

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN EL NORTE DE CHILE.

NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE DERECHOS INDÍGENAS RATIFICADA POR CHILE.

Respecto al avance en materia de derechos internacionales para la defensa de las poblaciones indígenas, cuyo origen ha tenido lugar en la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), y que también son considerados por otras organizaciones de forma paralela (OIT¹, CADH², Carta O.E.A.³, etc.), se considera que: “... las políticas indigenistas contribuyan a sacar a las comunidades indígenas de su atraso secular”⁴. Haciendo historia de los albores de este reconocimiento, en el Primer Congreso Indigenista Interamericano de 1940, se establecieron los siguientes principios fundamentales:

- a) *El respeto a la personalidad y a la cultura indígena.*
- b) *Rechazar los procedimientos legislativos o prácticos que tengan origen en conceptos de diferencias raciales con tendencias desfavorables para los grupos indígenas.*
- c) *Igualdad de derechos y de oportunidades para todos los grupos de la población americana.*
- d) *Respeto a los valores positivos de la cultura indígena.*

¹ Organización Internacional del Trabajo.

² “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos está basado en tres instrumentos: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)” (Nash: 2001:30)

³ Carta de la Organización de los Estados Americanos.

⁴ Caso, 1971:139 en Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, (Krotz 2002).

e) *Todo acto que se pretenda llevar a cabo sobre la comunidad indígena, deberá contar con la aceptación de ésta. (Stavenhagen 1998:172)*⁵

Desde entonces, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, fue ratificada por Chile, señala:

“no es un instrumento jurídico vinculante, pero sí constituye para todos los estados miembros de la O.N.U. una norma moral y políticamente obligatoria, una afirmación de objetivos que no pueden ser ignorados o despreciados sin que el Estado que lo haga, tenga que pagar un alto precio político por hacerlo”
(Stavenhagen 1998: 173).

Los principios de derechos humanos incorporados en la Declaración Universal (D.U. en adelante) son generalmente aceptados como derechos consuetudinarios internacionalmente reconocidos y asumidos con la obligación de cumplir cabalmente con sus preceptos.

Los fundamentos de la D.U. están constituidos por el principio de igualdad entre todos los seres humanos y el de la no-discriminación; además de romper contra la *“visión jerárquica y excluyente de las sociedades humanas, porque señala que todos los seres humanos son iguales y tienen los mismos derechos, que los estados están obligados a respetar”* (Ibid 2002: 174). Sin embargo, la igualdad de derechos en el tratamiento legislativo de la propiedad indígena, no consideraba el derecho consuetudinario⁶ de estas culturas, situación que, en 1947, la Asociación

⁵ En “Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, Esteban Krotz 2002.

⁶ Sobre Derecho consuetudinario Dougnac (1975: 439) nos dice que el derecho indiano reconoce el Derecho Indígena basado en las costumbres su valor como fuente del derecho. La costumbre debía ser positiva, reiterada durante mucho tiempo. Este derecho consuetudinario también legitima el dominio de la tierra, adquirido en conformidad a sus usos y costumbres ancestrales. A su vez Castillo (Castillo 1990:51 en Aravena 2000:149) señala que Derecho Consuetudinario es más que costumbre porque considera aspectos como la autoridad, ejercicio de la jurisdicción, sanciones, normas relativas a la transferencia y transmisión de derechos, mecanismos hereditarios, etc., contiene normas de conducta que regulan la vida de la comunidad y tiene capacidad de coerción,

de Antropólogos Norteamericanos denunció diciendo que la D.U. no debería concebir solamente los valores dominantes de Europa Occidental y Estados Unidos, argumentando que la D.U. no considera al respecto, las particularidades organizativas de los grupos culturales y su forma de concebir las normas de acuerdo a su costumbre.

La Ley chilena reconoce la preexistencia de formas propietarias indígenas, no inscritas en el Norte de Chile. Sobre estas tierras patrimoniales y del conjunto de comunidades son tierras de personas jurídicas⁷ que nunca fueron inscritas porque nunca se transfirieron por venta, ni se han inscrito como herencia. Éstas han sido consideradas por el Estado como fiscales y ha potenciado en los poseedores intitulado un proceso de regularización de la propiedad, privatizando y parcelando individualmente la propiedad; desconociendo definitivamente la coexistencia de propiedades comunitarias. Ello ha propiciado la desarticulación de la vida comunitaria y la disolución de la base de su subsistencia que radica en la propiedad comunitaria.

En 1971, Chile firma el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En la crítica a la concepción occidental e individualista del sistema liberal de la D.U. interviene también otra corriente de pensamiento, el que corresponde a antiguas culturas, donde no existe la concepción de “individuo” como un ente abstracto, aislado de su entorno social y comunal; o cuando menos, en inferior grado que en occidente. Es así que:

como tal, no sería un derecho del pasado o inmutable para conservar lo antiguo, cambia y adquiere el dinamismo adaptándose a lo nuevo.

⁷ Personas Jurídicas reconocidas por la Ley Indígena chilena, a las cuales, les reconoce que siendo comunidades sociológicas eran sujetos pasivos de derechos (p.e., con capacidad de goce), pero que hasta entonces habían carecido de personalidad jurídica (p.e., sin capacidad de ejercicio), lo que les impedía ser sujetos activos en la representación de sus derechos corporativos. (Barros 2004:155)

“En estas sociedades, la unidad social fundamental, no es el individuo, sino la colectividad o comunidad local. Los individuos tienen derecho a su dignidad y a ser respetados como tales, pero su identidad se vincula a la del grupo al que pertenecen y hacia el cual también tienen determinados deberes y obligaciones” (Barros 2004:155).

En la comunidad nicaragüense denominada Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni⁸, año 2001, es donde se muestra el derecho de propiedad de las comunidades indígenas. Este fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H. en adelante) es aplicable a toda la realidad del continente latinoamericano:

*“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*⁹

En el marco de la D.U. surgen Pactos, Convenios y Declaraciones, también ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y cuya estructura, alude

⁸ Sentencia de 31 de Agosto de 2001. Serie C N° 79. Corte IDH en Cap. “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” Claudio Nash, de la compilación **“Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y Contexto Chileno”**. (Aylwin 2001) (ed) Ediciones salir 2001.

⁹ Caso Comunidad Mayagna (Sumo), nota 25, párr. 149.

también a derechos indígenas. Estos instrumentos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.), ambos ratificados en 1966; el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en 1971¹⁰; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificado el año 2007 y el Convenio 169 de la OIT, ratificado el año 2008.

“Los pactos desarrollan los derechos establecidos en la D.U. y, a diferencia de ésta, constituyen instrumentos jurídicos vinculantes para los estados signatarios. De acuerdo con el derecho internacional, un tratado, tiene carácter de ley interna, en el estado que lo ratifica”.¹¹

Para el caso de la normativa de ambos pactos es innovador lo que se refiere a la libre determinación de los pueblos, véase la cita del Art. 1°:

*“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”
(Stavenhagen 1998:185)*

Sin embargo, la libre determinación que atañe el citado artículo, se refiere a la independencia de los países colonizados por una potencia extranjera, pero no a las minorías étnicas que habitan en naciones independientes y soberanas que se comportan conforme a las normas y principios establecidos por las Naciones Unidas; ya que podría usarse de pretexto para el debilitamiento de la integridad territorial de un Estado. *“También ha subrayado la O.N.U. que las minorías (a las que se refiere el artículo 27 del P.I.D.C.P. y la D.M.) no son consideradas como “pueblos” y no tienen el derecho de libre determinación” (Ibid).*

¹⁰ Suscrita por Chile 3 Oct 1966 y Ratificada el 20 Oct 1971.

¹¹ San Miguel Aguirre, 1994 en Ibid: 179.

Respecto de la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, el Convenio 169 y la Declaración de los Derechos Humanos para Pueblos Indígenas de la O.N.U., establece que su normativa sí reconoce que tales principios sean considerados para pueblos indígenas que son parte de una nación mayor e intercultural y a los cuales se les considerará sus derechos, al resguardo y utilización de sus recursos naturales y culturales como al mantenimiento y cuidado de su patrimonio. Además, el Estado debe considerar las formas ancestrales de vida y desarrollo de tales pueblos, por lo cual, debe consultar a los mismos cuando se pretenda implementar un proyecto de desarrollo que afecte el territorio de tales pueblos indígenas; pero como este principio del Convenio 169 es una norma autoejecutable no se encuentra el respectivo procedimiento de aplicación cuando surgen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos referidos. Por consiguiente, este derecho de los “pueblos a ser consultados”, carece de un procedimiento de implementación que obedezca al espíritu del Convenio ya citado, situación por la cual se ha criticado al Decreto Supremo N° 124 del 04 de septiembre de 2009, derogado en lo respectivo a su articulado que reglamenta según el artículo 34 de la Ley 19.253, la consulta y participación indígena por el Decreto Supremo N° 66 del 04 de marzo del 2014, por no obedecer al espíritu y principios que informan este derecho esencial aplicable a los pueblos referidos.

En el marco de la discusión referente al concepto de Pueblo, sobre la base de los trabajos realizados por la O.N.U. es comprensivo respecto a lo que debe entenderse como “indígenas” creándose, en consecuencia, la Comisión de Derechos Humanos que depende de la Subcomisión de Promoción y Protección de los mismos. En cuanto a la protección de las Minorías étnicas la subcomisión propone la primera versión del texto del P.I.D.C.P. así como la Declaración sobre Derechos de las Minorías (D.M.). En atención a los derechos indígenas, el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), crea el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GT), quienes frente a las graves denuncias en el “Primer Encuentro de Pueblos Indígenas” generan la siguiente definición en cuanto a quiénes son las personas integrantes de éstos pueblos:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precolonización, que se desarrollaron en sus territorios, y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos, constituyendo ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen por lo demás, la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia proseguida como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.
(Citado por Stavenhagen: 1998:188¹²)

Al mismo tiempo, este reconocimiento de los pueblos indígenas, sin duda logra que este GT proponga normas internacionales para su mejoramiento, y entre las principales está la “Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas” (DPI en adelante) que fue promulgada por la O.N.U. el año 2007 y ratificada por 45 países miembros entre ellos Chile.

Respecto del reconocimiento jurídico de protección de tierras indígenas en Chile, la Ley N° 19.253 (en adelante, Ley Indígena), establece que estas tierras pueden ser inscritas en un Registro Público de tierras indígenas y con ello quedarán sujetas a un régimen de protección por lo cual no podrán ser “*enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción...*”¹³ .

A su vez, tanto la Ley N° 19.253 como el Convenio 169, se refieren también a quiénes son estos sujetos de derecho, pero en la Ley indígena¹⁴, las características son genéricas y excluyentes; puesto que su normativa se asocia principalmente a indígenas descendientes de pueblos prehispánicos y no

¹² En Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Esteban Krotz (Ed.) Ed. Anthropos, México 2002.

¹³ Ley 19.253, Artículo 13°.

¹⁴ Ley 19.253, Artículo 1°. (1193: 3)

considera a las minorías étnicas (postcolonización). En tanto, el Convenio 169¹⁵ considera a los indígenas de origen prehispánico y postcolonial siempre y cuando mantengan sus identidades y costumbres propias.

En Chile, a 17 años de presentado el proyecto de ratificación del Convenio 169 al Congreso Nacional, comienza a implementarse el año 2009. Este importante paso en materia de legislación indígena destaca la voluntad política del Poder Ejecutivo para con dichos pueblos.

Junto con los pactos y acuerdos internacionales sobre derechos indígenas en Chile, existe la legislación indígena¹⁶ desde 1993. Esta ley es significativa, porque propone acciones para la mitigación de la discriminación, potencia la re-etnificación e incluye el derecho a las diferencias culturales, es considerada perfectible, por cuanto considera a los indígenas como aglomeraciones independientes en etnias y comunidades, es decir, grupos desarticulados diversos, a nivel nacional y dentro de cada subdivisión denominativa de comunidades indígenas. Estas denominaciones aludidas, indirectamente, potencian entre indígenas, la visión localista y particular de sus proyecciones y participación ciudadana, puesto que a la fecha, el mundo aymara y sus representantes étnicos, denominados Consejeros Nacionales Aymaras, mantienen una representatividad matizada de fragmentaciones ideológicas, políticas y sociales.

El Fondo Indígena trabaja con todos los países miembros de la Cumbre de las Américas. En Chile, el Fondo indígena trabaja con entidades públicas encargadas de las temáticas indígenas como CONADI, vinculándose directamente con comunidades y personas pertenecientes a este Pueblo; estas últimas concurren a través de beneficios, subsidios y capacitaciones.

¹⁵ Convenio 169, Artículo 1° (2009:15)

¹⁶ Ley Indígena 19.523, promulgada el año 1993.