcance del segundo límite establecido al ejercicio de estos derechos: los derechos fundamentales que integran el bloque de constitucionalidad. ¿Puede la justicia indígena violentar derechos individuales fundamentales? ¿Cuáles son los límites institucionales que cautelan su legitimidad? A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana resulta iluminadora. Ésta ha establecido que la diversidad cultural es un valor constitucionalmente protegido y en función de esto ha reconocido la vigencia de la jurisdicción indígena, la cual sólo podría ser limitada en presencia de dos criterios copulativos: (i) que sea necesario para salvaguardar un interés de superior jerarquía; y, en ese caso, (ii) que la limitación de la autonomía indígena sea lo menos gravosa posible. En este sentido, la Corte Constitucional señalado que constituyen principios superiores el respeto al “derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”²⁸. Esta doctrina permite la coexistencia de diversos sistemas jurídicos sin sacrificar las concepciones que fundan la convivencia social plurinacional y las bases epistemológicas de los sistemas autorregulados indígenas.

3. Costumbre y aplicación de justicia

LUCAS SIERRA

Tiene el mismo riesgo que la codificación ilustrada vio en la costumbre como estándar normativo: su potencial indeterminación, su relativa falta de forma. Igualmente, a la hora de ejercerse las potestades normativas del Estado puede afectarse la libertad (las personas no saben bien a qué atenerse) y la igualdad (prohibiciones y castigos muy distintos, a propósito de cuestiones parecidas, entre ciudadanos).

Por otra parte, la introducción de estándares consuetudinarios puede dar más complejidad al sistema jurídico, facilitando su adaptación a las vidas cotidianas de las muy distintas personas que deben obedecerlo. Este es un posible beneficio. Sin embargo, y sobre todo en materia penal, quizás sería mejor buscar este beneficio por vías específicas y excepcionales, como podría ser el ejemplo del fallo que en 1953 exculpó a doña Juana Catrila de parricidio aplicando antropológicamente una eximente del Código Penal (obrar “violentado por una fuerza irresistible”). Me parece más sensato explorar alternativas en este sentido que incorporar las costumbres de los beneficiados por el C169 como premisa normativa general y abstracta para los jueces de la República.

Según el artículo 12 del C169 el Estado debe darles acceso a mecanismos de protección de sus derechos y debe procurar que puedan comprender y hacerse comprender en éstos, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces. Por esta vía puede interpretarse mejor la relación entre legislación y costumbre en el marco del C169. Además, y contemplando la posibilidad de que el Estado reconozca y apoye ciertas formas de jurisdicción consuetudinaria, la incorporación de la costumbre debiera cumplir con las condiciones elementales de debido proceso, que no sea totalmente forzosa y, de preferencia, en materias no criminales.

3. Costumbre y aplicación de justicia

TEODORO RIBERA NEUMANN

La costumbre a la que alude el Convenio N° 169 es supletoria tanto de las normas jurídicas nacionales relativas a los derechos fundamentales definidos a nivel constitucional, legal o reglamentario, como de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, especialmente respecto de las normas que consagran valores superiores tales como

²⁸ Sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996, MP. Carlos Gaviria Díaz.

el derecho a la vida, la igualdad entre hombres y mujeres, la integridad física y psíquica de las personas, la igualdad ante la ley y la proscripción de la arbitrariedad, la libertad personal en sus más variadas formas y la protección de la propiedad.

En este entendido, es valioso que la costumbre sea considerada al momento de impartir justicia, pues acerca la ley a las personas y facilita su aplicación, permitiendo al juez tenerla presente como uno de los elementos a considerar al momento de juzgar.

Al respecto, el artículo 54 de la Ley Indígena señala que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”. También establece un procedimiento para probar la costumbre cuando se haga valer en un juicio.

No obstante lo anterior, la costumbre indígena puede ser un factor de inseguridad y un incentivo a la segregación cuando es poco clara, no es conocida o bien busca aplicarse a terceros que interactúan con los indígenas. En este caso, dificultará las relaciones jurídicas entre los diversos sectores de la comunidad nacional, segregando a unos de otros.

Cabe tener presente que el Tribunal Constitucional manifestó que el artículo 9° N° 1, del Convenio que señala que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, era absoluta y nítidamente incompatible con los artículos 73 y 19, N° 3, de la Constitución, pues ésta ordena que “todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso”. Por tanto, esta disposición del Convenio “es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica”²⁹.

3. Costumbre y aplicación de justicia

FRANCISCA SALAZAR CALLASAYA

Incorporar la costumbre a la administración de justicia tradicional resolvería el problema de muchos hermanos que hoy se encuentran presos por practicar lo que sus padres les enseñaron. Reclamar por lo justo no es pecado y el Estado también debe hacer un *mea culpa*, pues ellos nos quitaron lo máspreciado: “nuestra tierra”.

Por ejemplo, a nuestros hermanos mapuches les quitaron gran parte de sus tierras –las mejores– y las vendieron a privados. Hoy ellos reclaman por lo que sus ancestros les dejaron y el Estado los reprime, forzando enfrentamientos en los cuales, finalmente, ellos terminan presos. Otro ejemplo se relaciona con el territorio indígena de la precordillera la Región de Tarapacá. Todo el territorio es considerado terreno fiscal y como tal, el Estado lo concesiona o vende a quien quiere sin importar que existan comunidades indígenas dentro de ellas. Hoy, el territorio indígena está en manos de las empresas mineras. No obstante, contamos con el “Tratado de Ancón”³⁰, el cual no ha sido respetado por el Estado de Chile y esperamos poder conminarlo a cumplirlo.

Un último ejemplo es el de la *Pawa*, ceremonia andina donde se le agradece o se le pide permiso a la madre tierra. En ésta se utiliza incienso, alcohol puro, copala, cigarros y mucha hoja de coca.

²⁹ STC 309, considerando 52.

³⁰ El Tratado de Ancón –en el cual Estados Unidos fue ministro de fe– fue firmado entre Chile y Perú después de la Guerra del Pacífico. Entre sus disposiciones se señala que “Chile debe respetar a la gente que se quede en este territorio conservando sus tierras, lengua y sobre todos sus recursos naturales”.

Cuando hay una actividad importante se hace esta ceremonia y se invita a hermanos provenientes de otros lugares, quienes llevan consigo la hoja de coca. Muchos de ellos han sufrido humillaciones en los aeropuertos por llevarla, porque para el Estado este elemento es ilegal –narcotráfico– y no entienden que es parte de nuestra cultura y tradición.

Tierras

Los artículos 13 y 14 del Convenio reconocen y regulan la propiedad de los pueblos indígenas sobre los territorios que tradicionalmente han ocupado. ¿Cómo deben ponderarse y resolverse los conflictos que pueden surgir de la superposición de la titularidad de privados o del Estado sobre las tierras de los pueblos indígenas? ¿Qué tratamiento debería dársele a las ocupaciones de tierras por parte de comunidades?

4. Tierras

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA

Hoy existe un consenso internacional en torno a la existencia de un vínculo especial que los pueblos indígenas mantienen con sus territorios³¹. Esta cuestión no se refiere sólo al espacio geográfico necesario para que cualquier pueblo se desarrolle como tal, sino a la relación milenaria con su hábitat natural, donde la totalidad –de la que el ser humano es parte– es una categoría esencial, que permite hablar del “*continuum* de un pueblo y la naturaleza que le da vida”³². Se trata de un elemento sustantivo de su cultura a partir del cual se definen identitariamente. Por ello, en el reconocimiento y protección de la territorialidad indígena y de la propiedad ancestral sobre ella se juegan muchas más cosas que lo que nos sugiere la propiedad clásica considerada como relación patrimonial de dominio sobre una cosa. En el contexto indígena, lo protegido es en definitiva la supervivencia de los indígenas como pueblos diferenciados³³.

Tomando en consideración que la propiedad raíz en nuestro país se ha constituido sobre el territorio indígena, resulta evidente que nos encontraremos con una serie de conflictos en torno a la propiedad de la tierra que derivan de dicha conyuntura histórica. Contemporáneamente, además, se han generado una multiplicidad de conflictos que son consecuencia de los impactos del modelo de explotación primaria de recursos naturales ejecutados por terceros en los territorios indígenas (forestal, minero y salmónicola) y que ha puesto en riesgo los territorios y recursos que se habían mantenido bajo control de los pueblos indígenas.

Para resolver esta cuestión es necesario reconocer que ambas partes en conflicto son titulares de derechos fundamentales que deben ser ponderados: la propiedad ancestral indígena frente a la propiedad individual o corporativa. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos

³¹ Artículo 13.1 del Convenio N° 169; artículo 24 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas; y artículo 1° de la Ley de Desarrollo Indígena 19.253. Corte Interamericana, sentencias de los casos *Awas Tingni*, *Yake Axa* y *Saramaka*. Corte Suprema de Chile, sentencias “*Toconce con ESSAN*”, Rol 986-2003, y “*Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama*”, Rol N° 2840-08.

³² GARCÍA HIERRO, Pedro. El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades. *Revista de Asuntos Indígenas*, IWGIA, 4 (1) :23, 2004.

³³ Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”. Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 120 letra c.

Humanos que ha señalado que las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos en conflicto son las que constituyen limitaciones legales, necesarias, proporcionales y que busquen alcanzar “un objetivo legítimo en una sociedad democrática”³⁴. La Corte señaló que los derechos territoriales indígenas se vinculan con su “derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado” y que por lo tanto puede resultar necesario restringir la propiedad privada de particulares “para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana”, sin perjuicio de las correspondientes indemnizaciones³⁵.

Vistas así las cosas, las ocupaciones de fundos protagonizadas por comunidades mapuche que reivindicán sus derechos territoriales deben ser tratadas desde un paradigma de interculturalidad que reconozca la vigencia de sistemas de propiedad distintos, cuyas superposiciones deben resolverse desde la base que para ello presta el derecho internacional de los derechos humanos.

4. Tierras

LUCAS SIERRA

Pareciera que esos conflictos de “superposición”, como los llama la pregunta, deberían resolverse mediante mecanismos distintos al usado en Chile en los últimos años: un Fondo de Tierras y Aguas, indefinido en el tiempo, que se distribuye por el Gobierno con alta discrecionalidad. Esta forma ha exacerbado conflictos –comprando tierras reclamadas mediante vías de hecho–, e incentivando la especulación por parte de los propietarios de tierras potencialmente reclamables.

Pareciera, además, que esos otros mecanismos para hacerse cargo de la mencionada “superposición”, podrían ser de dos tipos. Uno más redistributivo, el otro más adjudicatorio. El primero debería tomar la forma de una expropiación de las tierras que la legislación diga, indemnizando debidamente a los expropiados, por supuesto. El segundo adoptaría la forma de un tribunal, de un tercero imparcial, que por un tiempo estudiara los casos en que hubo claros abusos respecto de tierras reclamadas, para así informar a las autoridades políticas, o para fallar derechamente, transfiriendo la propiedad e indemnizando de una manera aceptable a quien sea privado de la tierra. Este tercero imparcial puede ser un tribunal de la República o un grupo de “personas buenas” establecido al efecto. Estos dos tipos de mecanismos que, claro, pueden ser complementarios entre sí, comparten características similares: por una parte se pronuncian de una vez y para siempre, por otra, reducen el poder discrecional del gobierno de turno.

Si se aplicaran bien estos mecanismos u otros análogos, el problema de la ocupación ilegal de tierras podría claramente ser tratado como atentados al orden público y a la propiedad, y reprimidos con la decisión plena que da la legitimidad, sin la mala conciencia que parece haber hoy y que dificulta las cosas.

4. Tierras

TEODORO RIBERA NEUMANN

El Convenio N° 169 se refiere en los artículos 13 y 14 a “las tierras que tradicionalmente ocupan”, respecto de las cuales debe reconocerse a los pueblos indígenas interesados el derecho de propiedad y de posesión. Claramente el Convenio alude a dos situaciones diversas, tales son las tierras que ancestral y actualmente ocupan, por un lado, y, por el otro, a aquellas respecto de las cuales han tenido desde tiempos inmemoriales

³⁴ Corte IDH, Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay (2005), párr. 144.

³⁵ *Idem*, párr. 146 y 148.

acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, y respecto de las cuales se busca formalizar sus derechos. El Convenio no utiliza la expresión “territorios que tradicionalmente *han ocupado*”, aludiendo a un tiempo pasado, como se refiere erróneamente la pregunta, si no que exige también ocupación actual, efectiva y comprobable.

Los conflictos actuales no se suscitan entre los “pueblos indígenas”, sino más bien entre algunas “comunidades indígenas” o “familias indígenas”, y ciertos particulares o el Estado. Estos conflictos pueden presentarse preferentemente:

- a) Por tierras pertenecientes actualmente a no indígenas que en tiempos pretéritos fueron parte de un título de merced o de un título de comisario, esto es, fueron “tierras indígenas”, y;
- b) Por tierras pertenecientes a no indígenas, que las recibieron del Estado chileno o incluso con anterioridad y que no presentan superposición de deslindes con comunidades indígenas, pero respecto de los cuales se alegan “derechos ancestrales” y para sus ocupaciones existen motivos políticos, sociales o económicos.

En el caso del literal a) es conveniente precisar que respecto de aquellos terrenos otorgados por títulos de merced o comisario y que están hoy en manos de terceros, en contravención al derecho nacional, debe procurarse agilizar la vía judicial, aplicar la ley y finalmente indemnizar a aquellos que, por negligencia del Estado en su deber de resguardar los derechos individuales, fueron privados de su dominio. Dado que en muchos casos las acciones están prescritas o bien los actuales propietarios no tienen vinculación con quienes pudieron ocupar dichas tierras indígenas en el pasado, la indemnización monetaria por el Estado o la compensación en tierras debe preferirse antes que la compra del bien raíz en eventual disputa.

En el caso del literal b) estamos frente a una pretensión política, social o económica totalmente ajena al propietario de un predio, quien detenta una propiedad que no fue parte de un título de merced o comisario, por lo que no tiene responsabilidad alguna frente a lo que se le imputa sin una justa causa de pedir. En este caso, el Estado debe otorgarle pleno apoyo y resguardar su derecho de propiedad, sin consideración a los factores raciales o étnicos de los involucrados. No siendo estas reivindicaciones de carácter jurídico, mal puede pedírsele a los particulares que detentan justos títulos emanados del Estado que asuman la responsabilidad por los actos soberanos de éste.

En todo caso, ocupar reiteradamente predios de particulares, quemar sus sembradíos y viviendas, matar sus animales y amenazarlos de muerte, es una práctica incompatible con los derechos humanos que merece una clara y rotunda sanción moral y jurídica.

Para garantizar la seguridad jurídica y brindar justicia, el Estado debe modificar la Ley Indígena, estableciendo un plazo fatal para acoger las demandas indígenas sobre tierras en conflicto e indemnizar a dichas comunidades, preferentemente con dinero o bien con tierras que adquiera para tal objeto. En paralelo, debe eliminarse la posibilidad de comprar tierras en conflicto y privilegiar fuertemente el Fondo de Desarrollo Indígena, reorientando el Fondo de Tierras a la consolidación de unidades económicamente viables.

4. Tierras

FRANCISCA SALAZAR CALLASAYA

El Estado debe devolver a los pueblos indígenas sus territorios, los que no constituyen un pedazo de tierra. En el norte, sobre todo en la precordillera no tenemos regularizados nuestros territorios. Nosotros sabemos en forma imaginaria hasta donde se limita con el pueblo vecino y eso se respeta. Con el Convenio N° 169 tenemos la posibilidad de recuperar los territorios que hoy están en manos del Estado, muchos de los cuales se entregaron en concesión al sector minero. Lo que queremos es la devolución total de nuestros territorios

ancestrales que nos fueron usurpados. Resolver los problemas con los privados es responsabilidad del Estado.

Las comunidades necesitan más recursos para recuperar su agricultura y la ganadería que ha sido dañada por la minería. A pesar de este daño, nuestra gente ha logrado sobrevivir y mantener con vida poblados hermosos, insertos en cerros y quebradas que forman largos y fértiles valles.

5. Recursos naturales

El artículo 15 del Convenio N° 169 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, y el deber correlativo del Estado de proteger especialmente dichos derechos. ¿Cómo pueden compatibilizarse los intereses o derechos de privados o del Estado con los derechos de los pueblos indígenas sobre recursos naturales (hídricos, forestales, pesqueros, etc.) existentes en sus tierras? ¿Qué principios debieran observarse a la hora de resolver estas tensiones?

5. Recursos naturales

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA

La cuestión de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios es indispensable para el pleno goce de sus derechos fundamentales, pues el derecho a la libre determinación supone el derecho a “*disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*”³⁶. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que conforme a los principales pactos internacionales y en virtud del derecho a la autodeterminación “*los pueblos podrán ‘provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural’ y pueden ‘disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales’ para que no se los prive de ‘sus propios medios de subsistencia’*”³⁷.

En cuanto a la armonización de los intereses privados en territorio indígena y sus derechos, ésta sigue el mismo camino que los conflictos de titularidad sobre la tierra. Deben ponderarse los derechos en juego en cada caso y preferir aquel de mayor entidad, expropiando en aquellos casos en que el ejercicio del derecho preferido así lo requiera. Siempre debe considerarse la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios y el papel que ésta juega en la configuración de su identidad y su supervivencia como pueblos diferenciados. Ahora bien, si se trata de recursos naturales renovables ubicados fuera de los territorios indígenas, pero cuya explotación es susceptible de afectarlos directamente y requiera de autorización administrativa, debe acudirse a las normas sobre la obligación de consulta previa que, como señalamos anteriormente, deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos susceptibles de ser afectados esencialmente por aquellas³⁸.

En cuanto a los recursos no renovables, particularmente los recursos del subsuelo y aquellos respecto de los cuales el Estado tenga derechos, el artículo 15.2 del Convenio consagra tres garantías fundamentales: la consulta previa, la participación en los beneficios y el derecho a la indemnización de todo perjuicio. En otras palabras, si bien el Convenio reconoce el derecho *de dominio eminente* del Estado sobre los recursos, refuerza el deber de consulta previa y el derecho

³⁶ Artículo 1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

³⁷ Corte IDH, Caso Saramaka Vs. Surinam (2007), párr. 93.

³⁸ Corte IDH, Caso Saramaka Vs. Surinam (2008), párr. 133.

a la indemnización en caso de daños, ambos ya contemplados en nuestro ordenamiento jurídico³⁹. El derecho de los pueblos indígenas a la participación en los beneficios de la explotación de estos recursos constituye la contrapartida del reconocimiento a la titularidad estatal sobre los mismos. Esta es la fórmula propuesta por el Convenio para compatibilizar el interés social en la explotación de los recursos públicos de cargo del Estado y los derechos de los pueblos indígenas, a quienes se les reconoce el derecho de autodeterminación sobre los recursos necesarios para asegurar su subsistencia y la concreción de su proyecto económico, social y cultural, conforme a sus prioridades en materia de desarrollo.

5. Recursos naturales

LUCAS SIERRA

El punto es cómo entender el compromiso asumido por el Estado en el sentido de proteger “especialmente” los recursos naturales existentes en sus tierras, según lo dispuesto en el artículo 15 del C169. Agrega que “estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. A mi juicio, este es un llamado a que el Estado asegure la posibilidad de que los beneficiarios del C169 usen, administren y conserven sus recursos legales, con una forma e intensidad igual a como lo hace con el resto de los propietarios de esos recursos. Como los beneficiarios del C169 suelen conformar sectores relativamente pobres de la población (es el caso en Chile), el aseguramiento de esa posibilidad probablemente implicará un gasto fiscal mayor (en, por ejemplo, educación y asesoría) que puede justificarse a la luz del C169.

Con esto aprovecho de terminar con una consideración general sobre la incorporación del C169 como estándar normativo a nuestro sistema jurídico. A mi modo de ver, y dicho muy apretadamente, el C169 debería entenderse como el compromiso que el Estado de Chile asume ante la comunidad internacional, de tenerlo como criterio a la hora de ejercer sus potestades normativas democráticas (administrativa y legislativa, básicamente), en relación con los beneficiarios del C169. Esto, antes que considerarlo como un catálogo de derechos humanos, que se introducen al Capítulo III de la CP, que pasa a configurar un supuesto “bloque de constitucionalidad” y, peor aún, que se transforman en un estándar “supraconstitucional”. Si se hace esto último, se exacerbarán los riesgos enunciados en la pregunta 1 y se habrá comprado demasiado caro, en términos institucionales y de autonomía democrática, un problema innecesario.

5. Recursos naturales

TEODORO RIBERA NEUMANN

El artículo 15 N° 1 no señala que los pueblos indígenas tengan derecho a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, como se indica erróneamente en la pregunta, sino que a “participar” en dichas actividades, lo que implica la concurrencia de terceros.

El artículo 15 N° 2 del Convenio reconoce que si existen en dichas tierras recursos naturales de propiedad estatal (como es el caso de Chile), los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados en orden a establecer si éstos serían o no perjudicados con la explotación de los recursos; permitir, en la medida de lo posible, que los pueblos interesados participen de los beneficios e indemnizar cualquier daño que dichos pueblos puedan sufrir como consecuencia de las actividades.

³⁹ El primero en el artículo 6° del propio Convenio –declarado autoejecutable por el Tribunal Constitucional– y el segundo en cuanto se trata de un principio general del derecho común.

En cuanto a la primera obligación del Estado, es preciso señalar que dicha consulta no tiene por objeto obtener el consentimiento, sino determinar si los intereses de esos pueblos serían o no perjudicados, y en qué medida. Una norma similar se encuentra incorporada en los artículos 15 y 17 del Código de Minería.

Respecto a la participación en los beneficios de la explotación, ésta sólo procederá en caso que esto sea posible, como lo señala claramente el Convenio, norma que debe ajustarse a lo señalado por la Constitución y el Código de Minería.

En lo relativo a las posibles limitaciones a la propiedad minera contempladas en el artículo 15 del Convenio, el Tribunal Constitucional manifestó que se trataba de una disposición programática, esto es, no era autoejecutable. Igualmente, que los procedimientos de consulta ya se encontraban incorporados en nuestra legislación interna y que el Código de Minería contemplaba un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, por lo que “en esta parte el Convenio no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios”⁴⁰.

Por último, los principios que debieran seguirse para solucionar los conflictos que pudieran surgir, debieran ser compensar adecuadamente el bien común y el interés superior de la Nación con los eventuales perjuicios que pueden sufrir los pueblos indígenas, generando además los incentivos legales para que las utilidades tributarias de los proyectos les beneficien directamente.

5. Recursos naturales

FRANCISCA SALAZAR CALLASAYA

El Estado debe procurar que los recursos naturales se conserven dentro del territorio indígena y que éstos sean administrados por los pueblos involucrados, y no como sucede actualmente donde se desvalija la tierra y queda un hoyo y una tierra inerte. El Estado no ha hecho nada por protegernos y nos quitan el agua para entregarla en concesión a los privados que trabajan en la minería o en la producción de energía geotérmica. Incluso, habiendo de por medio derechos de agua inscritos a nombre de un pueblo indígena, de todas formas somos reiteradamente vulnerados y cada mes debemos estar pendientes de las solicitudes de utilización de nuestra agua o de la presentación de proyectos geotérmicos.

Hoy se privilegian los intereses del sector privado por sobre nuestros derechos. La legislación los beneficia, por lo que debemos luchar para cambiarla, especialmente el Código de agua y la legislación relativa a la explotación de la tierra, la minería, la energía geotérmica, la protección del medio ambiente, etc.

El principio que debe imperar es que estos territorios ancestrales siempre han sido nuestros, pues han sido traspasados de generación en generación hasta nuestros días y nuestros pueblos conservan intacta su cultura milenaria, por lo que constituyen un verdadero diamante en bruto.

⁴⁰ STC 309, considerando 72.

