

Pv. 282957

DOC
A859P
2019



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



“La propiedad indígena en Chile (Latinoamérica): El caso Rapa Nui”

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho
Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso



Alumno: Luis Fernando Astudillo Becerra
Directores Dr.: Gonzalo Aguilar Cavallo
Dr.: Jaime Bassa Mercado

VALPARAÍSO-CHILE
DICIEMBRE-2019

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

A mi papá Alberto y mi mamá Mercedes; a mi Sra. Jennifer; a mis hijas e hijos Abigail, Alejandra, Fernando, Gabriel, Sebastián, Camilo, Jennifer, Vicente y Benjamín; a mis nietos y nietas Felipe, David, Alberto, Tahuaere, Ohana, Kanohi, Alonso, Matilde, Salvador, Licán y Ernesto.
Con mi amor de siempre y mi convicción de que otro mundo es posible.



TABLA DE ABREVIATURAS.

A.L.= América Latina.
Art.= Artículo.
CADH= Convención Americana de Derechos Humanos.
CBR= Conservador de Bienes Raíces.
CIDH= Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CEACR= Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.
CGC= Compañía General de Combustibles S.A.
CEDIP= Compañía Explotadora de Isla de Pascua.
CODEIPA= Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua.
CONADI= Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
Convenio 169 de la OIT= Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
Convenio= Convenio 169 de la OIT.
Corte IDH= Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR= Constitución Política de la República
DADDH= Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre.
Declaración= Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Pueblos Indígenas.
Declaración Americana= Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas.
DIDH= Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DL= Decreto ley.
DS= Decreto Supremo
DNUDPI= Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Pueblos Indígenas.
DADPI= Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas.
FAO= Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
INDAP= Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario.
INRA = Instituto nacional de Reforma Agraria.
Ley Indígena= Ley 19.253.
OEA= Organización de Estados Americanos.
OIT= Organización Internacional del Trabajo.
ONU= Organización de las Naciones Unidas.
OMS= Organización Mundial de la Salud
Párrs= Párrafos.
Pág= página
PIDCP= Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PDTI= Programa de Desarrollo Territorial Indígena.
TCO = Tierras Comunitarias de Origen.
UNESCO= Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.



Resumen

El objetivo de esta investigación es explicar cuál es el sentido y alcance que tiene la propiedad para los pueblos indígenas, cuáles son sus manifestaciones, el lugar que ella ocupa dentro de su cultura, la forma como el indígena se relaciona con su tierra, las formas como se suceden en ella. Todo lo anterior desde la mirada de un pueblo: Rapa Nui.

Asimismo busca explicar el concepto y contenido de la propiedad ancestral y cuál ha sido la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de ella. Del mismo modo se buscará identificar los criterios, especial énfasis tendrá la interpretación evolutiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconocen la propiedad ancestral como título jurídico suficiente para acreditar el dominio de las tierras indígenas. Con ello se determinarán las razones jurídicas que hacen aplicable en Chile, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la propiedad ancestral de la tierra como título de dominio de los pueblos indígenas.

Esta investigación busca, además, mostrar las compatibilidades e incompatibilidades del régimen jurídico chileno de propiedad, con la propiedad ancestral y las normas internacionales de derechos humanos que rigen al respecto.

Se abordará el caso del pueblo Rapa Nui para mostrar la situación jurídica, en que se encuentran sus tierras, sus reivindicaciones y se explicará y criticará la forma como el Estado de Chile se hizo dueño de las tierras del pueblo Rapa Nui.

Se demostrará como en el caso del pueblo Rapa Nui se darían todos y cada uno de los supuestos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en cuenta, para declarar como título jurídico de los pueblos indígenas la propiedad ancestral, del mismo modo cómo resulta aplicable toda la normativa internacional, ratificada por Chile, en particular las normas del Pacto de San José de Costa Rica, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, consecuentemente con ello, sería deber del Estado (en base a las normas internacionales, la jurisprudencia y el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de derechos humanos) hacer efectiva dicha aplicación o reconocimiento. Así las cosas, sería deber del Estado de Chile restituir las tierras de Isla de Pascua al pueblo Rapa Nui.

Palabras claves: Derecho indígena, derechos humanos, propiedad ancestral, título indígena, pueblo Rapa Nui.

Abstract

The objective of this research is to explain the meaning and scope of property for indigenous peoples, what their manifestations are, the place they occupy within their culture, the way indigenous people relate to their land, the forms as they happen in it. All the above from the eyes of a people: Rapa Nui.

It also seeks to explain the concept and content of ancestral property and what the position of the Inter-American Court of Human Rights has been regarding it. In the same way, it will be sought to identify the criteria, special emphasis will be the evolutionary interpretation of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which recognize the ancestral property as sufficient legal title to accredit the dominion of the indigenous lands. This will determine the legal reasons that make

applicable in Chile, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in relation to the ancestral property of land as title of ownership of indigenous peoples.

This research also seeks to show the compatibilities and incompatibilities of the Chilean legal property regime, with the ancestral property and the international human rights norms that govern it.

The case of the Rapa Nui people will be addressed to show the legal situation, in which their lands are found, their claims and will be explained and criticized the way in which the State of Chile became owner of the lands of the Rapa Nui people.

It will be shown how, in the case of the Rapa Nui people, each and every one of the assumptions that the Inter-American Court of Human Rights has taken into account to declare ancestral property as the legal title of indigenous peoples, in the same way as it is applicable all the international regulations, ratified by Chile, in particular the norms of the Pact of San José of Costa Rica, ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, consequently, would be the duty of the State (based on international standards, jurisprudence and control of conventionality of the Inter-American Court of Human Rights) make effective such application or recognition. Thus, it would be the duty of the State of Chile to restitute the lands of Easter Island to the Rapa Nui people.

Keywords: Indigenous law, human rights, ancestral property, indigenous title, Rapa Nui people.

INTRODUCCIÓN

Nunca imaginé que mi visita, a ver una causa en el Tribunal de Letras y Garantía de Isla de Pascua, en abril del año 2005 significaría que se transformaría mi vida profesional y familiar. La mirada romántica sobre la lucha de los pueblos indígenas en contra de un Estado que los domina y los somete se hizo real y mi compromiso con los pueblos indígenas pasó del romanticismo a la vinculación directa con sus esperanzas y sus luchas, comencé a trabajar con diversas comunidades indígenas y clanes en el logro político, administrativo y o jurisdiccional de sus demandas.

Recién llegado a la isla, en una reunión con la familia Atán Hito pregunté como se decía abogado en Rapa Nui, la respuesta fue “toke toke” y yo les pregunté por qué no me llamaban así, la respuesta fue espontánea: una risotada general, que los destornilló de la risa por un buen rato. No entendía nada hasta que Juan Atán me explica que *toke toke*, significa ladrón.

A los continentales los Rapa Nui nos llaman “tire” que significa pasto, cuando pregunté por qué nos llamaban de ese modo, la respuesta fue que el pasto es lo que se corta y se bota, porque no tiene utilidad.

Con el paso del tiempo mi vínculo con los Rapa Nui no sólo sería profesional, sino también familiar. Mi hija Alejandra contrajo matrimonio con un joven dirigente social y político de ese pueblo, Poky Tane Haoa Hey, quien también es padre de mis tres nietas: Tauahere Himene Mai, Ohana Kapirera y Kanohi Marama.

Lo que narro, al comenzar esta tesis, lo hago para explicar alguna de las razones por las que un “tire” se interesa en los derechos de los pueblos indígenas y para explicar que el autor toma partido al tratar la temática de los pueblos originarios e intenta hacerlo desde aquellos que son los oprimidos y dominados por un sistema que quiere hacer invisible a los diferentes.

Hechas estas consideraciones, entremos derechamente al tema que nos convoca.

Una de las reivindicaciones más importantes de los pueblos indígenas es el reconocimiento de los derechos a su tierra y territorios, consideran, y con justicia desde la perspectiva de este autor, que tienen un título inmemorial a usar y poseer tierras que han ocupado tradicionalmente o de las que fueron despojados por la fuerza.

Este proyecto de investigación pretende determinar la forma como el derecho internacional reconocen hoy, esta larga reivindicación de los pueblos originarios, cuáles son las normas de derecho internacional que establecen este derecho, la forma como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) viene resolviendo las controversias entre pueblos y comunidades indígenas y diversos Estados de nuestra América Latina. Todo sobre la base de que el título indígena ha sido aceptado crecientemente por los tribunales internacionales, no así los tribunales chilenos en esta materia.¹

Así mismo reflexionaremos sobre la importancia de la multiculturalidad, el derecho propio indígena, el pluralismo jurídico y la forma como lo anterior tiene reconocimiento en ordenamientos jurídicos de América Latina especialmente por su importancia veremos los casos de Colombia, Ecuador y Bolivia.

¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho Chileno*. En *Revista Ius Praxis* 11, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, N° 1, 2016, cfr. Págs. 269-295.

La pregunta principal que orienta esta investigación es la siguiente: ¿Cuál es el régimen jurídico del derecho a la propiedad indígena en Rapa Nui y si este régimen jurídico es compatible con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derecho ancestral a la propiedad indígena?

Nuestra hipótesis es que en el caso del pueblo Rapa Nui, se darían todos y cada uno de los supuestos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en cuenta, para declarar como título jurídico de los pueblos indígenas la propiedad ancestral. Del mismo modo resulta aplicable toda la normativa internacional, ratificada por Chile, en particular las normas del Pacto de San José de Costa Rica, el Convenio 169 de la OIT y las Declaraciones: de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por lo tanto, sería deber del Estado de Chile restituir las tierras de Isla de Pascua al pueblo Rapa Nui.

El objetivo general de nuestra investigación es determinar, si hay un régimen jurídico chileno de propiedad indígena aplicable a Rapa Nui y si lo hay si este es compatible o no con la propiedad ancestral y las normas internacionales de derechos humanos que rigen al respecto.

Los objetivos específicos de este estudio son: determinar los elementos característicos de la propiedad ancestral que provienen del derecho internacional y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico nacional. Así mismo busca criticar, en el caso concreto que se analiza, la forma jurídica como el Estado de Chile se apropió de la tierra y el territorio del pueblo Rapa Nui.

Con la finalidad de lograr los objetivos propuestos en la investigación el presente trabajo buscará dar respuesta a algunas de las siguientes preguntas:

¿Cuáles son los estándares del derecho internacional sobre la propiedad indígena, y a través de que normas se ha expresado?

¿Qué han dicho, a través de sus declaraciones, los Estados de América Latina sobre ella?

¿Cuál es la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las reivindicaciones de pueblos indígenas por tierras ancestrales y de que forma ha llegado a sus conclusiones?

¿Cuál es la importancia que sobre el tema tiene la multiculturalidad, el pluralismo jurídico, el derecho propio?

¿Es la propiedad inscrita la única forma como la ley reconoce el dominio sobre la tierra?

¿Es posible que el Estado reconozca dominio sobre la tierra a través de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas?

¿Cuál es el régimen jurídico de propiedad en Chile en materia indígena y la forma como se integra a él, si se integra, la propiedad ancestral, como una forma de constituir dominio sobre la tierra?

¿Vulnera el Estado de Chile el derecho del pueblo Rapa Nui sobre su tierra?

¿Cuál es el valor jurídico y las consecuencias jurídicas del acuerdo de voluntades celebrado entre el Ariki Atamu Tekena y el capitán de corbeta, representante del Estado de Chile, Policarpo Toro el 9 de septiembre de 1888?

¿La inscripción fiscal de Isla de Pascua, en el CBR de Valparaíso en 1933, adolece de vicios y contradice el propio ordenamiento constitucional y legal de la época?

La mirada es desde un pueblo originario: el pueblo Rapa Nui. Se tratará de visualizar la historia de su propiedad sobre Isla de Pascua, su concepción de la propiedad sobre tierras y territorios, cuáles son sus manifestaciones, el lugar que ella ocupa dentro de su cultura, la forma como el indígena se relaciona con su tierra, las formas como se suceden en ella.

Los pueblos indígenas culturalmente tienen una relación con la tierra que no es economicista, es espiritual, a través de ella se desarrolla su cultura y su proyección como nación.

Los Estados en general, Chile no es la excepción, reconocen el dominio de la tierra a través de la propiedad inscrita, cuestión que está en abierta oposición al concepto de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas. En general, la jurisprudencia chilena salvaguarda la hegemonía del derecho estatal y los principios que lo estructuran.²

La Corte IDH ha comenzado a dar valor jurídico a dicha forma de propiedad, contrariando de ese modo la lógica de los Estados de estos últimos dos siglos de validar y reconocer principalmente la propiedad inscrita.

De este modo se pretende que la investigación sirva al pueblo Rapa Nui en particular y a los pueblos indígenas, en general, para dar contenido jurídico a sus reivindicaciones, de modo que junto a su lucha social, cultural y política visualicen como posible también, una salida jurisdiccional a sus legítimas demandas.

El trabajo se ordena en tres capítulos:

En el primero se analiza el concepto y contenido de la propiedad ancestral, en los pueblos indígena, en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se hace un análisis, respecto de la interpretación y aplicación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y se presentan los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particular importancia tendrá el de la comunidad Awas Tingni con Nicaragua y el caso de la comunidad Xákmok Kásek con Paraguay.

En el segundo, junto con hacer un análisis de la multiculturalidad, el derecho propio y el pluralismo jurídico se aborda la situación de los derechos indígenas en América Latina, y para ello se tendrá en especial consideración los ordenamientos constitucionales de Bolivia, Colombia y Ecuador.

En el capítulo tercero se analiza el régimen de propiedad en Chile, la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico chileno y las normas del derecho chileno que dicen directa relación con la propiedad de tierras en el caso del pueblo Rapa Nui, así mismo se analizan las compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral y se presenta

² Bertini Chiriboga, Leonello y Yáñez Fuenzalida, Nancy. *Pluralismo Jurídico: Derecho Indígena y Justicia Nacional*. En Anuario Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, N° 9, 2013, cfr. págs. 151-160.

el caso del pueblo Rapa Nui, haciendo un análisis del pacto de voluntades entre el Ariki Atamu Tekena y el capitán de corbeta Policarpo Toro y la inscripción fiscal de 1933.

Se revisan críticamente las principales normas que regulan a Isla de Pascua, estas son la ley 16.441 conocida como Ley Pascua, el DL 2.885 que regula la posesión y la propiedad raíz y la ley 19.253 conocida como ley indígena.

CAPÍTULO I

Propiedad Anterior

CAPÍTULO I

Propiedad Ancestral

Para comprender el concepto que se enuncia en el título de este capítulo, previamente haré una presentación de la interpretación jurídica en el derecho internacional y más concretamente de la interpretación de los derechos humanos, sobre la base de la interpretación jurídica evolutiva, ya que es a través de ella que llegamos al reconocimiento de la propiedad ancestral y a todas las consecuencias jurídicas que dicha determinación trae para los Estados y los pueblos indígenas. Hecho esto, abordaremos cuáles son los tratados y las declaraciones internacionales que dan fundamento al título indígena y como se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en conflictos de pueblos indígenas con Estados en la reclamación de sus derechos sobre la tierra y sus territorios.

1. La Interpretación en el Derecho Internacional y en los Derechos Humanos.

Lo primero que parece necesario hacer, antes de entrar derechamente a analizar la interpretación evolutiva, es establecer de manera genérica cuales son los principios de interpretación de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, sus fuentes, contenidos y formas como se aplica. Para ello es necesario comenzar con un breve análisis de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

1.1. Principios y reglas generales de interpretación de los tratados.

Es en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) donde se encuentran las reglas generales de interpretación.

El artículo 31 y 32 del tratado señalado, establecen las reglas generales de interpretación de todos los tratados de cualquier materia que se trate, ya que éste no hace distinción entre los instrumentos internacionales que llamaremos de carácter general y los tratados que dicen relación a las temáticas de derechos humanos.

El artículo 31 de la Convención señala:

“31. Regla general de interpretación.

1. 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.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica anteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Lo primero que hay que dejar establecido, del tenor literal de la norma recién transcrita, es que la regla general de interpretación en el derecho internacional es: los tratados deben ser interpretados de buena fe, considerando el sentido corriente de los términos del instrumento, en su contexto, y considerando su objeto y fin.

El contexto, está conformado por el texto del tratado, su preámbulo, sus anexos, y adicionalmente, deben considerarse:

- 1) acuerdos posteriores sobre la interpretación del tratado,
- 2) prácticas ulteriores en la aplicación del tratado y
- 3) las reglas de derecho internacional aplicable entre las partes.

De acuerdo al artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es posible que el intérprete acuda a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, cuando se desea confirmar el resultado interpretativo conseguido o se obtiene un resultado ambiguo o manifiestamente irrazonable.

Estas reglas de interpretación, contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, han sido entendidas en el sentido de incluir implícitamente el método de interpretación evolutiva³.

Se ha considerado que el principio de interpretación evolutiva tiene un fundamento en lo expresado en el párrafo 3 del artículo 31 de la convención de Viena, que no es otra cosa que considerar los desarrollos en la existencia de un tratado al momento de realizar una interpretación⁴.

Así podemos señalar que dentro de las reglas de interpretación del derecho internacional en general, se ha admitido que la interpretación evolutiva está contenida en las reglas de los artículos señalados.

1.2. Interpretación de los derechos humanos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 29 de la CADH contiene las normas de interpretación del mismo. La norma en

³ Arato, Julian. *Subsequent practice and evolutive interpretation: Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences*. En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Publishers, Vol. 9, Nº 3, 2010, págs. 443-494.

⁴ Rietiker, Daniel. *The principle of "effectiveness" in the recent jurisprudence of the european court of human rights: Its different dimensions and its consistency with public international law – No need for the concept of treaty sui generis*. En *Nordic Journal of International Law*, Brill Publishers, Vol. 79, Nº 2, 2010, págs. 245-277.

comento expresamente señala:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

El artículo es clarísimo al señalar que no se pueden limitar o suspender el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas reconocidas en la CADH. Por lo que será necesario al momento de interpretar, junto a las normas generales de interpretación que ya analizamos, que el intérprete observe que tiene como prohibición limitar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en el instrumento con las excepciones y los fundamentos que el mismo contemple.

Esta forma de interpretación, incluido el uso de las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, fue utilizada y explicada de manera detallada por la Corte Interamericana en el Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua⁵. En este caso, la Corte indicó:

“148. 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.”

En esta misma línea, sobre la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos, el profesor Aguirre Arango ha identificado, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, de las reglas de la Convención de Viena y el principio de interpretación evolutiva antes citados, dos métodos de interpretación usados de manera continua por parte de la Corte IDH respecto de la CADH:

- a) la interpretación pro personae, y

⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Párr. 148.

b) la interpretación de acuerdo con el *effet utile*⁶.

De acuerdo con el principio *pro personae*, la CADH debe interpretarse de la forma más extensa a favor del ser humano, así deben considerarse de una manera amplia la formulación y el alcance de los derechos, y de una manera limitada las restricciones a los derechos que ese instrumento contempla⁷. Así la CADH y los derechos que en ella se contemplan deberán leerse de manera que se privilegie la protección por sobre la restricción⁸.

2. Concepto y fundamento del principio *pro persona*.

Una definición del principio *pro persona* lo da con bastante claridad, desde nuestra perspectiva, la profesora Mónica Pinto, quien señala que:

“Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁹.

La Corte Constitucional Colombiana ha dado un concepto en la misma línea al definirlo como:

“El principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”¹⁰.

El fundamento de este principio interpretativo, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido vinculado por la jurisprudencia internacional a las reglas de interpretación de los tratados. Sobre la base de lo que establece el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que indica que un tratado deberá interpretarse atendiendo a su objeto y fin.¹¹

⁶ Aguirre Arango, José. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala: S. F., 2007, Págs. 88-89. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>. consultada el 25 de mayo de 2018.

⁷ Ídem, pág. 90.

⁸ Refiriéndose al derecho a la vida. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, numerales 128, 129, 130 y ss.

⁹ Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pág. 163.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171-2009 y Sentencia C-438-2013.

¹¹ Artículo 31 “Regla general de interpretación. I. 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”.

Además es necesario considerar que el fin de los tratados sobre derechos humanos tiene una naturaleza diferente de los demás tratados, ésta es, la protección de los derechos de las personas, de ello se deriva que su interpretación no se debe apartar de este objetivo¹². En este mismo sentido, la doctrina también ha interpretado el fundamento normativo de este principio interpretativo en relación al DIDH¹³.

Su reconocimiento normativo, en el ámbito del DIDH, se desprende de ciertas normas referidas a la aplicación de tratados sobre derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 29, letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el ámbito universal, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Así mismo este principio aparece en diversos instrumentos internacionales como son por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 30), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 5), Convención Americana (Art.29), Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 41), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Art.4), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 23)¹⁴.

De la incorporación del citado principio a los tratados, convenios y pactos internacionales se desprenden cuatro lecturas distintas de su aplicabilidad y alcance respecto de los derechos humanos en general y de las disposiciones de derechos fundamentales en particular:

En primer lugar, la interpretación que se haga de estas disposiciones no puede conducir a la supresión, destrucción, o eliminación de alguna de ellas; segunda, la interpretación de estas disposiciones no puede conducir a la restricción, disminución o limitación del contenido de estos derechos de forma ostensible y/o arbitraria; tercera, el intérprete deberá elegir la norma que resulte más favorable a los intereses del individuo o que mejor optimice la garantías en controversia, siempre en favor de la protección a su dignidad; finalmente, la interpretación que se haga de estas disposiciones no podrá conducir a la exclusión de otros enunciados o normas que igualmente

¹² Sobre este punto la diferente naturaleza que poseen los tratados de derechos humanos en relación a los tratados en general, ha sostenido la Corte IDH: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes [...]" Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr.29. En el mismo sentido, véase: Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.104.

¹³ Véanse: Amaya, Álvaro. *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado*, págs.342-46 y Nasch, Claudio, *El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Nogueira, Héctor. (ed.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, págs.166-171.

¹⁴ En esto quienes han estudiado el tema coinciden, véase: Nasch, Claudio, *El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp.166-171; Amaya, Álvaro., *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado*, cit., págs.346-356; Castilla, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*, cit., pág.74; Melgar, Adriana, *El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*. Universidad Católica de San Pablo, Lima, 2016, págs. 209-219.

reconozcan, en favor del individuo, otras garantías fundamentales so pretexto de su no incorporación taxativa en el ordenamiento interno”¹⁵.

En América Latina se ha incorporado este principio interpretativo en la Constitución de México (artículo 1), Ecuador (artículo 417) y República Dominicana (artículo 74).

Más allá del ámbito del DIDH, en la doctrina constitucional, la justificación de la existencia de este principio y, en general, de pautas particulares para la interpretación de normas de derechos humanos, se basa en el hecho de que el subsistema de derechos humanos¹⁶ establece normas que son un mínimo y no un techo de protección, así como un techo y no un piso para su restricción. Por tanto, la creciente necesidad de dar plena vigencia o de maximizar u optimizar las normas sobre derechos humanos ha visto surgir, entre otros, el principio pro persona. En el mismo sentido, Bidart destaca que el objetivo del subsistema de derechos humanos es la “maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de las garantías”¹⁷.

2.1. Contenido del principio.

A continuación veremos que hay dos contenidos clásicos que han sido asociados a este principio y que han sido recogidos por la jurisprudencia: preferencia normativa y preferencia interpretativa¹⁸. A estos dos contenidos hay que agregar un tercero que recientemente se ha vinculado al principio pro persona y que tiene que ver con la perspectiva de interpretación teleológica en que se basa el principio.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal del principio pro persona permite plantear que es un principio de un contenido complejo y que tiene algunos elementos que le son propios y otros que se mezclan o confunden con otros elementos interpretativos vinculados a la teoría de los derechos fundamentales.

2.2. Preferencia normativa

El principio pro persona, como preferencia normativa, tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable¹⁹.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-313-2014.

¹⁶ Los subsistemas de normas son “conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige considerar las normas que lo forman como dependientes de los criterios que lo identifican, véase: Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid 2004 cit., pág. 244. En este caso, me refiero al subsistema de derechos humanos en general, por ser comprensivo y estar integrado por normas de origen estatal e internacional.

¹⁷ Bidart, G. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Ediar, Buenos Aires, 1999, pág.362.

¹⁸ Véanse: Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997 págs 163-172, cfr. pág.163; Sagués, Nestor, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Anticipo de Anales año XLII, 2ª época N° 36, Buenos Aires 1998, pág.8; Castilla, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de derecho Constitucional Ciudad de México N° 20 2009, págs 65-83, cfr. pág.71.

¹⁹ Castilla, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*, cit., pág.72.

a) Preferencia de la norma más protectora.

En cuanto a la primera manifestación, ésta se presenta cuando en una situación es posible aplicar más de una norma vigente²⁰.

Esto implicaría aplicar la “norma más favorable” para la protección de la persona, con independencia de su nivel jurídico. Una de las cuestiones más controvertidas de esta interpretación del principio, es que supone que la decisión interpretativa abandonaría los criterios jerárquicos, para utilizar un criterio de efectividad de la protección, lo que en palabras de Sagüés, implicaría “un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica”²¹.

Como destaca Castilla, este principio permite desplazar la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen nacional e interno, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de las personas, “lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico”²². Esto sería compatible con entender al DIDH como un “piso” y no como un techo de protección. Ello implica afirmar que no siempre en el DIDH se encontrará la solución más favorable a la persona humana, en la medida en que las normas internacionales son estándares mínimos sobre los cuales “los estados pueden asegurar y garantizar mayores atributos y garantías de los derechos en los términos que estimen convenientes”²³.

En esta primera manifestación, resulta también clara la reflexión de la Corte IDH, cuando se refiere a la aplicación de la CADH en relación a otros instrumentos internacionales:

“ (...) En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda

²⁰ Idem, pág. 72. Castilla ha sostenido que esta manifestación del principio supondría –además–, aplicar aquella norma que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo. Sin embargo, esta afirmación no adiciona ningún contenido particular al principio pro persona, ya que sería una aplicación concreta el principio interpretativo general “lex specialis” que se utiliza como criterio interpretativo en los ordenamientos jurídicos.

²¹ Sagüés, Nestor. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, cit., págs. 8-9.

²² Castilla, Karlos. *El principio pro persona en la administración de justicia*, cit., pág. 72.

²³ Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*. *Revista de Derecho Público* Vol. 84, 1º Sem. 2016, págs. 13-43 cfr. pág. 11.

estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce²⁴.

Evidentemente, la complejidad de esta manifestación del principio radicaría en comprender que se entiende por “mayor favorabilidad”. A este respecto, la jurisprudencia interamericana y constitucional nos otorga algunas pistas acerca de este contenido, y que estaría vinculado con: aplicación retroactiva de la ley penal en caso de disminuir las penas aplicadas al delito²⁵; preferencia de la norma que impone menos requisitos para la configuración de una situación como una violación de derechos humanos (por ejemplo, la tortura)²⁶; desde la perspectiva procesal, preferir normas que favorezcan el conocimiento de los órganos de protección de derechos humanos de violaciones de derechos humanos²⁷.

b) Conservación de la norma más favorable

En su vertiente vinculada a la “conservación de la norma más favorable”, el principio supondría añadir un elemento de temporalidad, ya que se trataría de casos en que existiría un diverso nivel de protección entre la norma “nueva” y “antigua”, sosteniéndose la necesidad de mantener la norma más protectora. Esto implicaría, en palabras de Castilla, “modificar tradicionales interpretaciones de derecho interno, que aceptan que la norma posterior deroga a la anterior”²⁸. En efecto, como se desprende, por ejemplo, de los artículos 5 del PIDCP y 29 de la CADH las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales no derogan disposiciones nacionales que establezcan protecciones más favorables a la persona humana.

2.3. Preferencia interpretativa

Esta vertiente del principio pro persona implica que entre las varias opciones interpretativas de una norma, debe preferirse aquella que restrinja de menor manera los derechos en juego (vertiente interpretativa restringida) y, como corolario de lo anterior, debe preferirse aquella interpretación que proteja de una manera más amplia o efectiva los derechos (vertiente interpretativa extensiva). En este

²⁴ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 51 y 52.

²⁵ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 y Primera Sala SCJN. Tesis de jurisprudencia 20/2012 (10a).

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148-2005.

²⁷ Por ejemplo, en el caso Blake vs. Guatemala, la Corte IDH utilizó este criterio interpretativo para considerar que la competencia en razón del tiempo, no se aplica a delitos continuados, pudiendo la Corte IDH conocer las violaciones a los artículos 8.1 y 1.1 de la CADH en relación con la desaparición y muerte del ciudadano Blake acaecida con anterioridad a la fecha en que el Estado otorga competencia a la Corte IDH, véase: Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C No. 57. Un análisis del caso en: Nash, Claudio. *El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pág.192.

²⁸ Castilla, Karlos. *El principio pro persona en la administración de justicia*, cit., p.74.

escenario, a diferencia del anterior, estamos solo frente a una norma, pero respecto de la cual cabe más de una interpretación posible.

2.3.1. Interpretación restringida de límites.

En relación a la vertiente interpretativa restringida, esta implica que cuando se establecen restricciones o suspensiones de derechos, la norma debe ser interpretada de manera que se limite o restrinja lo menos posible dicho ejercicio. El fundamento de este criterio estaría dado por la “fuerza expansiva” que tienen los derechos. Como señala Pérez- Tremps, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, “además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos”²⁹. En el mismo sentido, Medellín afirma que esta manifestación del principio implica “que se podrá –incluso se deberá– recurrir a otras normas jurídicas para interpretar expansivamente el contenido y alcance de los derechos – interpretación expansiva de los derechos humanos–, pero nunca se podrá realizar lo mismo del sistema impongan al ejercicio de los derechos humanos –interpretación restrictiva de las limitaciones”³⁰.

Un ejemplo de esta vertiente del principio pro persona, lo encontramos en las limitaciones que se realizan al derecho de acceso a la justicia respecto a la imposición de requisitos para interponer acciones judiciales. En este sentido, la SCJN ha establecido la interpretación estricta:

“La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios pro homine e in dubio pro actione, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en éstos permitidos o recursos intentados”.

²⁹ Pérez-Tremps, P., *La interpretación de los derechos fundamentales*, en: López Guerra, L. (Coord.) Estudios de Derecho Constitucional Homenaje al profesor Joaquín García Morillo. Tirant lo Blanch, Sevilla, 2001, pág.126. Véanse, en el mismo sentido: Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*, Revista de Derecho Público - vol. 84, 1º Sem. 2016, págs. 13-43 cfr. pág.7.

³⁰ Medellín, Ximena. *Principio pro persona*, Revista de Estudios Constitucionales, Año 17, N° 1, Talca. 2019, págs. 397-440.

Como veremos más adelante, conforme a la jurisprudencia constitucional, esto no significa no establecer ningún tipo de requisito o límite (pues el principio *pro persona* tiene como límite la integralidad del sistema).

La interpretación restringida de los límites es la contracara de la interpretación extensiva o aquella que resulte más favorable a los derechos. Asimismo, se agrega un elemento adicional: en el caso de restricciones, la carga de la prueba se altera y debe el Estado argumentar la existencia de la limitación o restricción y no ser el afectado quien deba probar que no se encuentra dentro de la limitación.

2.3.2. Interpretación extensiva

En cuanto a la interpretación extensiva, esta implica elegir (entre más de una interpretación posible), aquella que mejor proteja los derechos, o bien “hacer una interpretación que amplíe el alcance y el contenido del derecho bajo estudio a fin de hacer efectiva la protección de la persona”³¹. En esta última manifestación el principio tendría una estrecha relación con otro principio asociado a la interpretación de los derechos fundamentales, que es la interpretación evolutiva.

En este sentido, podemos destacar dos tipos de casos: aquellos donde existen dos interpretaciones posibles respecto de una norma y una de ellas es más favorable a la protección de los derechos en relación a la finalidad de la norma y; una segunda manifestación, que es aquella que amplía los destinatarios de la protección o el contenido de la norma, favoreciendo de manera más amplia la protección de las personas³².

La Corte IDH ha utilizado esta interpretación para determinar los alcances de su competencia material:

“Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.”

“En razón de las anteriores consideraciones, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que es competente para interpretar y aplicar la Convención contra la Tortura y declarar la

³¹ Casilla, Karlos. *El principio pro persona en la administración de justicia*, cit., pág.78.

³² Esto podría inscribirse dentro del concepto que Guastini califica de “interpretación extensiva”, que es aquella que “extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación, supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él” Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1996, pág.35.

responsabilidad de un Estado que haya dado su consentimiento para obligarse por esta Convención y haya aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”³³.

En cuanto a la segunda manifestación, que podríamos calificar de interpretación extensiva propiamente tal, fue el primer sentido en que en el sistema interamericano se comprendió del contenido del principio pro persona. Así lo conceptualizó en un primer momento el juez Piza Escalante señalando que este es un criterio “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”³⁴. Así, por ejemplo, en un reciente caso sobre trata de personas, la Corte IDH interpretó de manera extensiva el concepto de “trata esclavos y mujeres”, en aplicación del principio pro persona:

“De lo anterior, la Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión ‘trata de esclavos y de mujeres’ del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la ‘trata de personas’. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos ‘esclavos’, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades”³⁵.

Otros ejemplos de este tipo de interpretación los podemos encontrar en resoluciones que –en base al principio pro persona- cambian el precedente, sosteniendo una nueva interpretación que es más efectiva de cara a la realidad social por ejemplo que amplían las “categorías sospechosas” de

³³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 34 y 35. El el mismo sentido, respecto a la extensión de la competencia material de la Corte IDH: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

³⁴ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, opinión del juez Piza Escalante, párr.36, el destacado es propio.

³⁵ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 289.

discriminación, introduciendo nuevas categorías, tales como la orientación sexual³⁶ o la pertenencia a un pueblo originario³⁷.

El contenido de esta última manifestación del principio pro persona y como se desprende de la argumentación en los casos referidos, estaría íntimamente vinculada con una concepción evolutiva de la interpretación³⁸. La especificidad del principio pro persona en relación a este criterio, estaría dada por la consideración del fin de la norma unida a la observación de la evolución de la comprensión de los fenómenos sociales, de manera de dar una protección efectiva.

2.4. Interpretación en relación al objeto de protección de las normas de derechos humanos: la persona humana y el conjunto de valores del subsistema de protección de derechos humanos.

Un tercer sentido en el que puede ser entendido el principio pro persona, es un sentido teleológico propiamente tal. Es decir, que al momento de interpretar normas sobre derechos humanos, se tenga en cuenta su objeto y fin, de manera de no desnaturalizar el objeto de protección y considerar los efectos de la interpretación en relación al subsistema de derechos fundamentales. Esto implica, como destaca Asís “atender a la forma histórica en que la que éstos [los derechos] se han desarrollado y operar desde ella. Evidentemente esto no implica defender la existencia de un significado unívoco e inalterable de los derechos, sino más bien la existencia de un marco en el que deben desenvolverse las diferentes opciones interpretativas de estos para ser calificadas como correctas”³⁹.

Así, por ejemplo, respecto de la primera perspectiva, la Corte IDH con el propósito de determinar el alcance de las garantías de la CADH en relación a las personas jurídicas, recuerda el propósito y fin de los tratados sobre derechos humanos:

“Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro. En este sentido,

³⁶ Así lo sostuvo la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas*: “En este sentido, al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo” Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 84 y 85.

³⁷ Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 202.

³⁸ En el ámbito de la interpretación constitucional, esta perspectiva está vinculada al concepto de “living constitution”, que afirma la existencia de una Constitución viva que “crece y cambia de época a época, en orden a encontrar las necesidades de una sociedad cambiante” (Pérez de la Fuente, 2010, p.3). Sobre el concepto de interpretación evolutiva, véase también: Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., págs.60-62.

³⁹ De Asís, R. *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III y Dykinson, Madrid, 2001, pág.87.

la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza.

“Como se indicó el objeto y fin de tratado es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, lo cual demuestra que este fue creado con la intención de proteger exclusivamente a aquellos. De esta forma una interpretación teleológica de la norma sería conforme con la conclusión a la cual se arribó por medio de la interpretación literal, en el sentido que las personas jurídicas están excluidas de la protección otorgada por la Convención Americana”⁴⁰.

La Corte IDH propone que el principio pro persona supone realizar una interpretación desde los derechos, es decir, una interpretación que tome en consideración los efectos que tendrá la misma en el sistema de derechos en general:

“La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el ‘mejor ángulo’ para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que sea adecuada de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida...”⁴¹.

3. Concepto y fundamento del principio *effet utile*.

Por otra parte, según el principio de *effet utile*, la Convención debe ser leída de manera que se protejan los derechos de la persona humana a través de salvaguardas prácticas y efectivas⁴²

Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse de manera que sus disposiciones sean efectivas, es decir, debe darse eficacia a sus disposiciones en el contexto en que

⁴⁰ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párrs. 42 y 43.

⁴¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr.33.

⁴² Refiriéndose al derecho a la vida. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Baldeon García vs. Perú, numerales 84, 85 y 86.

ocurren, según su objeto y fin. A este principio de interpretación se le conoce como principio de efectividad o efecto útil.

El profesor Cançado Trindade señaló, al referirse a este principio: “El principio de la efectividad abarca las normas tanto sustantivas como procesales de los tratados de derechos humanos, y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la noción de garantía colectiva subyacente a tales tratados tienen primacía sobre restricciones adicionales emanadas del Estado individual...”⁴³.

En el mismo sentido se expresa la de la Corte Constitucional de Colombia, se dijo lo siguiente:⁴⁴ “...El debido proceso y el acceso a la justicia (CP arts. 29, 228 y 229) son derechos fundamentales que obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione). Si bien los derechos mencionados no se vulneran cuando se inadmite un recurso o acción por no concurrir los presupuestos legales para su aceptación, la decisión judicial no debe ser arbitraria ni irrazonable. Se impone, por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental. No son pocos los casos en que el juez, primer garante del debido proceso, sin proponérselo conscientemente, patrocina situaciones de absoluta indefensión de los sindicados y condenados, al prohiar interpretaciones ajustadas al tenor literal del texto, pero contrarias a su espíritu y finalidad...”.

Debido a que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados teniendo en cuenta su objeto y fin, y a que el objeto y fin es la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, la formulación y alcance de los derechos humanos reconocidos en estos tratados siempre han de interpretarse de la manera más extensiva posible a favor de los seres humanos.

Consecuencia de ello nunca se podrá interpretar un tratado sobre derechos humanos para permitir al Estado, a un grupo o a una persona el desarrollo de actividades o la realización de actos tendientes a la supresión, limitación o exclusión de cualquiera de los derechos y libertades que se proclamen en el tratado de que se trate, en otros tratados en que el Estado sea parte, en las leyes internas del Estado en cuestión, o que sean inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno⁴⁵.

Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce⁴⁶.

El Tribunal Constitucional de Bolivia se ha referido así: “Ahora bien, en conocimiento de esos antecedentes, es muy importante tener presente que en la interpretación de las normas previstas por la Constitución Política del Estado o las leyes referidas a la consagración o defensa de los derechos fundamentales, deben aplicarse los siguientes principios: a) principio pro hómine, que

⁴³ Caandado, Antônio. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano*. Memoria del seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I, 2ª. Edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>, pág 63. Consultada el 30 de agosto de 2019.

⁴⁴ Sentencia T-345/96 de la Corte Constitucional de Colombia

⁴⁵ Art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁶ Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

impone, al interpretar las normas sobre derechos fundamentales la obligación de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer los derechos protegidos; es decir, realizar la interpretación de la norma constitucional o legal de la forma más favorable para la persona que es la destinataria de la protección; dicho desde otra perspectiva, se puede señalar que aplicando este principio, entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce efectivo y el ejercicio cabal del derecho fundamental sobre aquella que lo anula o lo restringe; y b) principio de interpretación expansiva o progresiva; lo que significa que la interpretación de las normas que consagran los derechos fundamentales o establecen los mecanismos de su defensa y protección, deberá ser desarrollada en sentido amplio y no restrictivo de manera tal que permita el mayor y efectivo goce, así como el logro de una mayor protección de los derechos fundamentales⁴⁷.

Las listas de derechos humanos reconocidos y protegidos por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales no pueden incluir todos los derechos humanos que puedan concebirse, por lo que resultan incompletas o son meramente enumerativas y esto porque el derecho, está en constante evolución y cambio.

Los principios de donde parten los derechos humanos, como el valor de la vida de todas las personas, la libertad de los seres humanos frente a los demás y al Estado, la igualdad de todos los seres humanos entre sí, son universales e inmutables, sin embargo los alcances y efectos de los derechos humanos cambian, debiendo expresarse esas modificaciones en cambios legislativos y constitucionales pero debe entenderse que esta nueva norma o interpretación superará y protegerá más eficazmente los derechos humanos, en eso se traduce la interpretación del efecto útil en materia de derechos humanos⁴⁸.

Así las cosas, el principio del efecto útil está presente en la doctrina de la buena fe y en la consideración del objeto y fin del tratado, es utilizado en la literatura jurídica como en los razonamientos en base a los cuales la jurisprudencia internacional fundamenta sus decisiones. La conveniencia de interpretar el tenor del tratado, siempre que ello sea posible - cuando existan varias interpretaciones alternativas- tratando de dotar del efecto que le es propio a cada una de las palabras y frases empleadas por los Estados partes, esto es, el principio de efectividad, es decir, interpretar el tratado según su objeto y fin.

Podemos sobre la base de lo analizado hasta ahora concluir que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe seguir los siguientes principios:

- a) Los establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados,
- b) Nunca podrá interpretarse en un sentido que menoscabe el goce y ejercicio de los derechos

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia Número 0121/2006-R de 1 de febrero de 2006. En: <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/> consultado el 2 de septiembre de 2019.

⁴⁸ El juez Cançado Trindade, en su Voto Razonado a la Sentencia de 29 de marzo de 2006 en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, considerando 71, cuando señaló que un tribunal internacional de derechos humanos no puede perderse en tecnicismos propios de tribunales nacionales,; no puede intentar frenar su propia jurisprudencia, pues se actúa en un dominio de protección que no admite retrocesos; ni puede jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, especialmente cuando los justiciables se encuentran en una posición de flagrante vulnerabilidad.

establecidos en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH y sólo podrá ser objeto de las limitaciones y por los fundamentos que la misma convención establece.

c) Deben tenerse especial consideración a los principios pro personae y effet utile.

d) Debe interpretarse de forma evolutiva.

4. La interpretación evolutiva

Lo primero que parece necesario dejar sentado es que la principal importancia de la interpretación jurídica, dentro de la teoría del derecho, está en que permite la integración de la norma a la vida cotidiana.

Así lo expresa el profesor Casals Colldecarrera al señalar que la interpretación de la norma es su integración a la vida en sociedad⁴⁹

La necesidad de la interpretación de la norma se produce porque la realidad no es estática y está en permanente cambio. Es de mínima lógica, suponer que en el momento de la elaboración de una ley no resulta posible, por más esfuerzos que se hagan, que el legislador considere todas las posibles situaciones que puedan darse en el momento de su aplicación, ya que siempre y necesariamente serán en el futuro mediato o inmediato.

En lo concreto no existe ninguna norma que pueda aplicarse en forma estricta a todos los casos que puedan presentarse.

El trabajo de los Tribunales de Justicia es el mejor argumento para refrendar esa premisa.

El tratadista uruguayo Héctor Gros Espiell señala que sin duda una de las más importantes cuestiones que se plantean a la reflexión, no sólo jurídica sino también filosófica y política, es la relativa a la eventual fractura que se puede producir entre la norma jurídica, adoptada para regir en el futuro pero marcada por todo lo que resulta de la situación existente en el momento de su elaboración, y la nueva realidad que posteriormente resultó de los cambios operados en el medio social, político y cultural en su más amplia y comprensiva acepción, en el que la norma se ha de aplicar.⁵⁰

El legislador se encuentra bajo la influencia de las circunstancias sociales, económicas y políticas presentes en el momento de elaborar la norma por lo que ésta no es una elaboración aislada

⁴⁹ Véanse: Casals Colldecarrera, Miguel. *La teoría general de la interpretación*. Capítulo 1. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13287/5/CAP1.pdf> consultada el 20 de junio de 2018; Martínez, Jairo, *Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H.L.A. Hart*. Memorando de Derecho para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Libre Seccional, Bogotá, cfr. págs. 139-152. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851203.pdf>; García, Alfonso, *El descenso del positivismo por el abismo de sus convicciones*. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Positivismo.pdf/3f757802-85ed-7c26-f590-fed7ecb737fe> consultada en septiembre de 2019; Orrego, Cristóbal. *El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart*. En *Revista Chilena de derecho*, vol. 22, N°1, 1995. Págs. 23-40; Kelsen, Hans. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671> Consultada el 28 de octubre de 2019.

⁵⁰ Gros Espiell, Héctor. *El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del derecho*. En *Revista Relaciones*, Montevideo, N° 243, 2004. Disponible en: <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/index.htm> consultada el 30 de junio de 2018.

de su contexto sino que al contrario es producto del mismo.

Debido al dinamismo de la realidad frente a la norma y a las dificultades y tiempo que entraña la labor legislativa, Muchas veces la aplicación de una norma, que como dijimos responde a la realidad del momento de su creación, debiera representar cierta dificultad cuando las circunstancias cambian.

Para enfrentar esta situación, la respuesta errónea, según mi parecer, es producir nuevas leyes como si sólo así se pudieran abordar y remediar los problemas que enfrenta la sociedad. Pretender solucionar todos los problemas sociales con la expedición de nuevas leyes, afianza una cultura jurídica que se hace esclava del positivismo y que nuestros jueces y la doctrina imperante en nuestras aulas asume casi como un dogma de fe⁵¹.

En efecto como se sostiene en el párrafo anterior este fenómeno ha contribuido a la creación de una cultura del positivismo que se encuentra aún fuertemente arraigada en nuestras aulas, en los operadores de justicia, en el ejercicio de la jurisdicción y en todos los ámbitos de la administración del Estado. Así al intentar solucionar el problema de la ambigüedad o falta de ley, mediante la constante producción de leyes se ha generado una actitud excesivamente pasiva por parte de los encargados de interpretar y aplicar la norma a casos determinados, misma que es incompatible con las actuales exigencias del Derecho⁵².

La razón de lo que he llamado una cultura del positivismo tiene que ver con la gran influencia que ejercieron los grandes juristas europeos de la escuela exegética⁵³.

La escuela de la exégesis francesa tiene su origen en el racionalismo francés que influyo en la creación del Código Civil Napoleónico como lo indica Linares Quintana:

⁵¹ Véanse: Martínez, Jairo. *Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H.L.A. Hart*. Memorando de Derecho para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Libre Seccional, Bogotá, cfr. Págs. 139-152. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851203.pdf>; García, Alfonso, *El descenso del positivismo por el abismo de sus convicciones*. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Positivismo.pdf/3f757802-85ed-7c26-f590-fed7ecb737fe> consultada en septiembre de 2019; Orrego, Cristóbal, *El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart*. En *Revista Chilena de derecho*, vol. 22, N°1, 1995. Págs. 23-40; Hans, Kelsen. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671> Consultada el 28 de octubre de 2019.

⁵² Véanse: Kelsen, Hans. *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. En *Academia Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, N°12, 2008. Págs., 183-198; Ruiz Manero, Juan. *Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el Propio Bobbio*. En *Revus*, 26, 2015. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/3324> Consultada en agosto de 2019; Kelsen, Hans, *Por qué obedecer el derecho, Qué es Justicia*. Ariel, Barcelona, 1992, págs. 183-193; Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo iuspositivismo jurídico*. Editorial Trotta, 2018, págs 80-93; Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo Jurídico*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2015, págs. 30-38; Lariguet, Guillermo, *Positivismo jurídico, Hartiano, Holismo Dworkiniano y virtudes judiciales*, En *Revista temática de Filosofía de derecho*, N° 20, 2017, págs. 65-80.

⁵³ La Escuela de la Exégesis fue un movimiento de interpretación del derecho que se gestó en Francia después de la publicación del Código Civil de Napoleón de 1804 y tuvo su auge en el siglo XIX, sus postulados consistían en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley por sobre otros planteamientos y manteniendo una mentalidad antihistórica en la creación de la norma.

“El racionalismo jurídico del siglo XVII creyó colmadas sus aspiraciones con la expedición de los códigos y llegó a sostener en un momento dado que la redacción de leyes perfectas, claras y precisas, habría de suministrar soluciones ya hechas a todas las humanas controversias. En esta forma desaparecería el problema de la interpretación ya que los jueces quedarían reducidos a una tarea mecánica y automática que no necesitaría el auxilio de ningún comentarista.”⁵⁴

Esta concepción reduce el papel del juez a un simple aplicador de la ley y deja de lado la importancia de la interpretación jurídica ya que en definitiva sostiene que es posible la creación de leyes perfectas que pueden aplicarse a todos los casos de manera directa. Se convierte así, la labor de un juez en una tarea mecánica en la cual idealmente todo cuanto se puede suscitar se encuentra previsto ya en la norma. Esta idea resulta muy poco sostenible debido principalmente al dinamismo de la realidad frente a la naturaleza estática de la norma, razón por la cual es imposible prever por parte del legislador cualquier variable que pueda surgir en los casos y momentos concretos de aplicación de la norma⁵⁵.

Lo recién expuesto se puede ver reflejado en las normas sobre interpretación de la ley del Código Civil (CC), artículos 19 al 24.

Sólo mencionaré las ideas que subyacen y que expresa el artículo 19 del CC, ya que este artículo es claro para poner el énfasis en el tenor literal de la norma, afirma que ni siquiera se puede dejar de atender el tenor literal de la norma, aún cuando su aplicación como tal produzca resultados absurdos o perjudiciales. Lo que se puede leer es que se privilegia la expresión de la voluntad del legislador sobre la búsqueda de la justicia, pues como se ha afirmado en párrafos anteriores la interpretación literal de la norma no siempre permite su adecuada aplicación a todos los casos⁵⁶.

⁵⁴ Linares Quintana, Segundo. *Tratado de Interpretación Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1998, cfr. pág. 37.

⁵⁵ Véanse: Yowell, Paul, *Legislación, Common law y la virtud de la claridad*, *Revista Chilena de Derecho*, vol 39, Nº 2, 2012, Págs. 481-512; Vidal, Tomás, *Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional*, UNED Teoría y realidad Constitucional, Nº 31, 2013, págs. 323-350; Galiano-Maritan, Grisel y González-Milian, Deyli. *La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho*. En *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, Vol. 21, Nº 2, 2012, págs. 431-458; Atria, Fernando, *Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo*. En *REJ. Revista de Estudio de la Justicia*, Nº 5, 2004, págs. 119-141; Guastini, Ricardo. *Ponderación un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. *Palestra del Tribunal Constitucional*. En *Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, Nº 8, 2007, págs. 631-637; Mantilla, Fabricio. *¿Interpretar, aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado*. En *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, 2º semestre, 2009, págs. 537-597.

⁵⁶ Véase: León, Avelino y Mujica, Fernando, *Informe en Derecho artículo 19 inciso 1 del Código Civil*. En *Revista de derecho y jurisprudencia*, Tomo LXV, Nº 10, 2010, págs. 224-229; Núñez, Álvaro, *Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación. Veinte y tres problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil chileno sobre la interpretación*. En *Revista IUS et Praxis*, año 22, Nº 1, 2016. Págs. 129-164; Andreucci, Rodrigo, *Los conceptos de la corte suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias*. En revista *NOMOS*, Universidad de Viña del Mar, Nº1, 2008, págs. 11-39; Zapata, Patricio, *La interpretación de la Constitución*. En *Revista chilena de Derecho*, Vol 17, 1990, págs. 161-176; Barría, Manuel, *El elemento de interpretación gramatical, su origen en Savigny, algunos autores moderno y la doctrina nacional*. En revista *Ars Boni et Aequi*, año 7, Nº 2, 2011, págs. 257-279; Almendras, Hernán, *Interpretación Constitucional*. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, Año 11, Nº 1, 2004, págs. 5-29; Aguilar, Gonzalo, *Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional*. En *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLIX, Nº 146, mayo-agosto 2016.

El inciso segundo del artículo en comento manifiesta que para entender el pensamiento del legislador se puede recurrir también al estudio de la historia del establecimiento de la ley o a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma. Esta afirmación otorga mayor importancia en el análisis al momento en que se creó la norma que al momento de su aplicación, desconociendo que en muchos casos la realidad del momento de creación de una norma es muy diferente al de su aplicación mostrándose de esta forma la inflexibilidad de la norma según esta concepción de la interpretación jurídica.

Frente a estas tesis en las que predomina el criterio positivista han surgido nuevas tendencias que buscan privilegiar la realización de la justicia mediante la aplicación de nuevas formas de interpretación jurídica como lo señala el jurista Pérez Luño:

En efecto, frente al normativismo positivista aferrado estrictamente a la interpretación y aplicación de la norma jurídica en conformidad a su sentido literal, acudiendo a la fórmula del silogismo según los parámetros de una lógica formal, se alzan determinadas corrientes jurídicas de carácter sociológico que, movidas por la búsqueda de lo que sea lo justo, indagan en los intereses, fines y valores que debe amparar la norma jurídica.⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, Pérez Luño manifiesta que la lógica formal no es una herramienta totalmente adecuada para la consecución de una decisión justa, pues la interpretación jurídica no puede reducirse a la simple utilización de silogismos atendiendo exclusivamente al tenor literal de la norma. Además indica que por esta razón han surgido corrientes que se enfocan más en la búsqueda de lo justo que en el tenor literal de una disposición normativa.

Ante la realidad del predominio de la escuela exegética en nuestra tradición jurídica se han generado corrientes que abogan por métodos alternativos de interpretación jurídica en los que el juez debe tener un papel más activo respecto a la aplicación de la norma, siendo así, aunque con claras limitaciones se ha llegado a positivizar esta tendencia en la Constitución Política a través del principio de inexcusabilidad de los jueces que consagra el art. 76 inciso 2 de la CPR y que señala que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”

En este mismo sentido se pronuncia el autor Segura Ortega al expresar que “los jueces tienen el deber de acabar con la indeterminación del derecho y, por tanto, ni la oscuridad, la insuficiencia o el silencio de los textos normativos puede aducirse para no dictar una resolución. Por consiguiente, es el propio ordenamiento el que ordena —en positivo— a los jueces que completen la obra del legislador cuando sea necesario”⁵⁸

Al ser la Interpretación Jurídica evolutiva un método alternativo de interpretación que ofrece una solución viable a toda la situación descrita en el presente título se hace menester un estudio más profundo de su definición y características para comprender posteriormente su aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente respecto al derecho a la propiedad que es el tema de la presente tesis.

4.1. Definición de Interpretación Evolutiva

⁵⁷ Pérez, Luño, A.E. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid, Tecnos, 1997, cfr. pág. 89.

⁵⁸ Segura Ortega, M. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Editorial Universitaria, Madrid, 2008, cfr. pág. 198.

Para abordar una definición de la interpretación evolutiva es necesario comprender primero que hay dos momentos principales: la interpretación y la aplicación de la norma.

La interpretación y aplicación del Derecho son operaciones interdependientes, como de solución circular, que constituyen fases sucesivas de adecuación de las normas a la realidad. Estos son mecanismos interdependientes, que constituyen fases continuas para la adecuación de la norma a la realidad, lo cual es de gran importancia para el análisis pues se aporta la concepción de que pese a ser momentos diferentes la interpretación y la aplicación del derecho forman parte de un solo mecanismo y dependen la una de la otra, de manera cíclica; además se aporta otro elemento que da fundamento a lo expuesto en este capítulo al decir “adecuación de las normas a la realidad” es claro que el destacado jurista español Federico De Castro plantea una diferencia con la concepción tradicional, en la que la realidad se debe subsumir a la norma para su aplicación, pues señala que es la norma la que debe adaptarse a la realidad mediante la interpretación y aplicación del Derecho⁵⁹.

En esta misma línea razona María Lorca, quien expresa: “Así, pues, podemos ya darnos cuenta que la interpretación de la norma jurídica se encuentra a mitad de camino entre la creación y la aplicación de la norma. Y, aunque en líneas más arriba hemos afirmado que se trata de una actividad autónoma, también ha de tenerse en cuenta que la interpretación participa de la función creadora, que es función del legislador, y a la vez condiciona la aplicación de las normas. O dicho de otra manera, toda aplicación requiere de una previa interpretación, y toda interpretación se lleva a cabo en función de una aplicación posterior”.⁶⁰

Esta idea es coincidente con la que presenta De Castro al señalar que la interpretación es un paso intermedio entre la creación y aplicación de una norma y al señalar la interdependencia que existe entre la operación de interpretación y la de aplicación. Un elemento discutible de esta afirmación es el hecho de señalar que “toda interpretación se lleva a cabo en función de una aplicación posterior” puesto que la interpretación no se la hace exclusivamente con el objeto de aplicar la norma como lo señala Segura en la siguiente aclaración:

“Interpretación y aplicación pueden ser actividades independientes, ya que no es posible la aplicación del derecho sin una previa interpretación, puede haber interpretación sin aplicación del derecho, esto sucede en todos aquellos casos en los que el sujeto que interpreta no es un órgano encargado de aplicar el derecho”.⁶¹

Esto se debe a que la interpretación jurídica no es patrimonio exclusivo de jueces o tribunales, la diferencia radica en que la interpretación realizada por éstos se torna vinculante, mientras que la realizada por personas ajenas a la administración de justicia no tiene aplicación posterior y es al no tener una aplicación posterior es referencial.

Así se podría definir interpretación jurídica evolutiva como, dar sentido al contenido de una norma jurídica en base al contexto que presenta la realidad al momento de su aplicación y no al momento de su creación. Esto se funda en lo estático de la ley frente a lo dinámico de la realidad social. Así lo expresa Wroblewski al señalar:

⁵⁹ De Castro y Bravo, Federico. *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley*. Anuario del Derecho Civil España. Vol. 30, Nº 4, 1977, cfr. págs. 809-858.

⁶⁰ Lorca Villodres, María. *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La interpretación Evolutiva o Progresista de la Norma Jurídica*. Ediciones UNAM, México, 2007, cfr. pág. 250.

⁶¹ Segura Ortega, M. op. cit., pág. 199.

“El significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera.”⁶²

Con esto, Wroblewski refuerza a la idea de que el significado de la norma no debe entenderse por lo meramente escrito en la misma, ni por el contexto del momento de su creación, sino por las circunstancias presentes en el momento de su aplicación.

Del mismo modo se pronuncia el Jurista costarricense Rubén Hernández al manifestar que “en general, se suele hablar de interpretación evolutiva cuando el operador jurídico busca adecuar el precepto interpretado a las coordenadas de tiempo y espacio”⁶³; es decir, a su contexto de aplicación.

El jurista Ricardo Guastini propone una definición de Interpretación Evolutiva:

“Puede llamarse evolutiva a la interpretación que atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido. En general este tipo de interpretación se basa en la idea que al cambiar las circunstancias históricas en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar asimismo el modo de interpretarla. En suma la interpretación evolutiva tiende a adaptar viejas leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico. Por esta razón, la interpretación evolutiva no puede argumentarse haciendo referencia a la concreta voluntad del legislador. El argumento que más se adecua a la interpretación evolutiva es el de “la naturaleza de las cosas”: la interpretación debe cambiar cuando cambien las circunstancias en que la ley debe ser aplicada”.⁶⁴

Esta definición se puede decir que es completa, ya que combina los elementos que hemos revisado e incluye un nuevo e importante elemento, el que la interpretación evolutiva atribuye un significado nuevo y distinto del que históricamente había asumido un texto normativo.

Sostiene además, lo que ya vimos, que cuando las circunstancias históricas cambian, asimismo debe cambiar el modo de interpretar la norma, tanto Wroblewski como Hernández, reflexionan en la misma línea de Guastini; el primero al decir de que la ley debe cambiar de acuerdo al contexto en el que opera y el segundo al hablar de adecuar la ley a las coordenadas de tiempo y espacio.

Guastini y Wroblewski concuerdan al indicar que la interpretación evolutiva es adaptar leyes viejas a situaciones nuevas y al afirmar que la interpretación evolutiva no puede hacer alusión a la voluntad del legislador histórico pues este es un precepto ajeno a este método interpretativo y propio del método histórico.

4.2. Características.

En consideración a lo expuesto hasta acá, señalaré las características de la interpretación

⁶² Wroblewski, J. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Cuaderno Civitas, Madrid, 2001, cfr. pág. 28.

⁶³ Hernández Valle, Rubén. *Interpretación Constitucional en Costa Rica*, 2009, pág 753. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/27.pdf> consultada el 10 de julio de 2018.

⁶⁴ Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, cfr. pág. 39.

evolutiva. En el capítulo en que me referiré a la forma como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado la interpretación evolutiva para reconocer el Derecho de Propiedad de los pueblos indígenas volveré sobre estas características:

a) Primera, el presupuesto básico es, en la existencia de ley se encuentran derechos que no han sido explicitados, es decir, la interpretación evolutiva no va contra la norma, va con la norma, tampoco crea derechos no contenidos en la misma, sino que busca hacerla más apropiada al momento de su aplicación, para de esta forma reglar situaciones que no se encuentran explícitamente señaladas por el legislador, ya que la norma se muestra rígida ante el dinamismo de la realidad y es imposible para el legislador prever todas las posibles situaciones en las que debe aplicarse la norma en el futuro.

b) Segunda, según Guastini una característica importante de la interpretación evolutiva radica en no ser necesariamente extensiva o restrictiva, sino que de su aplicación puede obtenerse ambos resultados, ejemplifica esta característica haciendo referencia a la Constitución y el Código Penal italiano: Por ejemplo, es extensiva la interpretación del artículo 2º de la constitución italiana que incluye, entre los derechos inviolables del hombre, también el llamado derecho a la identidad personal, que no se encuentra explícitamente señalado en la Constitución; mientras que es restrictiva la interpretación, que restringe, valga la redundancia, el significado del vocablo obsceno (artículo 528 del Código Penal), excluyendo así que pueda considerarse obscenos los escritos y espectáculos cinematográficos que en el pasado eran considerados como tales, evitando la censura y favoreciendo la libertad de expresión.⁶⁵

El punto común es que en ambas, se busca adecuar el contenido de la norma a las exigencias y contexto de su momento de aplicación y en segundo lugar se presta una solución favorable para la plena vigencia de los derechos, en el primer caso permite tutelar un derecho que no se encuentra explícitamente señalado en la norma y en el segundo se excluyen ciertas expresiones artísticas de la consideración como obscenas y de esta forma se evita la censura, favoreciendo la libertad de expresión.

c) Tercera, su naturaleza eminentemente sociológica pues privilegia las circunstancias de la realidad de su momento de aplicación y la consecución de la justicia sobre el tenor literal de la norma y precisamente surge como respuesta a las injusticias generadas como resultado de la aplicación literal de la norma como lo señala Pérez Luño:

Frente a las concepciones normativistas —formalistas y conceptualistas (en las que lo decisivo era el respeto a la norma dada y su aplicación estricta, concretándola a través de un procedimiento lógico de carácter silogístico-deductivo en el que prevalecía ante todo un punto de vista o perspectiva interna sobre la norma)—, para las corrientes sociológicas —claramente antiformalistas—, [...] prevalecía más bien una perspectiva exterior a la norma jurídico-positiva, teniendo en cuenta principalmente los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta y que se ponen de manifiesto por el jurista intérprete y por el juez aplicador del derecho en relación con los casos y situaciones concretas que presenta la vida real.⁶⁶

Como observamos, las tendencias sociológicas nacen como respuesta a la aplicación de una lógica formal en el derecho, que buscaba todas las respuestas en la misma norma, sin atender a sus fines ni contexto de aplicación, mediante la aplicación del silogismo; es así que surge las tendencias

⁶⁵ Ídem, pág. 50.

⁶⁶ Pérez Luño, Antonio. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos, Madrid, 1997, cfr. pág. 90.

sociológicas en las que se privilegia la consecución de valores fundamentales como la justicia y “las situaciones concretas que presenta la vida real” en el momento de aplicación de la norma.

d) Cuarta, no busca dar una interpretación definitiva o absoluta de la norma pues como lo sostiene el mismo método evolutivo el contenido de la norma se modifica en la medida en que cambia el contexto en el que opera. Porque presenta dinamismo, permite adaptarse con mayor facilidad a la realidad, así la norma no se encontrará atada a la voluntad del legislador que la creó y al contexto de su creación.

Todo intento de comprensión en este sentido tendrá como finalidad la tendencia del texto a hacerse contemporáneo al intérprete, distanciándose y cobrando autonomía respecto de su autor: el horizonte del sentido del texto viene así a transferirse (y a fusionarse) con el horizonte del sentido del intérprete. Con lo cual, comprender significa captar lo que el texto puede decirnos en nuestra particular situación. El derecho no ha de ser comprendido históricamente, sino en cada momento de distinto modo al aplicarlo, es decir, la norma jurídica ha de ser interpretada progresiva y evolutivamente atendiendo a las circunstancias sociales vigentes.⁶⁷

Palombella repite que la finalidad de la interpretación evolutiva es hacer el texto de la ley contemporáneo al intérprete, de este modo cobra autonomía respecto a su autor, es decir, que la ley no permanece atada a la voluntad ni al contexto de quien la creó, sino se ciñe a las circunstancias del momento de su aplicación. De igual forma el concepto de comprender la norma se modifica y ya no consiste en comprender la voluntad del legislador sino lo que la norma “puede decirnos en nuestra particular situación”.

4.3. Campo de Aplicación.

Por sus características, la interpretación evolutiva es aplicable en el campo del Derecho Internacional de los derechos Humanos, y en el ámbito constitucional de los Estados ya que éstos por regla general siempre requerirán de una tutela rápida y efectiva, (aún cuando sabemos que generalmente esta tutela tarda en llegar) que no siempre puede ser satisfecha con la interpretación literal de un texto normativo, más aún cuando el dinamismo de la realidad respecto de estos derechos hace imposible que en los tratados de derechos humanos y en las cartas que contienen los derechos fundamentales, estén explícitamente expresadas absolutamente todas las hipótesis posibles de encontrar en la realidad.

Así las cosas, la interpretación evolutiva ha presentado un desarrollo en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debido a que las mismas se encargan en gran parte de reconocer y proteger los Derechos Fundamentales, la primera en el ámbito nacional y la segunda en el ámbito internacional; es así que este método interpretativo ha sido adoptado principalmente por jueces en materia constitucional y a nivel internacional, en lo que a la región americana se refiere, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Razón por la cual vamos a revisar de manera breve como se aplica la Interpretación Jurídica Evolutiva en estas materias.

En materia Constitucional la Interpretación Evolutiva, se concibe de la siguiente forma:

El método de interpretación constitucional adecua las normas constitucionales a las exigencias actuales, lo cual resulta imprescindible, dada la naturaleza de la Constitución, su

⁶⁷ De Palombella, L. *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*. Versión y edición española a cargo de J. Calvo, Tecnos, Madrid, 1999, cfr. pág. 231.

elasticidad y su constante remisión a sus contextos económicos y sociopolíticos que evolucionan constantemente. Es decir que esta interpretación se vuelve necesaria debido a la propia naturaleza de la Constitución y que la misma siempre se encuentra vinculada con aspectos políticos sociales y económicos⁶⁸.

Así la constitución se construye a cada momento mediante la integración de dos elementos: la norma y sus contextos sociales, de esta forma la ley expresa y contiene los intereses del “status quo” presentes al momento de su promulgación y las metas sociopolíticas actuales, es decir, se parte del texto pero tomando en cuenta el contexto de su aplicación⁶⁹.

De lo razonado podemos indicar que resultará necesario para que se haga viable la interpretación evolutiva, en materia constitucional, la existencia o la creación de normas que se piensen con visión de futuro ya que éstas constituirán el vehículo de la interpretación evolutiva; por lo que el legislador deberá colaborar mediante la emisión de normas que permitan, sin vulnerar su esencia ser objetos de una interpretación evolutiva⁷⁰.

Ronald Chacín cita a Linares Quintana⁷¹ quien denomina a este tipo de interpretación como progresista, porque considera a la Constitución como un instrumento cuya flexibilidad y generalidad le permiten adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, por lo cual debe interpretarse teniendo en cuenta, no solamente las condiciones sociales, económicas y políticas al momento de su sanción, sino también las mismas condiciones que existen al tiempo de su aplicación, como consecuencia de la evolución, transformación y por ende el progreso de la sociedad. Es decir, que además de la cualidad de permanencia de la Constitución, esta debe ser al mismo tiempo flexible, capaz de recibir a través de la interpretación, la influencia de las ideas, de las fuerzas, de las tendencias que señalan el nuevo sentido de la vida, en un proceso en constante movimiento, sin que esto implique comprometer y desnaturalizar los propósitos y limitaciones y en general el espíritu de la ley fundamental, pudiendo

⁶⁸ Pérez Luño, Antonio. *Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del Sistema Constitucional*. En *Revista Teoría y Realidad Constitucional UNED*, N° 20, 2007, cfr. págs. 500-501.

⁶⁹ Véanse: Cordero, Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 15, N° 2, Talca, 2009, págs. 11-49; Aldunate, Eduardo, *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, junio 2009, págs. 443-484; Dieguez, Yurisander, *El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. En revista *Derecho y cambio social*, año 8, N° 23, 2011, págs. 1-28; Paci, Juan, *Inescindibilidad del derecho con el contexto social*. Tesis doctoral Universidad de Castilla, España, 2015, págs. 113-118.

⁷⁰ Véanse: Galdámez, Liliana, *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 3, Santiago, 2007, págs. 439-455; Pozzolo, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, Alicante, 1998, págs. 339-353; Goig, Juan. *La interpretación constitucional y las sentencias del tribunal constitucional: de la interpretación evolutiva a la imitación constitucional*. En *Revista de derecho UNED*, N° 12, 2013, págs. 257-292; Leal, Alberto. *Los métodos de interpretación constitucional*. En *Revista de Estudios tributarios.uchile.cl/index.php/RDPU/ARTICLE/VIEW/39544*, 1979, págs 56-69; Vives, Francisco, *Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos*. En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 66, N° 2, 2014, págs. 113-153; Burgorgue-Larsen, Laurence. *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los derechos humanos*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol 12, N°1, Santiago, 2014, págs. 105-161; Guastini, Riccardo. *Interpretación y Construcción Jurídica*. En revista *Isonomía*, N° 43, México, 2015, págs 11-48.

⁷¹ Linares Quintana, Segundo. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Abeledo Perret, Buenos Aires, 1998, cfr. pág. 876.

ocasionar la ruptura, la violación o hasta la destrucción de ésta.⁷²

En esta misma línea se manifiesta Bassa Mercado al señalar:

“A mi juicio, interpretar en forma extensiva el contenido material de la Constitución, reconociendo su apertura al proceso deliberativo para adecuarla a las nuevas realidades a las que rige, no implica mellar la vigencia normativa de la Carta ni cuestionar su aplicación directa. Por el contrario, significa legitimar su aplicación ante la propia sociedad y actualizar su contenido normativo. No hacerlo implica rigidizar la aplicación de la norma, al petrificar las opciones políticas del momento constituyente y cerrando el espacio a la deliberación de sus contenidos. Así, se consolida la brecha que permanentemente se genera entre la norma constitucional y la realidad constitucional – que debe ser reducida en forma permanente–, escenario que sí pone en riesgo la vigencia normativa de la Constitución”.⁷³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las instituciones que más ha influido en el desarrollo de la Interpretación Evolutiva en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde que expidió la emblemática sentencia en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* al tutelar el Derecho a la propiedad de la comunidad, pese a la concepción diferente que la misma maneja, que no se ajusta a la tradicionalmente aceptada como lo señala la autora Claudia Cinelli:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está otorgando una atención cada vez mayor al reconocimiento y protección del derecho colectivo a las tierras, el territorio y los recursos. La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido hasta hoy de incalculable significado pues, con sus interpretaciones, no sólo ha reafirmado los derechos humanos contenidos en la CADH, sino también los ha enriquecido y ampliado. Cuando hablamos de la dimensión colectiva del derecho a la propiedad no nos podemos abstraer tal expresión de la cuestión del derecho de los pueblos indígenas a la protección de su tenencia consuetudinaria de la tierra. Así, no hay más que recordar el caso *Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, en el que la Corte sostiene, por primera vez, que el concepto de propiedad del Artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la CADH, incluye el concepto de propiedad comunal de los pueblos indígenas tal y como es definido por sus propias costumbres y tradiciones”.⁷⁴

La autora resalta la importancia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento y protección del derecho colectivo de las tierras y recursos además de afirmar que esto ha servido para reafirmar enriquecer y ampliar los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la interpretación utilizada y si bien no habla literalmente de interpretación evolutiva podemos colegir que se refiere a la misma como se lo puede constatar en base al contenido del presente trabajo.

Se hace referencia también al ya mencionado caso *Awas Tingni* en el cual se sostiene, por primera vez, que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye el

⁷² De Chasin Fuenmayor, Ronald. *Sobre algunos aspectos fundamentales en la interpretación Constitucional*. Universidad de Zulia, Zulia, 2007, cfr. pág. 8.

⁷³ Bassa, Jaime. *Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle*. En *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña del Mar, Nº 5, 2011, cfr. pág. 22. Disponible en: <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/05.015-042.Bassa.pdf> consultada el 28 de junio de 2018.

⁷⁴ Cinelli, Claudia. *La Dimensión Colectiva de derecho a la Propiedad de la tierra*. Cuadernos electrónicos, Nº 3, 2007, cfr pág. 65. Disponible en: <https://pradpi.es/cuadernos/3/Derecho-a-la-Propiedad-de-la-Tierra.pdf>

concepto de propiedad comunal de los pueblos indígenas, lo cual representa sin lugar a dudas un punto de inflexión en la interpretación jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues por primera vez se aplica el método evolutivo de interpretación, puesto que una interpretación literal de la norma no hubiera posibilitado ampliar el contenido de la misma para que abarque el concepto de propiedad que manejan los pueblos indígenas como un derecho digno de protección jurídica⁷⁵.

En concordancia y soporte de lo anteriormente mencionado Trabucchi manifiesta que: “La interpretación es siempre necesaria, porque el texto de la ley es una fría sucesión de palabras que debe reavivarse”⁷⁶. De esta afirmación extraemos además que la interpretación es reanimar o dinamizar la norma que por su naturaleza se muestra estática e inmutable frente a una realidad en permanente cambio.

En el momento de la elaboración de una norma es imposible que el legislador contemple todas las posibles variables que puedan presentarse en el momento de la aplicación de la misma puesto que la realidad se muestra dinámica frente a la inmutabilidad de la norma, tornando así imposible la creación de una norma por parte del legislador que pueda aplicarse de forma literal a todos los casos que puedan presentarse. A este respecto manifiesta con toda claridad Claude Du Pasquier en su obra *Introducción al Derecho* en las siguientes palabras:

“Los profanos reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté excepto de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles; escapan a todas las previsiones. No es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aun fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales.”⁷⁷

Pues en efecto como afirma Du Pasquier la propia práctica judicial nos demuestra que en la realidad existen casos extraordinarios que se encuentra en la frontera o fuera de lo previsto por la norma, quedando así confirmada de forma práctica la afirmación de que es imposible por parte del legislado crear una norma que pueda ser aplicada de forma literal a todos los casos posibles.

Tomando en cuenta que la norma se la redacta en un tiempo y bajo condiciones determinadas, representa un problema su aplicación en un tiempo y condiciones diferentes. Como lo señala el tratadista uruguayo Héctor Gros Espiell⁷⁸ “Sin duda, una de las más importantes cuestiones que se plantean a la reflexión, - no sólo jurídica sino también filosófica y política -, es la relativa a la eventual fractura que se puede producir entre la norma jurídica, adoptada para regir en el futuro pero marcada por todo lo que resulta de la situación existente en el momento de su elaboración, y la nueva realidad que posteriormente resultó de los cambios operados en el medio social, político y cultural en su más

⁷⁵ Idem, pág. 68.

⁷⁶ Trabucchi, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Traducción con notas y concordantes de Derecho español por Luis Martínez Cal-cerrada, II volúmenes. En *Revista de Derecho privado*. Madrid, 1967, cfr. pág. 46.

⁷⁷ Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica Portocarrero SRL, 5ª edición, Lima, 1994, cfr. pág. 21.

⁷⁸ Gros Espiell, Héctor. *El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del derecho*. En *Revista Relaciones*, Montevideo, N° 243, 1995. Disponible en: <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/index.htm>.

amplia y comprensiva acepción, en el que la norma se ha de aplicar”.⁷⁹

4.4. La interpretación evolutiva en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una vez establecidas las reglas generales de interpretación en materia del derecho internacional y habiéndose anotado las particularidades que en materia del derecho internacional de los derechos humanos resultan aplicables, es necesario analizar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el principio de interpretación evolutiva en el tribunal regional de protección de los derechos humanos. Tangencialmente mencionaremos además a la Corte Europea de Derechos Humanos, en atención que ello nos permite comparar y recoger una suerte de diálogo entre ambos tribunales, surgido desde los primeros casos en los que el tribunal interamericano recurrió a la interpretación evolutiva⁸⁰

La clave de la interpretación evolutiva está en el tema de la temporalidad, que tiene que ver con considerar las condiciones existentes al momento en que se interpreta el tratado.

Dentro de los muchos casos en que se ha usado como fundamento la interpretación evolutiva mencionaremos el caso “de los niños de la calle con Guatemala” con la finalidad de ilustrar el uso de este principio, allí la Corte IDH señala:

“El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”⁸¹

En la misma línea, pero con matices que dan más potencia a la interpretación evolutiva, se plantea el voto concurrente de los jueces Cancado Tridade y Abreu Burelli en la misma sentencia.⁸²

⁷⁹ Gros Espiell, Héctor. *Los métodos de Interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa*. Ediciones Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22883.pdf>

⁸⁰ Opinión Consultiva Corte IDH N° 16 de 1999; 114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989)⁷⁹, como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer* 78 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971; pág. 16 ad 31). ⁷⁹ En lo que se refiere a la Declaración Americana, la Corte ha declarado que *68 versus Reino Unido (1978)*⁸⁰, *Marckx versus Bélgica (1979)*⁸¹, *Loizidou versus Turquía (1995)*⁸², entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”

⁸¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) : “Niños de la calle” Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, numerales 192 y 193.

⁸² Ídem. Voto concurrente numerales 3 y 6. “3. El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. Creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada

Según el principio de interpretación evolutiva, la CADH debe ser interpretada como un instrumento vivo y de acuerdo a los tiempos actuales. En palabras de la Corte:

“Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado”.⁸³

Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.

Entonces, de acuerdo con la Corte IDH, al momento de interpretar la Convención Americana debe atenderse a los tiempos y las condiciones de vida actuales⁸⁴. Método interpretativo avalado, según el Tribunal, bajo las reglas del artículo 29 de la Convención, así como por los mandatos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁸⁵

su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas como en el caso d'espèce. En el presente caso Villagrán Morales versus Guatemala (Fondo), atinente a la muerte de niños por agentes policiales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia.” “6. Nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4, en conexión con el artículo 1.1) es manifestación de esta interpretación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina”.

⁸³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Artavio Murillo y otros vs. Costa Rica, numeral 245 y 246.

⁸⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile; Liakat Ali Alibux vs. Surinam; Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay.

⁸⁵ Opinión consultiva Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) : Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. 16/99.

Siguiendo esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado la noción de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales.⁸⁶

Esta forma dinámica de interpretar los tratados en materia de derechos humanos, no es una cuestión menor en el derecho internacional, pues, del sentido que le dé la Corte al texto de la Convención, dependerá directamente el alcance que le reconozca a las obligaciones de los Estados y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad que pese sobre estos últimos.

El derecho internacional debe abarcar asuntos en constante cambio, motivo por el cual se ha reconocido la necesidad de este tipo de interpretaciones dinámicas, de manera que se evite que el tratado se convierta en letra muerta⁸⁷. Sin embargo, también se ha reconocido que una interpretación evolutiva en donde no es requerida puede ser tan nociva, como una interpretación estática en situaciones donde se requiere la evolución del concepto.⁸⁸

Esto refleja que la utilización de este principio interpretativo no ha sido pacífica, pues algunos autores han debatido la validez de su existencia y aplicación y otros, estudiando los casos en los que se ha utilizado, han señalado la necesidad de que exista un límite en su utilización.⁸⁹

En primer lugar, hay autores que reconocen que, al momento de interpretar un tratado, es necesario hacerlo de acuerdo al significado que tenía al momento de concluirse el tratado, solo siendo posible un enfoque evolutivo, en aquellos casos en los que fuera la intención de las partes que el significado de los términos siguiera el desarrollo⁹⁰

En segundo lugar, en materia de la utilización del principio de interpretación evolutiva por parte de los tribunales de derechos humanos, alguna doctrina ha identificado aquellos supuestos en los cuales se fundamenta el uso de este derrotero y aquellas situaciones que justifican su restricción. Así, estos autores han realizado un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogiendo aquellas situaciones a través de las cuales esta instancia judicial ha fundamentado el uso del principio de interpretación evolutiva, enumerándolas de la siguiente manera:

- i) Desarrollo o consenso dentro de los estados contratantes, consenso que puede ser interno (dentro del Estado que está siendo juzgado) o externo (dentro de los estados vinculados por el tratado),

⁸⁶ En Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1978): Caso Tyrer vs. Reino Unido; Sentencia en Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010): Caso A, B y C vs. Irlanda; en Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009): Caso Scoppola vs. Italia (No. 2).

⁸⁷ En Ambrus, M. & Wessel, R. A. *Between pragmatism and predictability: Temporariness in international law*. Netherlands yearbook of international law. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2015, cfr. pág 3.

⁸⁸ En Torp Helmersen, Sondre. *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*. European Journal of Legal Studies, Vol. 6, Issue 1 Spring/Summer, 2013, cfr. págs. 127-148.

⁸⁹ Arato, Julian, *Subsequent practice and evolutive interpretation: Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences*. En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Publishers, Vol. 9, N° 3, 2010, págs. 443-494.

⁹⁰ Fitzmaurice, Sir Gerard. *Law and procedure of the international court of justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points*. British Year Book of International Law, 1957, págs 33, 203- 293.

ii) Interpretación teleológica y teoría de la efectividad de los derechos⁹¹.

Dentro de las críticas que esta doctrina identificó frente a la aplicación de este derrotero, fundamentalmente provenientes de los votos disidentes de los jueces de los Tribunales, está el hecho de que los jueces no pueden revestirse de manera automática con la potestad de determinar el consenso entre los Estados y, mucho menos, determinar lo que dictan los tiempos actuales sobre una disposición convencional⁹². Adicionalmente, se ha criticado el uso del “consenso” como determinante para aplicar una interpretación evolutiva, pues resulta fácilmente falseable la construcción de una mayoría de Estados que tengan un desarrollo similar frente a un mismo punto, si se dejan de lado las condiciones particulares de cada caso.

Adicionalmente, debe mencionarse que Dzehtsiarou & O'Mahony identificaron dos supuestos en los cuales el Tribunal Europeo se ha abstenido de utilizar el principio de interpretación evolutiva, a saber:

- i) Falta del desarrollo necesario por parte de los Estados contratantes y;
- ii) Falta de competencia para reconocer derechos que no están contemplados dentro del tratado.

Siendo estos supuestos barreras para la aplicación del principio, se identificó que el Tribunal había resuelto estos casos a través del margen de apreciación de los Estados.

En este punto, es necesario precisar que no nos detendremos en analizar el margen de apreciación ya que este sólo concepto daría para otra tesis. Sólo haremos mención que este concepto pueden surgir al momento de estudiar la aplicación del principio de interpretación evolutiva junto a los conceptos de consenso y práctica generalizada.

El margen de apreciación, que hace referencia a un criterio hermenéutico usado para interpretar un tratado internacional, como la Convención Americana, que permite la deferencia a favor del Estado del poder de decisión en aquellas circunstancias en las que no existe un consenso

⁹¹ Dzehtsiarou, Kanstantsin and O'Mahony, Connor. *Evolutionary interpretation of rights provisions: A comparison of the European court of human rights and the US supreme court*. En *Columbia Human Rights Law Review*, 2013 disponible en O'Mahony, Conor y Dzehtsiarou, Kanstantsin. Interpretación evolutiva de las disposiciones de derechos: una comparación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (6 de enero de 2013). (2013) 44 *Revisión de la Ley de Derechos Humanos de Columbia* 309. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2321598>

⁹² Informe de la Comisión de Derecho Internacional ONU (70º período de sesiones), Capítulo IV, -A/73/10 2018, págs 11-125. Disponible en: legal.un.org/ilc/reports/2018spanish/chp4.pdf; Vives, Francisco, *Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos*. En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 66, Nº 2, 2014, págs. 113-153; Benavides Casals, María, *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, 15 (1), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2009, págs. 295-310; Novak, Fabián. *Criterios para la interpretación de los tratados*. En *THEMIS-Revista de Derecho*, 63, Lima, 2013, págs. 71-88; Arévalo, Walter y García, Luisa. *La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio*. En *Revista Ius et Praxis*, vol 24, Nº 2, Talca 2008, págs. 393-430; Opinión consultiva OC 22/16, 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá. En: corteidh.or.cr/docs/opinion/seriea_22_esp.pdf; Becerra, Manuel. *Las Fuentes Contemporáneas del Derecho Internacional*. En *Instituto de Estudios Jurídicos UNAM*, Nº 316, México, 2017, págs. 15-22.

interestatal⁹³. De manera que se mitige el riesgo que existe de que un tribunal internacional se extralimite e invada el ámbito de decisión propio de un Estado⁹⁴.

El segundo concepto, incluido dentro de la definición anterior, hace referencia al consenso entre los Estados, que se refiere a un acuerdo que se logra en una determinada comunidad internacional acerca del contenido de los derechos, su sentido y alcance⁹⁵, representando un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional, indicativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados⁹⁶.

El tercer y último concepto que es menester aclarar es el de la práctica generalizada de los Estados, según el cual es dable realizar la interpretación de un tratado a partir del estudio del derecho comparado sobre el tema en particular que está siendo debatido, de forma que permita determinar el accionar que han desarrollado los Estados en situaciones similares a la que esta siendo conocida por el órgano internacional. En el caso particular de Artavia Murillo, la Corte utilizó esta noción para determinar que los Estados pertenecientes al SIDH no habían extendido la protección al embrión hasta el punto de prohibir las técnicas de reproducción asistida (Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica). De acuerdo con el tribunal interamericano, resulta legítimo utilizar el concepto de la práctica generalizada de los Estados en la labor interpretativa de la Corte, pues así lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En tercer lugar, respecto a las limitaciones a las que debe someterse el principio de interpretación evolutiva, Panos Merkouris ha señalado que de no existir alguna frontera en el uso de este derrotero interpretativo, significaría conceder a los jueces un poder para legislar; por lo anterior, el autor ha identificado como límites de este principio:

- 1) el ius cogens,
- 2) el principio de no retroactividad en la aplicación de los tratados,
- 3) las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y

⁹³ Barbosa Delgado, Francisco. *Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de minorías étnicas y culturales*. En *Revista Derecho del Estado*, N° 26, 2011, pág. 112. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf> consultada 24 de julio de 2018.

⁹⁴ Barbosa Delgado, Francisco. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: Entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág. 57. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf> consultada el 30 de julio de 2018.

⁹⁵ Benavides Casals, M. A. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. En revista *Ius Et Praxis*, 15 (1), 2009, págs. 295-310. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009 consultada el 3 de agosto de 2018.

⁹⁶ Pascual-Vives, F. J. *El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: Una aproximación consensualista*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2013, págs. 217-262. cfr.249

4) la interpretación no puede equivaler a la revisión del tratado⁹⁷.

Finalmente, no refiriéndose exclusivamente a los tratados de derechos humanos, alguna doctrina ha identificado la necesidad de limitar el potencial expansivo que esta forma de interpretación tiene sobre los tratados⁹⁸. Específicamente, considerando las consecuencias que a futuro puede tener un determinado fallo. Sin embargo, es pertinente mencionar que la doctrina relevante revisada se refiere a la interpretación evolutiva que ha realizado la Corte Internacional de Justicia, aspecto que escapa al objeto propuesto para este trabajo.⁹⁹

A manera de resumen, es posible establecer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha inclinado por interpretar el texto de la Convención Americana de acuerdo a los tiempos actuales, es decir, de forma dinámica o evolutiva. Decisión que se entiende bajo la perspectiva de evitar que el texto del tratado se convierta en letra muerta. Sin embargo, esta decisión no ha sido adoptada por la doctrina de manera pacífica, pues, por un lado, algunos autores han identificado como ilegítima esta forma de interpretación, sugiriendo que la misma solo es viable cuando las partes tuvieron la intención de que los términos del tratado siguieran el avance de los tiempos. Y, por otro lado, hay autores que, además de identificar los presupuestos en los que la jurisprudencia ha aplicado el principio de interpretación evolutiva o se ha abstenido de hacerlo, han abogado por la necesidad de establecer límites en su utilización. Sin embargo, si se revisa con detención las conclusiones a las que se llega con la aplicación de la interpretación evolutiva, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, en ninguna de ellas se vulneran o se traspasa los límites propuestos por Panis Merkouris.

Este tesista disiente de las dos posiciones anteriores y suscribe la tesis que se expresa en la jurisprudencia de la Corte IDH, la que con más detalles veremos en el acápite siguiente.

5. Propiedad Ancestral.

A través de las argumentaciones y relatos que se presentarán a continuación, se demostrará como en las normas del Derecho Internacional, en variados pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, y en ya numerosas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, se ha establecido que constituye un título jurídico de los pueblos indígenas, estar en posesión de sus tierras y territorios desde tiempos inmemoriales, título jurídico suficiente para que el derecho de propiedad de éstos pueblos sea reconocido por los Estados. Este hecho jurídico es conocido internacionalmente como propiedad ancestral.

Entonces, lo que haremos a continuación será analizar el concepto y contenido de la propiedad ancestral. Adicionalmente veremos como el derecho a la propiedad ancestral es incorporado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante Convenio 169 OIT, por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en adelante DNIDPI, por la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, en

⁹⁷ Merkouris, P. *(Inter)temporal considerations in the interpretative process of the VCLT: Do treaties endure, perdure or exdure?* Netherlands yearbook of international law, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2015, pág. 121.

⁹⁸ Arato, Julian. Op. cit, págs. 443-494.

⁹⁹ Torp Helmersen, Sondre. *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. En European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, Issue 1 Spring/Summer, 2013, págs.129-134. Disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/28733/Torp_Vol6_1_150UK.pdf?sequence=1&isAllowed=y

consultada el 7 de agosto de 2018.

adelante DADPI y como ya lo señalé, por clara jurisprudencia al respecto de la Corte IDH, y de valiosos informes de la CIDH, donde se interpreta y se aplica al caso de la propiedad ancestral el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en adelante CADH. Se concluye con el análisis de la jurisprudencia que sobre el tema ha elaborado la Corte IDH en casos de pueblos indígenas quienes reclamaron sus derechos ancestrales sobre la tierra ante ella y la forma como se resolvieron dichas acciones y la aplicación a cada caso de normas bajo la idea de la interpretación evolutiva que da fundamento a todo lo anterior.

5.1. Concepto de la propiedad ancestral

La propiedad ancestral, no es otra cosa que un hecho, que debe, de acuerdo al derecho internacional, producir consecuencias jurídicas en los Estados, el estar los pueblos indígenas en posesión de sus tierras y territorios desde tiempos inmemoriales. Es el título jurídico que acredita la propiedad de los pueblos indígenas y existe, aún sin actos estatales que lo precisen¹⁰⁰, por lo que podemos señalar que hoy en el derecho internacional, como se demostrará, propiedad ancestral es sinónimo de propiedad indígena.

Para mejor comprensión del concepto recién elaborado nos parece que se hace necesario definir los pueblos indígenas y caracterizar la propiedad ancestral. Primero, para la definición, recogeremos la conceptualización que hace de ellos José Martínez Cobos, quien señala que:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones su territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”¹⁰¹.

De esta definición se desprenden cuatro elementos, que aparecen como centrales para determinar que estamos ante un pueblo, comunidad y nación indígenas:

- a) Poseen una continuidad histórica con las sociedades precoloniales.
- b) Se reconocen distintos, con una cultura propia, que los diferencia de otras comunidades que habitan en sus territorios.
- c) Constituyen sectores de la sociedad sujetos de dominación y de despojo de sus tierras y derechos sobre ellas.
- d) Tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad cultural como base de la continuidad de su pueblo.

Por su parte, la Corte IDH, en diversos pronunciamientos, ha caracterizado la propiedad ancestral señalando que:

¹⁰⁰ Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awás Tigni vs. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tigni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79, párr. 140 a).

¹⁰¹ Martínez Cobo, José R. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Vol V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, pág. 30.

a) No se basa en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos.¹⁰²

b) Se fundamenta en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, esto es, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades¹⁰³.

c) La posesión tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos ya que no es determinante la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral, puede haber movimientos sin que afecte la protección de la CADH a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas¹⁰⁴.

d) Existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros, no obstante que estos terceros puedan ostentar títulos de propiedad emanados del Estado sobre las mismas áreas¹⁰⁵.

En este último sentido, es necesario destacar que, si bien la propiedad ancestral parte del hecho de que los pueblos indígenas han estado en posesión de la tierra y sus territorios y ese es el título jurídico que debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento del Estado de su propiedad y el respectivo registro. Sin embargo, el derecho no se agota allí, ya que la Corte IDH en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, haciendo una interpretación extensiva de ese derecho, señaló que los pueblos indígenas serán dueños de sus tierras, aunque no tengan la posesión de las mismas, cuando por actos de violencia en su contra han sido despojadas de ellas o han debido dejarlas por la presión de la sociedad dominante, en un momento histórico determinado, por lo que siempre tendrán el derecho de reivindicar sus tierras tradicionales.¹⁰⁶

Aquello que explica, lo anteriormente dicho, es que los pueblos indígenas tiene formas de vida diferentes, en algunos casos únicas, su cosmovisión se basa en su relación estrecha con la tierra, que tradicionalmente han usado y ocupado. La tierra es un factor fundamental de su vitalidad física, cultural y espiritual¹⁰⁷.

La relación única con su territorio y su tierra se expresa de distintas maneras, puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc.34, 2007, pág. 231.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos ante la Corte IDH en el caso *Awas Tigni vs. Nicaragua*. referidos en: Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tigni Vs Nicaragua. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, párr.140 c).

¹⁰⁴ "El territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural". CIDH, Alegatos ante la Corte IDH en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad indígena yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 120 h).

¹⁰⁵ En el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam* la Corte IDH dictaminó que, el Estado no se puede liberar de su obligación de reconocer el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre sus territorios, argumentando que existe falta de claridad sobre el sistema ancestral de propiedad y posesión. Sentencia Corte IDH (2007): Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Serie C Nº 172, párr.101.

¹⁰⁶ Sentencia Corte IDH (2016): Caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. párrs.127 y 128.

¹⁰⁷ CIDH, informe nº 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004, párr.155.

cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.¹⁰⁸

Lo recién expuesto, hace patente la enorme diferencia que existe entre la concepción de la propiedad que posee el hombre europeo occidental, que en su mirada más clásica tiene un claro contenido patrimonial e individual. En relación con, la concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas que tiene una dimensión espiritual y colectiva.¹⁰⁹ Esto último significa que, respecto de la propiedad, los pueblos indígenas creen que la titularidad del derecho es grupal y comunitario, es decir, ésta no se centra en el individuo.

En la misma línea de lo que se viene exponiendo, es necesario reiterar, que el derecho a la tierra no es sólo un tema de derecho de propiedad, sino esencialmente una manifestación cultural que vincula a la tierra como un elemento esencial de carácter material y espiritual que entre otras cosas permite a los pueblos indígenas preservar su legado histórico cultural y transmitirlo a las nuevas generaciones¹¹⁰.

A continuación, veremos cómo el derecho internacional reconoce y regula la propiedad indígena.

5.2. Fuentes Internacionales no regionales del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena

Lo primero que señalaremos es que la propiedad ha sido reconocida internacionalmente como un derecho humano en los sistemas regionales de Europa, América, África y Asia¹¹¹. El desarrollo jurisprudencial de la garantía ofrecida por el artículo 1º del Primer Protocolo de 1952, adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, es claro en la protección del derecho de propiedad¹¹².

¹⁰⁸ Sentencia Corte IDH (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. de 29 de marzo de párr. 131.

¹⁰⁹ Cinelli, Claudia. *La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra*. Cuadernos Electrónicos N° 3, Derechos Humanos y Democracia, 2006, pág. 60-62.

¹¹⁰ Nash, Claudio. *Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno, J. Aylwin (editor), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pág. 6 y 7.

¹¹¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha servido como inspiración para la Convención Europea de Derechos Humanos, uno de los acuerdos más significativos de la Comunidad Europea. La Convención fue adoptada en 1953 por el Consejo de Europa, una organización intergubernamental establecida en 1949 y compuesta por 47 estados miembros de la Comunidad Europea. Este cuerpo se formó para fortalecer los derechos humanos y promover la democracia y el imperio de la ley.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia, es el encargado de hacer que se respete la Convención. Cualquier persona que afirme haber sido víctima de una violación de sus derechos en uno de los países en la comunidad Europea, pues esta ha firmado y ratificado la Convención, puede buscar ayuda en el Tribunal Europeo. Primero, el reclamante debe agotar todos los recursos en los tribunales de ese país y haber rellenado una solicitud de ayuda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

¹¹² Los estados africanos han creado su propia Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), y los Estados musulmanes crearon la Declaración de El Cairo de los Derechos Humanos en el Islam (1990). La Comisión Asiática de Derechos Humanos, fundada ese año por un grupo de juristas y activistas de derechos humanos en Hong Kong, creó la Carta Asiática de los Derechos Humanos (1986). La Carta se describe como la "carta del pueblo", porque ninguna carta gubernamental se había publicado hasta la fecha. 13 Art.1: Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que

Como ya lo anticipé, son varias las normas de derecho internacional que se refieren a la propiedad y que la reconocen como un derecho humano y que harán posible el reconocimiento de ese derecho para pueblos y comunidades.

5.2.1. En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra el 27 de junio de 1989, con voto de abstención de Chile.

Fue ratificado por Chile el 15 de septiembre del año 2008 y entró en vigencia el 15 de septiembre del año 2009.

Los antecedentes de este tratado están en la Convención 107 de 1957, también de la OIT. Es importante tener presente desde un comienzo este parentesco, porque las diferencias entre uno y otro reflejan un cambio profundo en la forma de abordar la cuestión indígena por los organismos multilaterales¹¹³. El Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, reflejaba una mirada del indigenismo que se centraba en el asistencialismo y en el intento por que los pueblos indígenas se asimilaran a la sociedad dominante¹¹⁴.

por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.”

¹¹³ Mereminskaya, Elina. *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales derecho internacional y experiencias comparadas*. Revista Estudios Públicos N° 121 Centro de Estudios Públicos. Santiago Chile 2011, Cfr págs. 220-223.

¹¹⁴ Véanse: Stavenhagen, Rodolfo. *Los Derechos indígenas nuevo enfoque del sistema Internacional*. En *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH*, Vol N° 10, Costa Rica, 1989, cfr. Pág 41 a 42; Yrigoyen, Raquel; Berraondo, Mikel (coordinador), *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Universidad Deusto, Bilbao, 2006, págs. 537-567; Díaz, Francisco. *Indígenas, Convenios Internacionales y legislación nacional*. En *IURIS DICTO Revista de Derecho*, Vol 3, N° 6, Quito, 2002, cfr. págs. 33 a 35; Yrigoyen, Raquel. *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*. Publicado en: Aparicio, Marco, (editor), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, 2011, cfr. Págs. 6-8; Lerner, Latán, *El convenio de la OIT de 1989*. En *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas*, Universidad Central Venezuela, N° 81, 2001, cfr. Págs. 224 a 227; Rohrmoser, Rodolfo. *La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho interno Guatemalteco*. En *Revista Estudios Constitucionales*, Vol 3, N° 1, 2005, cfr. Págs. 263 a 264; Calí, José. *Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación*. En Aylwin y Tamburini (editores), *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Grupo Internacional de Trabajo sobre asuntos indígenas IWGIA, 2014, págs. 1-186, cfr. págs. 33-35; González, Ana; Katz, Mariana; Mendoza, Angélica; Romero, Luis; Wamani Batallanos, Luis. *Derechos de los pueblos originarios y de la Madre Tierra: una deuda histórica*, CLACSO, 2019, págs. 41-54.

Ello cambió radicalmente con el Convenio 169 ya que este se basa en la idea que los pueblos indígenas son sociedades permanentes llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización. Se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo¹¹⁵.

Consecuentemente con ello, el convenio traerá aparejada varias exigencias para los estados: reconocer la diversidad cultural de los pueblos indígenas; garantizar el respeto de sus derechos políticos, sociales, económicos y culturales, y otorgarles una protección especial considerando sus graves carencias socioeconómicas y la discriminación histórica de la que fueron objetos por siglos.

En concreto los Estados deberán respetar los siguientes principios:

- a) No discriminación. Adoptar medidas que aseguren a los pueblos indígenas el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; así como medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales –respetando su identidad, costumbres e instituciones¹¹⁶.
- b) Discriminación positiva. Desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos, incluyendo medidas que ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir con los demás miembros de la comunidad nacional. Más adelante se señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas; así como también las medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten al afrontar las nuevas condiciones de vida y de trabajo. Estas disposiciones sirven de base para el establecimiento de políticas

¹¹⁵ Véanse: Ruiz, Juan, *El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo como herramienta para el proceso de consulta previa*, 2012. Disponible en: <https://www.alainet.org/es7active/58115> Consultada en septiembre de 2019; Rea, Sergio. *Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile*. En Boletín mexicano de derecho comparado, Volumen 48, 2015, págs. 1083-1117; Quintanilla, Stenka, *Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos*. En Revista Jurídica Derecho, Vol 2, N° 3, La Paz, 2015, cfr. 87-90; Yrigoyen, Raquel, *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*. Publicado en: Aparicio, Marco, (editor), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, 2011, cfr. Págs. 6-8 Ortelli, Paola; Cruz, Elisa, *La gestión y el autodesarrollo como derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas*. En Revista digital *Pueblos y fronteras*, Vol 6, N° 11, 2011, México, págs. 246-272.; Henríquez, Alfonso, *Participación indígena: desarrollo y alcances entorno a la participación ambiental*. En Revista *Ius et Praxis*, Vol 19, N° 2, Talca, 2013, págs. 251-300; Siedel, Rachel, *Pueblos indígenas y derecho en América Latina*, en César Rodríguez Garavito (coord.) *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, págs. 302-321.; López, Francisco; Espinoza, Guadalupe, *El derecho de los pueblos indígenas al desarrollo*, Asociación Nacional de Universidades Interculturales ANUI, 2017; Mendoza, Carlos, *El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: una vía para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia*. En Revista *Investigare*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

¹¹⁶ Art. 2 Convenio 169 OIT.

de discriminación positiva¹¹⁷.

- c) Participación. Consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, respecto de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente¹¹⁸.
- d) Derechos a sus Tierras y o territorios: Para el tema de la presente tesis es importante hacer énfasis en que el Convenio 169 recoge la idea que para los pueblos indígenas el territorio tiene un significado espiritual, sagrado, con una dimensión más amplia que una mera relación económica o productiva.¹¹⁹

La razón de lo anterior reside en que el concepto de tierra para los pueblos indígenas está en directa relación con los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se ha desarrollado su historia, conocimientos, prácticas de sustento económico y manifestaciones de fe en sus divinidades. Estos conceptos se ven reflejados en el Convenio 169 de la OIT, que en diversos artículos incluye una serie de disposiciones que protegen el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas.¹²⁰

Adicionalmente señala el Convenio 169 los requisitos, para identificar las tierras indígenas, proteger sus derechos y solucionar las reivindicaciones de las tierras¹²¹.

Otra idea que parece importante destacar es que cuando el Convenio 169 habla de tierra es inclusivo, de la totalidad del territorio donde los pueblos indígenas han vivido o utilizado para su supervivencia, por lo que este incluye bosques, ríos, montañas, mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo.¹²² Esto significa claramente que en el concepto se incluyen los recursos naturales, que pasan a ser parte integrante de la tierra y el territorio de los pueblos originarios y esto porque el territorio es la base de su economía y de su sustento, el pilar de sus instituciones tradicionales, del bienestar espiritual y la identidad cultural de los pueblos indígenas¹²³.

¹¹⁷ Arts. 2, 4 y 5 Convenio 169 OIT

¹¹⁸ Art. 6 Convenio 169 OIT

¹¹⁹ Convenio 169 OIT 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.”

¹²⁰ Convenio 169 OIT 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 presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

¹²¹ Arts. 13 al 19 Convenio 169 OIT.

¹²² Convenio 169 OIT artículo 13.2: “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.”

¹²³ Véanse: Houtart, Francois, *El concepto de Sumak Kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad*. En *Revista Ecuador Debate*, N° 84, Quito, 2011, págs. 57-76.); Aylwin, Jose, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*. En *Seminario Adjudicating Culture, Politicizing Law: Legal Strategies for Black and Indigenous Land Rights Struggles in the Americas*, University of Texas, Austin, 2003.; Deruyttere, Anne, *Pueblos indígenas globalización y desarrollo con identidad: Algunas reflexiones de estrategia*. En *Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, 2001. En: unich.edu.mx/wp-content/uploads/2014/01/pueblos-indigenas.pdf; Cunningham, Myrna, *La cultura: Pilar del desarrollo para el buen vivir*. En *Cultura y desarrollo*, UNESCO

Por lo tanto, los Estados deberán respetar la importancia especial que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación y deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como tomarse medidas para salvaguardar su derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias¹²⁴.

e) Relocalización involuntaria. Como norma general, los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan¹²⁵. Pero agrega esta disposición que cuando excepcionalmente su traslado y reubicación se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, y si dicho consentimiento no puede obtenerse, dichos traslados se efectuarán al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional.

El Convenio 169 trata de la situación de más de 5 mil pueblos indígenas y tribales. En consecuencia, se trata de 370 millones de personas, poseedores de idiomas, culturas, modos de sustento y sistemas de conocimiento diversos, y que, en general, enfrentan y han enfrentado discriminación y condiciones de explotación, que los ha llevado a estar en situación de marginalización y de pobreza¹²⁶.

El objetivo del Convenio 169 es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular. Por ello los principales derechos que establece el Convenio 169 a favor de los pueblos indígenas y que se constituyen en deberes de los Estados de acuerdo a lo que se expresó en los párrafos anteriores, son los siguientes:

i) Derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan¹²⁷.

ii) Derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo¹²⁸.

iii) Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹²⁹.

Office Havana and Regional Bureau for Culture in Latin America and the Caribbean, 2013, págs. 28-37.; Corbetta, Silvina, *La relación entre el estado y los pueblos indígenas en contextos de conflictos socioambientales: la demanda por la tierra y el territorio, los lenguajes*. En *Revista sustentabilidad (es)*, Vol 6, Nº12, Buenos Aires, 2015. Págs. 110-129.; Gatica, Daniel, *El territorio de los pueblos originarios frente a la lógica del neoliberalismo*. En *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, Vol 1, 2015, págs. 191-197.

¹²⁴ Art. 14 Convenio 169 OIT.

¹²⁵ Art. 16 Convenio 169 OIT.

¹²⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Ver: FAO Disponible en: <http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/> consultada el 9 de agosto de 2018.

¹²⁷ Art. 6 Convenio 169 OIT.

¹²⁸ Art. 7 Convenio 169 OIT.

¹²⁹ Arts. 8 y 9 Convenio 169 OIT.

iv) Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos¹³⁰.

v) Derechos en materia de conservación de sus formas de educación, cultura y lengua¹³¹.

5.2.1.1. La incorporación del Convenio 169 de la OIT en Chile

Una de las preguntas que surge a propósito de su ratificación por el Estado de Chile es ¿ha tenido significado para el Estado de Chile, en su relación con los pueblos originarios, el convenio 169 de la OIT o todo continúa como antes?

Intentaré responder esta pregunta tomando en consideración dos aspectos que me parecen centrales, estos son las implicancias políticas y las implicancias legales que ha tenido el Convenio 169.

5.2.1.2. Las implicancias políticas y las implicancias legales

a) Implicancias políticas

En primer lugar, la aprobación del convenio significó, para la entonces gobernante Concertación de Partidos por la Democracia, cumplir con una promesa electoral y morigerar las críticas de organizaciones internacionales por su manejo del tema indígena¹³².

Respecto a lo primero, se cumplió con una demanda de las organizaciones indígenas, no obstante ello se abrió un nuevo frente respecto a la autoejecutabilidad o no de las normas del convenio 169, ya que la ratificación del Convenio fue acompañada de una declaración interpretativa que no hace otra cosa que limitar la aplicabilidad de los derechos establecidos en él¹³³.

Las particulares condiciones en que se ratificó el Convenio –principalmente el contenido de la citada declaración interpretativa– hacen presagiar que la presión internacional no cederá mientras Chile no avance sustantivamente en la implementación del Convenio y promoción de los derechos indígenas¹³⁴.

¹³⁰ Art. 15 Convenio 169 OIT.

¹³¹ Arts. 26 al 31 Convenio 169 OIT.

¹³² Véanse: Báez, Fernando, *Chile entrada en vigencia del Convenio 169 OIT y el conflicto en la región de la Araucanía*. En Norwegian Latin American Research Network, 2009.; Fuentes, Claudio y de Cea Maite, *Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile*. En revista *Perfiles Latinoamericanos*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Vol. 25, Nº 49, México, 2017. cfr. págs. 5 a 12; Aguas, Javier y Nahuelpan, Héctor, *Los límites del reconocimiento indígena en Chile Neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche*. En *CUHSO Cultura-Hombre-Sociedad*, Vol 29, Nº 1, Temuco, 2019, págs. 108-130; Donoso, Sebastián, *Convenio 169 de la OIT implicancias de una ratificación*. Universidad de Desarrollo. Documento de Trabajo, Nº 8, 2009, cfr págs. 3-10.; Rodrigo, Egaña. *Convenio 169 y su implementación. La propuesta del gobierno Bachelet 2006-2010*. Estado gobierno Gestión Pública, Nº 21, 82013, cfr. págs. 180-188.

¹³³ El texto aprobado por unanimidad por la Comisión del Senado postula que: "El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35, del referido instrumento internacional, en el sentido que este sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes."

¹³⁴ La interpretación chilena, no pretende otra cosa que reformar el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, que establece: Artículo 35. "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los

Desde este punto de vista, si bien es una discusión en desarrollo la autoejecutabilidad o no de las disposiciones del Convenio, la consecuencia más relevante de su aprobación es que otorga una fuerte base jurídica a las demandas históricas de los indígenas que estos formulaban pero que no tenían el respaldo normativo interno que hoy poseen con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio¹³⁵.

Probablemente, el ejemplo más claro de ello es el derecho de los indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, que establece el artículo 15 del Convenio, el que comprende el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos¹³⁶.

b) Implicancias legales

A nuestro modo de ver, las consecuencias legales deben analizarse desde dos perspectivas distintas:

i) la visión del tribunal Constitucional y ii) la visión de los pueblos indígenas que se funda en el principio de la autoejecutabilidad.

i) La visión del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional, en adelante TC, se ha pronunciado 3 veces respecto al Convenio 169. Primero, debido al requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto en contra del Convenio 169 por diputados de la coalición Política de derecha Alianza por Chile en el año 2000; luego en Abril del 2008, en la que se efectuó el control constitucional previsto en la Constitución y, finalmente, ya utilizando el Convenio como parámetro de control de constitucionalidad, el requerimiento de inconstitucionalidad de la Ley de Pesca, en enero de 2013, pronunciamiento al que no nos referiremos.

derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales." Tal como está formulada la "declaración interpretativa" implica un masivo desconocimiento y menoscabo del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo a la interpretación chilena la aplicación del Convenio excluiría a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y otros instrumentos, y todo el derecho internacional consuetudinario.

¹³⁵Véanse: Valdivia, Teresa. *Reconocimiento de derechos indígenas: ¿fase superior de la política indigenista del siglo XX?* En Nueva Antropología, Vol 26, N° 78, México, 2013, págs. 9-41.; Barros, Alonso, *Titularidad y subjetividad de las aguas nativas chilenas en el marco del convenio 169 de la OIT y la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Actas de derechos de Aguas, N° 1, 2011, págs. 197-218.; Faúndes, Juan, *Panorámica sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina y desafíos emergentes para las políticas públicas en Chile*. En *Estado y Pueblo Mapuche una mirada desde el derecho y las políticas públicas*, Universidad Autónoma de Chile, Temuco, 2019.; Chamorro, Marcos; Quinteros, Viviana, *Avances Sobre el Estado de la Implementación en Chile, del Convenio 169 de la O.I.T Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el Periodo 2009 – 2013*, Tesis para optar al Grado de Licenciado en Gobierno y Gestión Pública, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile, 2014.; Quilaqueo, Fernando, *La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile. La paradoja de los Derechos Indígenas*. En *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 18, 2018, págs. 141-151.

¹³⁶ Art.15 N°1 Convenio 169 OIT.

El Tribunal Constitucional, en un fallo del 4 de agosto de 2000, recurrió a la doctrina de la “autoejecutabilidad” de las disposiciones de los tratados internacionales para rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad que había sido presentado por 31 diputados de derecha con el objeto de declarar la inconstitucionalidad del Convenio 169¹³⁷.

Brevemente, la autoejecutabilidad es cuando una cláusula o el tratado internacional normativamente es autosuficiente para ingresar al ordenamiento jurídico y ser aplicada por el operador jurídico nacional, en especial, la judicatura ordinaria. Viceversa, no es autoejecutable cuando no es autosuficiente.¹³⁸ En esa misma línea es que razona el profesor Nogueira e indica que “el principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos está dado por el hecho de que las normas sobre derechos tienen aplicación directa, salvo que sus enunciados normativos llamen a una intervención necesaria del legislador para otorgarles plena vigencia. Este principio busca impedir que se retarde o bloquee la aplicación de ellos mientras se dictan normas reglamentarias o secundarias. Dejar de cumplir los derechos constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión, como asimismo dejar de cumplir los derechos asegurados en tratados constituye violar el tratado y la consiguiente responsabilidad estatal por los actos de sus agentes”¹³⁹.

El fallo del Tribunal Constitucional es muy importante por la declaración que hizo respecto de las normas sobre consulta previa y participación, que tienen el carácter de autoejecutable o de aplicación directa. Tuvo presente para fallar de ese modo el que los tratados de Derechos Humanos ratificados y vigentes no pueden ser excluidos del ordenamiento interno por la vía de una declaración de no-autoejecutabilidad. Ello conforme al artículo 5 inciso 2 de la Constitución que señala que: “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”. Por lo que sería contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no-autoejecutabilidad, por lo que las normas del Convenio se integran en principio al derecho interno. Acertó el TC cuando sostuvo que los artículos 6 y 7 son autoejecutables, dejó en claro que por su precisión, así como por su mandato perentorio, el derecho a participación y el derecho a la consulta constituían normas de aplicación

¹³⁷ Véanse: Yáñez, Manuel, *La jurisprudencia del Tribunal constitucional Chileno sobre Tratados Internacionales: el específico caso e las cláusulas auto ejecutables y no autoejecutables*. En *Revista de Derecho del Estado*, N°37, Santiago, 2016, págs. 229-254.; Schonsteiner, Judith, *El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional Chileno: El mínimo común denominador*. En *Revista de Derecho Valdivia*, Volumen 29, N° 1, 2016, págs. 197-226.; Lamberth, Gorge, *Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales*. En *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado Universidad de Chile N° 7 2015, págs 43-60.; Núñez, Manuel, *Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia*. En *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, año N°2, N°4, 2011, Chile, cfr. págs. 66-69.; Gaete, Lucia, *El Convenio 169 un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 18, N° 2, Talca, 2012, págs.77-124.; Nogueira, Humberto, *Los senadores designados y los derechos políticos de los ciudadanos chilenos ante la Convención Americana de Derechos Humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 5, N°2, Talca, 1999, cfr. págs. 233-238; Nogueira, Humberto, *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, N° 2, Año 2, 1997, págs. 37-40.

¹³⁸ Pfeffer, Emilio. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*. *Revista Ius et Praxis*, Talca año 9 N° 1, 2003. Págs. 467-484.

¹³⁹ Nogueira, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. *Revista Ius et Praxis* vol.9 no.1 Talca 2003.

directa o autoejecutable.¹⁴⁰

Para el Tribunal Constitucional, las cláusulas autoejecutables “son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. Son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.” En cambios las cláusulas 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. Es decir, imponen la obligación al Estado para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”.

Por la importancia que tiene y aún cuando no está referido directamente al tema de la propiedad, que es el tema de esta tesis, no es posible dejar de referirse al ingreso al TC, en marzo de 2008 del oficio N° 7.273 de la Cámara de Diputados para un control de constitucionalidad de los artículos 6.1 letra a), 6.2 y 7.1, oración segunda del Convenio 169.

El Tribunal Constitucional señaló en esta ocasión que las normas sometidas a control regulaban materias reservadas a leyes orgánicas constitucionales¹⁴¹. En esta oportunidad el TC sostuvo que la consulta consagrada en el Convenio “no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que la propia Constitución establece”¹⁴²

Si bien el TC no rechazó su fallo del 2000, el agregado que hace en el 2008 aparece como un retroceso e implica no considerar lo preceptuado en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política.

A propósito del objetivo del artículo 6 de la Convención 169, señala el TC que la consulta previa “no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”¹⁴³ De esa forma deja sin fuerza el precepto y se aparta de las posiciones del derecho internacional sobre una consulta que sea vinculante¹⁴⁴.

A lo dicho el TC agregó que la “forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular

¹⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 309-2000, considerando N° 7.

¹⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 10.

¹⁴² Idem, considerando N° 12.

¹⁴³ Idem, considerando N° 14.

¹⁴⁴ Véanse: Morris, Meghan; Rodríguez, César; Orduz, Natalia; Buritica, Paula, *La consulta previa a pueblos indígenas los estándares del Derecho Internacional*. Documento N°2, Programa de Justicia global y Derechos Humanos, Colombia, 2009, cfr. págs. 41-46.; Patiño, Luis, *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol 7, 2019, cfr. págs. 98-103; Bengoa, José, *Potencialidades y limitaciones del Derecho Internacional sobre (o de) los pueblos indígenas*. En *Revista Antropológicas del Sur*, año 4, N° 7, 2017, págs. 259-269; Wray, Norman, *La Consulta como un derecho político de los pueblos indígenas*. En *Revista Iuris Dicto*, vol. 3, N° 6, Quito, 2002; Tomgelli, Alexandra, *El Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas en Chile. Avances y desafíos*. En *Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, Vol XLIII: 1-2, 2013. Cfr. págs. 115 a 119.

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”¹⁴⁵.

ii) La visión de los pueblos indígenas y la Autoejecutabilidad del Convenio 169

La visión de los pueblos Indígenas es que las normas del Convenio 169 –todas o algunas de ellas– son autoejecutables. Esto significa que la aprobación del mismo incorpora a nuestro sistema jurídico una serie de derechos que pueden ser exigidos por los pueblos indígenas directamente ante un juez.¹⁴⁶

Si el Estado estima que las normas del Convenio 169 no son autoejecutables, le resta al convenio toda fuerza, ya que queda entregada su aplicación a su sola voluntad. De éste dependerá dictar las normas necesarias para su entrada en vigencia e implementación y que se haga efectivamente aplicable como fuente del derecho interno.

No obstante ello, después de su aprobación se ha hecho más fuerte la presión política de los pueblos indígenas para que se dicten nuevas normas o se modifiquen aquéllas que no permitan dar aplicación al Convenio 169.

Por último, aún cuando no existieren apoyos ni consensos suficientes para aprobar esos cambios en nuestra legislación que permitan dar aplicación al Convenio, su mera aprobación (y por tanto su incorporación como norma de derecho interno) constituye suficiente argumento para que sus disposiciones sean invocadas en apoyo de demandas y movilizaciones.

Adicionalmente los Tribunales de Justicia tienen la posibilidad de invocar las normas del Convenio para dirimir contiendas las judiciales, en favor de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT recibirá un fuerte espaldarazo de la comunidad internacional en sus normas, cuando en septiembre de 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

5.2.2. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.-

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, adoptó, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas con el voto favorable de 144 Estados miembros (entre ellos el Estado de Chile), el voto en contra de cuatro Estados miembros (Australia, Canadá, Estados Unidos, y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (Colombia en América Latina).

La Declaración fue adoptada por la ONU después de dos décadas de debate, primero en el seno de su Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, creado en 1982 por el Consejo Económico y Social de esta entidad y por último por el Consejo de Derechos Humanos en el 2006. La discusión y

¹⁴⁵ Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 13.

¹⁴⁶ Véanse: Aylwin, José; Carmona, Cristóbal; Meza-Lopehandía, Matías; (Editor), Silva, Hernando; Yañez, Nancy. *Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile. Art. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno.* Observatorio Ciudadano, 2009, cfr. págs. 81-83.

elaboración de la Declaración contó con la participación activa no sólo de los Estados miembros de la ONU, sino también de los representantes de pueblos indígenas de todo el mundo.¹⁴⁷

La declaración constituye un importantísimo avance en materia de defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas y aborda justamente en ella los derechos relativos a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. En su articulado establece varias normas como son el derecho de estos pueblos 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..."¹⁴⁸.

Reconoce el derecho de los pueblos indígenas "...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma".¹⁴⁹

Reconoce el derecho de propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos. Establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones¹⁵⁰.

Recoge, la declaración, el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido "confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado"¹⁵¹.

Respecto de la Declaración, en América Latina no se han definido aún sus consecuencias, pero hay antecedentes que permiten mirar con esperanza que su adopción, por la Asamblea General de la ONU, está dando lugar a un nuevo escenario jurídico y político más favorable para los pueblos indígenas y sus derecho.

¿Cuáles son esos antecedentes?

El voto en favor de la Declaración de la casi unanimidad de los Estados Latinoamericanos, con la sola excepción de Colombia, da cuenta de la adhesión de los Estados a sus contenidos centrales, no es tan clara aún la voluntad de estos Estados de ceñirse a sus disposiciones y lineamientos tanto en su política interna como internacional. Ya que una cosa es respaldar la adopción de la declaración y de las distintas normas que ella contiene, y otra cosa es el efectivo cumplimiento de esas normas. Hay en este sentido posiciones que son contradictorias, ejemplos de ello son la posición de Estados como Surinam, Ecuador, Paraguay en causas seguidas ante la Corte IDH.¹⁵² Del mismo modo se puede mirar la situación en Chile.

¹⁴⁷ Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga, *Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo inter cultural y sostenible*. Editorial Catarata, 2010, cfr. pág. 1.

¹⁴⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 25.

¹⁴⁹ Ídem, artículo 26.2.

¹⁵⁰ Ídem, artículo 26.3.

¹⁵¹ Ídem, artículo 28.1.

¹⁵² Sentencia Corte IDH (2010): Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Sentencia Corte IDH (2012): Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; Sentencia Corte IDH (2008): Caso pueblo Saramaka vs. Surinam; Sentencia Corte IDH (2001): Caso Awas Tigni vs. Nicaragua; Sentencia Corte IDH (2006): Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Sentencia Corte IDH (2006): Caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Perú, Guatemala y México– fueron los Estados que finalmente propiciaron y negociaron la adopción de la Declaración por la Asamblea General de la ONU.¹⁵³

Sería contrario al Artículo 42 de la Declaración¹⁵⁴, y muy poco coherente, que los Estados latinoamericanos que votaron en favor de su adopción por Naciones Unidas, no tuviesen la voluntad de implementar las políticas públicas necesarias para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, o que adoptasen medidas que resultaran en su violación.

El Senado de Bolivia aprobó el 1 de noviembre de 2007 la Declaración de la ONU como ley¹⁵⁵, convirtiéndose así en el primer país en AL y en el mundo en incorporarla como parte de su ordenamiento jurídico interno.

La Corte Suprema de Belice en el caso de Comunidades Maya que reclamaban derechos sobre sus tierras ancestrales, protegidas por la Constitución de ese país y por el derecho internacional. En su fallo de octubre de 2007, aceptó los reclamos de las comunidades demandantes basándose en las disposiciones de la Declaración de la ONU, considerando que ésta contiene principios generales del Derecho Internacional que obligan al Estado de Belice¹⁵⁶.

El principal factor que puede incidir en la fuerza jurídica vinculante de la Declaración a nivel latinoamericano, es la recepción que su articulado ha encontrado en la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todavía siendo ésta un proyecto de Declaración, en sus decisiones relativas a denuncias por la violación de derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas. En efecto, ambas instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado, en diversas decisiones sobre denuncias por violaciones a derechos de pueblos indígenas al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que las disposiciones contenidas en el entonces proyecto de Declaración de la ONU sobre Derechos de Pueblos Indígenas, así como en el proyecto de Declaración sobre los mismos derechos existente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), al igual que aquéllas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, pueden ser consideradas al analizar casos sobre derechos indígenas.¹⁵⁷

En síntesis la Declaración reafirma en su artículo 25¹⁵⁸ los conceptos que están presentes en el Pacto 169 de la OIT, ya que estipula que los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y

¹⁵³ Disponible en: www.aulaintercultural.org/spip.php?article2581 Fecha de consulta: el 30 de noviembre de 2016.

¹⁵⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, artículo 42: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro permanente para las Cuestiones indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente declaración y velarán por su eficacia”.

¹⁵⁵ Disponible en: www.rebellion.org/noticia.php?id=58516 Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2013.

¹⁵⁶ Sentencia Corte Suprema de Belice (2007). Disponible en: http://www.law.arizona.edu/depts/jplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf consultada el 20 de agosto de 2018.

¹⁵⁷ Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga. Op. Cit. Pág 8.

¹⁵⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art 25: “Los pueblos indígenas tienen derecho 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 y asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

fortalecer una relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares y otros recursos minerales, hídricos y de pesca que tradicionalmente han poseído y utilizado.

5.3. Fuentes del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional Regional.

Los pueblos indígenas de América Latina se encuentran entre los sectores cuyos derechos han sido más sistemáticamente negados y violados. Al mismo tiempo, en los últimos treinta años, a través de innovaciones legales en el ámbito internacional, continental y nacional, se han convertido en sujetos colectivos de derechos¹⁵⁹.

En términos legales han empezado a ser reconocidos no solamente como ciudadanos individuales, sino como colectivos con derechos diferenciados respecto del resto de la ciudadanía. Sus derechos reconocidos a seguir viviendo de una forma distinta de la dominante implican, a la vez, ámbitos de gobierno autónomo y jurisdicción propia.

Estos derechos de autonomía se fundan en el principio de la libre determinación, principio de soberanía que subyace al sistema internacional. La mayoría de los países en América Latina acepta la existencia de sus poblaciones originarias y poco a poco se ha ido incorporando el principio de que deben tener algún grado de autodeterminación interna¹⁶⁰. Chile es la excepción, dentro de los parámetros de los Estados naciones existentes¹⁶¹ (Stavenhagen, 2002). Aunque sigue habiendo mucha controversia sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales de reconocer legalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la tendencia latinoamericana en las décadas de 1990 a 2010 ha sido seguir ordenamientos constitucionales más plurales que reflejen estos derechos y esto se expresa en diversas declaraciones y tratados que dan cuenta de lo recién dicho.

¹⁵⁹ Véanse: González, Jorge. *La validez del derecho Indígena en el Derecho nacional*. En *Revista Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 2002, cfr. 42-49; Carmona, Cristobal. *Tomando los derechos colectivos en serio: El derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas*. En *Revista Ius et Praxis*, vol. 19, N° 2, Talca, 2013, págs. 301-334; Ansuátegui, Francisco (compilador). *Una discusión sobre derechos Colectivos. Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas N° 1*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cfr págs. 7-16 y 67-76; Bernal, Angélica (compiladora). *De la exclusión a la participación. Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*. Ediciones Abya-yala, Quito, 2000, cfr. págs. 57-70; Del toro, Mauricio. *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 10, 2010, págs. 57-70; Carbonell, Miguel, *La constitucionalización de los derechos Indígenas en Americalatina: una aproximación teórica*. En *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Vol 36, N°108, México, 2003, págs. 839-861.

¹⁶⁰ Véanse: Stavenhagen, Rodolfo. *Los derechos de los indígenas. Algunos problemas conceptuales*. Nueva Antropología. Vol XIII N° 43 1992 México págs. 83-99; Díaz-Polanco, Héctor. *Autodeterminación, autonomía y liberalismo*. Serie FLACSO Aportes para el Debate N° 6 1998 En: http://flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1265995904.sa_diazpolanco_art1.pdf; Aguilar, Gonzalo; la Fosse, Sandra; Rojas, Hugo; Steward, Rebeca. *Análisis Comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina*. New York. En: <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/>; Colaco, Thais. *El reconocimiento Constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas*. *Revista Alegatos* Vol 28 N° 87 México 2014, págs. 241-258; Machuca Diana. *El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Límites y alcances de la declaración de las Naciones Unidas 2007*. *Reflexión Política* año 18 n° 35 2016 UNAB Colombia, págs. 166-175.

¹⁶¹ Stavenhagen, Rodolfo. *La Diversidad Cultural en el Desarrollo de las Américas. Los pueblos Indígenas y los Estados Nacionales en Hispanoamérica*. Serie de Estudios Culturales N° 9, Organización de Estados Americanos, 2002, págs. 21-23.

5.3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia en 1948, estableció en su artículo XXIII que : «*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*».¹⁶²

Esta declaración pasó a ser un instrumento jurídicamente obligatorio cuando la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue modificada en 1967 y 1970, y la CIDH la consideró como incorporada a dicho tratado¹⁶³.

Hacia fines de la década de los 80, la CIDH señaló, complementando su posición anterior, que la Declaración Americana establecía reglas universales y regionales que se han convertido en reglas de derecho internacional consuetudinario y que, por lo tanto, obligan en el derecho internacional¹⁶⁴.

La DADDH contiene principios que deben interpretarse “A la luz de la evolución en el campo del Derecho Internacional en materia de derechos humanos desde que la declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho Internacional aplicable a los Estados miembros”¹⁶⁵.

Por lo que el derecho a considerar, para examinar las reivindicaciones de territorios indígenas bajo la DADDH incluirá la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los principios que expresa la declaración americana deben interpretarse y aplicarse considerando los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas¹⁶⁶.

Por su parte el artículo II de la DADDH, señala que : “*Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”.

Luego, si todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción alguna, entonces las personas pertenecientes a pueblos indígenas serán iguales y consecuentemente con ello tendrán los

¹⁶² La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> consultada el 20 de agosto de 2018.

¹⁶³ Resolución 23/81, Caso 2141 (EE.UU.), 6 de marzo de 1981, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1980-1); y Resolución 3/87, Caso 9647 (EE.UU.), 22 de septiembre de 1987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1986-7).

¹⁶⁴ Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1989): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A N° 10 (opinión consultiva OC-10/89).

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana están disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas> consultada el 30 de agosto de 2018.

¹⁶⁵ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos Humanos. opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N°10, párr.37.

¹⁶⁶ CIDH, informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 124 y 131.

mismos derechos y deberes que todas las personas. Esto nos lleva a lo establecido en el Artículo XXIII de la DADDH, ya que si las personas indígenas tiene los mismos derechos, en su condición de iguales tendrán por lo tanto derecho a la propiedad privada.

La pregunta que cabe formularse en relación a los artículos II y XXIII es ¿si los derechos que consagra el artículo II se pueden hacer extensivos a los pueblos y comunidades indígenas.

Al respecto la CIDH ha afirmado que el derecho que contempla el artículo XXIII de la DADDH es que éste “debe ser aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”¹⁶⁷.

Ahora el concepto de propiedad privada en los pueblos indígenas y tratándose de la tierra, adquiere otra connotación, ya que ellos concibe la propiedad sobre la tierra como un derecho comunitario. Y las normas y principios del Derecho Internacional incluyen preceptos básicos como los contenidos en los artículos II y XXIII, que a través de esta interpretación evolutiva, que más adelante analizaremos con detención en el presente capítulo, son aplicables a la protección de las formas tradicionales de propiedad, pero también al derecho a la tierra, los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo a su cultura y cosmovisión.¹⁶⁸

5.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Cuando hablamos de los derechos de propiedad de lo pueblos Indígenas debemos necesariamente hacer referencia en el Pacto de San José de Costa Rica, en adelante la CADH, al artículo N° 21, ya que la interpretación de éste es la que nos llevará a comprender las razones jurídicas que dan fundamento a la propiedad indígena.

En el señalado artículo se establece en el numeral 1 el principio general de que *“toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes...”* y en los numerales 2 y 3 las situaciones de excepción en que dicho derecho puede sufrir restricciones.¹⁶⁹

La mencionada norma de la CADH, hace a lo menos cuatro cosas:

- a) Reconoce la propiedad como un derecho humano¹⁷⁰.
- b) Reconoce el rol social de la propiedad,
- c) Protege el derecho de propiedad contra la expropiación estatal, y

¹⁶⁷ CIDH, informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice, 12 de octubre de 2004 párrafo 115.

¹⁶⁸ CIDH, Informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr.129.

¹⁶⁹ CADH artículo 21: Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

¹⁷⁰ La jurisprudencia relativa a este artículo emanada de la Corte Interamericana, que como recién señalábamos, se ha destacado por dar una interpretación y aplicación a esta norma, donde se reconoce la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas, como parte de una identidad cultural centrada no en el individuo, sino en la comunidad, cuya relación con la tierra y sus recursos es tanto material como espiritual.

d) Reconoce el derecho del Estado a la expropiación, cumpliendo ciertos requisitos.

Señala el comentado artículo 21 lo siguiente:

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

El derecho de propiedad como un derecho humano, fue uno de los más discutidos durante toda la etapa preparatoria de la Convención Americana. Algunas delegaciones intentaron eliminar cualquier referencia a ésta del tratado, pero el derecho de propiedad y su función social fueron finalmente incluidos en el texto definitivo¹⁷¹. Sin embargo, desde entonces el derecho de propiedad ha ocupado un lugar secundario en relación con otros derechos. En un sistema regional de derechos humanos cuya implementación se ha restringido principalmente a Latinoamérica, y que se centró en sus primeras décadas en una larga y difícil lucha contra las dictaduras cívico-militares y su larga lista de violaciones a los derechos a la vida, la libertad, la integridad física y los derechos políticos¹⁷².

A pesar de que ya en 1993 la Comisión Interamericana consideró al artículo 21 como una regla de derecho internacional consuetudinario¹⁷³, la prolongada desconfianza hacia la inversión extranjera existente en América Latina durante la segunda mitad del siglo XIX, y gran parte del siglo XX, ha llevado a que este derecho sea interpretado y aplicado con cierta reticencia por la misma Comisión, así como por la Corte Interamericana¹⁷⁴. No obstante ello a contar del año 2003, ya son numerosas las sentencias en que la Corte IDH que tratan de la propiedad en su concepto clásico e individual.¹⁷⁵

¹⁷¹ En las actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la OEA, celebrada en San José de Costa Rica en 1969. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf> consultada el 4 de septiembre de 2018.

¹⁷² Véanse: Jelin, Elizabeth; Azcarate, Pablo de. *Memoria y Política: Movimientos de Derechos Humanos y Construcción Democrática*. En *América Latina Hoy*, vol. 1, Salamanca, 2009. Disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2070> Consultada en septiembre de 2019; Jensen, Silvana. *Los Exiliados. La lucha por los derechos humanos durante la Dictadura*. Ediciones Sudamericana, Buenos Aires, 2010; Orellana, Patricio; Quay Elizabeth. *El movimiento de Derechos Humanos en Chile: 1973-1990*. Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar CEPLA, Santiago, 1991.

¹⁷³ Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, 1993.

¹⁷⁴ Si se compara la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa al derecho de propiedad, con su equivalente la Corte Europea de Derechos Humanos, respecto del mismo tema, se hace patente la diferencia cuantitativa entre una y otra jurisprudencia.

¹⁷⁵ Respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre propiedad privada individual: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): Caso Daniel Tibi con Ecuador, Serie C No. 114; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003): Caso Cinco Pensionistas con Perú, Serie C No. 98; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Humberto Palamara Iribarne con Chile, Serie C No. 135; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Masacres de Ituango con Colombia, Serie C No. 148; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008): Caso María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga con Ecuador. Serie C No. 179; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008): Caso Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez con Ecuador, Serie C No. 189; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): Caso Alejandro Acevedo Buendía y Otros

Para comprender la posición de la corte IDH sobre el derecho de propiedad, hay que señalar primero que si bien, no abandona el concepto de propiedad en su acepción tradicional, ya que se refiere a ella en el sentido habitual que se le asigna al término en el derecho internacional, esto es el derecho de los individuos a poseer en dominio bienes corporales y derechos, sean éstos reales o personales¹⁷⁶, amplía el concepto, a través de una interpretación jurisprudencial evolutiva, considerando los principios de progresividad, pro homine y universalidad, así ha llegado a concluir que la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales se considera incluida dentro de la protección ofrecida por el artículo 21¹⁷⁷.

En esta lógica, nada explicaría que dicho derecho, sólo se constituya como tal para algunos individuos y pueblos y no para otros, por lo que si bien la CADH no se refiere expresamente en su articulado a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, tanto la Corte IDH, como la CIDH, han interpretado, muy correctamente a nuestro entender, que esos derechos se encuentran amparados por el derecho de propiedad del artículo 21 de la CADH y por el artículo XXIII de la DADDH, lo que encuentra su fundamento en lo que dispone el artículo 29 de la misma CADH.¹⁷⁸

Hay que tener presente que, en una primera etapa, la tesis predominante en los organismos internacionales tenía cercanía con la concepción liberal de interpretación de los derechos que

(Cesantes y Jubilados de la Contraloría) con Perú, Serie C No. 198; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011): Caso Víctor Abrill Alosilla y Otros con Perú. Serie C No. 223; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011): Caso Familia Barrios con Venezuela, Serie C No. 237; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Sebastián Furlan y Familiares con Argentina. Serie C No. 246; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños con El Salvador, Serie C No. 252; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Masacre de Santo Domingo con Colombia. Serie C No. 263; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Caso Carlos y Pablo Mémoli con Argentina. Serie C No. 265; y Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015): Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara con Perú. Serie C No. 299.

¹⁷⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Serie C N° 79, párrafo 144; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Serie C N° 125, párrafo 137; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Serie C N° 146 (sentencia), párrafo 121.

¹⁷⁷ Respecto a los pueblos indígenas: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Serie C N° 79, párrafos 148-149 y 151; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Serie C N° 125, párrafos 135-7; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Serie C N° 146, párrafos 118-121; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Serie C N° 214, párrafos 85-87 y 109-113; y Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Serie C N° 245, párrafos 145-148 y 171.

¹⁷⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 29 : Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

literalmente señala el Pacto de San José, esto es, la convención sólo reconoce derechos a individuos¹⁷⁹. Sin embargo, a partir del 2001 comenzó a tomar fuerza una nueva interpretación, más moderna, que está representada, desde mi punto de vista, por la interpretación de la Corte IDH y de la CIDH, que reconoce derechos en algunas comunidades campesinas y en pueblos indígenas y tribales, por lo que hace aplicables a estas comunidades los derechos que consagra el artículo 21 en referencia¹⁸⁰.

Para llegar a esa conclusión, tanto la Corte IDH, como la CIDH, utilizan las reglas de interpretación de los tratados establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸¹ y el artículo 29 b de la CADH, que prohíbe limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes internas del Estado o de acuerdo a otra convención en que sea parte el Estado.¹⁸²

De modo que esta interpretación del artículo 21, a la luz de los normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ahora la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia internacional sobre el tema, lleva a concluir que la propiedad privada de los particulares, como la propiedad comunitaria de los miembros de las

¹⁷⁹ López Escarcena, Sebastián. *La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 21, Nº 1, 2015, págs. 531 - 576.

¹⁸⁰ Aylwin, José y Tamburini, Leonardo. *Convenio 169 de la OIT Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, IWGIA, Copenhague, 2014, págs 46-51; López-Murcia, Julian; Maldonado-Colmenares, Gabriela. *La interpretación de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia*. En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nº 14, Bogotá, 2009, págs. 71-105; Melo, Mario. *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos Humanos en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En *SUR Revista de Derechos Humanos*, Nº 3, año 2, Sao Pablo, 2005, págs. 31-49; Fuentes, Carlos. *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Yakye Axa*. En *Revista CEJIL*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 1, Nº 2, Ciudad de México, 2006.

¹⁸¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 31. Regla general de interpretación. I. 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. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta; a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

¹⁸² CADH Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la convención¹⁸³.

Así, la CIDH ha señalado que los órganos del sistema interamericano han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por éste no se limitan a aquellos que ya están reconocidos por los Estados o definidos por las legislaciones internas de esos Estados. El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas tiene un significado autónomo, en el derecho internacional de los derechos humanos, y un fundamento autónomo en el contexto del derecho internacional. Por lo mismo, no depende de las interpretaciones particulares realizadas en decisiones judiciales internas, vinculadas a la posible existencia de derechos aborígenes según el sistema jurídico de cada Estado.¹⁸⁴

Sin embargo, sigue la propiedad ocupando un lugar secundario en relación con otros derechos¹⁸⁵, probablemente con excepción de las sentencias de la Corte IDH que desde el año 2001 comienza a construir una jurisprudencia claramente favorable a las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre su propiedad sobre su tierra y territorios. En un sistema regional de derechos humanos cuya implementación se ha restringido principalmente a Latinoamérica, y que se centró en sus primeras décadas en una larga y difícil lucha contra las dictaduras cívico-militares, la protección de la propiedad había sido vista como algo que no era central¹⁸⁶.

La aplicación del artículo 21 de la CADH del modo que llevamos razonando se verá reflejado en distintas sentencias de la Corte IDH.

Expresamente, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, han expresado en su normativa, el reconocimiento del derecho a las tierras y territorios de estos pueblos.

5.3.3. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Fue aprobada por aclamación, después de una discusión de 17 años, durante el 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 15 de junio de 2016 en Santo Domingo, República Dominicana. Sin duda es un importantísimo paso en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América por lo que a continuación se señalará.

Con la aprobación de este instrumento interamericano, la OEA está dando un paso histórico en cuanto al reconocimiento, la promoción, y la protección de los derechos de los más de 50 millones de hombres, mujeres, jóvenes, niños y niñas indígenas en el hemisferio. Si bien el proceso no ha sido fácil, la adopción de este texto es un ejemplo del interés y el compromiso de los Estados miembros de la OEA y los pueblos indígenas en nuestro hemisferio de llegar a un acuerdo consensuado y a

¹⁸³ Sentencia Corte IDH (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 125-126

¹⁸⁴ CIDH, informe N° 40/04, Caso 12.053 Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) 12 de octubre de 2004, párr. 131.

¹⁸⁵ Lo anterior es particularmente notorio si se compara la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa al derecho de propiedad, con la equivalente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁸⁶ Nikken, Pedro. *Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights*. En Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (editores), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, págs. 247.

promover el respeto y garantía de este conjunto fundamental de derechos¹⁸⁷. La Comisión quiere destacar la valiosa participación y contribución continua y sostenida de los representantes de los pueblos indígenas de cada región del hemisferio, así como la apertura de los Estados Miembros de la OEA durante este proceso.¹⁸⁸

La Declaración es una contribución importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados con miras a proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, y debe leerse en conjunto con otros instrumentos internacionales tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y los tratados especializados del sistema interamericano y universal de derechos humanos.¹⁸⁹

Reconoce la Declaración, la organización colectiva y el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios¹⁹⁰; la auto-identificación de las personas que se consideran indígena¹⁹¹; una protección especial a los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial como es el caso de algunos pueblos amazónicos, este es un elemento nuevo en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que distingue la DADPI de otras normas de derecho internacional sobre la materia¹⁹², y que avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas es una prioridad de la OEA.

Son puntos esenciales de esta Declaración:

En primer lugar, la autoidentificación como pueblo indígena es fundamental para determinar a quienes aplica la Declaración.

En segundo lugar, probablemente, en uno de los más importantes principios reconocidos es que los indígenas tienen derecho a la libre determinación¹⁹³.

¹⁸⁷ Véanse: Clavero, Bartolomé. *La Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de a interpretación de una norma contradictoria*. En *Pensamiento Constitucional*, N° 21, Lima, 2016, págs. 11-26; Acosta Navas, Juan. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en clave de Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. En revista *ÁNFORA*, Vol. 26, N° 47, 2019, págs. 37-60; Blanco, Cristina (coordinadora). *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del primer conversatorio en jurisprudencia interamericana*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de democracia y derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung. 2017, cfr. págs. 13-17; Gouritin, Armelle; Aguilar, Adriana. *La adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XVII, 2017, págs. 291-327.

¹⁸⁸ CIDH comunicado prensa N°082/16 del 22 de junio 2016. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp

¹⁸⁹ IDEM numeral 60.

¹⁹⁰ Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas artículo II. Disponible en: www.oas.org/es/sayde/documentos/res-2888-es.pdf

¹⁹¹ Idem, 62. Artículo I.2

¹⁹² DADPI. Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

¹⁹³ DADPI, artículo XXI.1.

En tercer lugar, las mujeres indígenas tienen los mismos derechos que los hombres indígenas, son derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo, esto es, la igualdad de género.¹⁹⁴ Un gran desafío, ya que junto con obligar a los Estados, obliga a las propias comunidades indígenas, donde existe una fuerte tradición de discriminación en contra de la mujer.

En cuarto lugar, las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones y costumbres de pertenencia a cada pueblo.¹⁹⁵

En quinto lugar, los Estados reconocerán plenamente su personalidad jurídica, respetando las formas de organización y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos contenidos en la Declaración.

En sexto lugar, tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural, a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio¹⁹⁶, a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia¹⁹⁷, a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural¹⁹⁸, a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con asuntos internos¹⁹⁹.

Por último, los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y vivir libremente y de acuerdo a sus culturas²⁰⁰. Tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional²⁰¹, a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido²⁰².

6. Reconocimiento y evolución jurisprudencial de estándares en el sistema interamericano.

Veremos a continuación la forma como la más importante magistratura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina, se ha pronunciado sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su tierra y sus territorios, ampliando el concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todo lo expresado hasta ahora encuentra su fundamento en la Interpretación evolutiva, que realiza la Corte IDH, al interpretar las normas de derecho internacional referidas a la propiedad.

Sobre los derechos de las comunidades indígenas, la Corte IDH ha tenido un claro desarrollo del principio de interpretación evolutiva en lo que refiere a dos temas: por un lado, el derecho a la propiedad que ha sido tratado de manera reiterada y, por otro lado, el reconocimiento de la comunidad como víctima, tema sugerido por el juez Vio Grossi en un voto concurrente.

Desde el año 2001 que la Corte IDH viene sistemáticamente fallando a favor de las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre su tierra y sus territorios, en una jurisprudencia que ha mantenido su evolución en favor de los derechos de estos pueblos. Hasta hoy son trece las sentencias dictadas por la Corte IDH, por violación de los Estados de los derechos de propiedad

¹⁹⁴ DADPI, artículo VII.

¹⁹⁵ DADPI, artículo VIII.

¹⁹⁶ DADPI, artículo XI.

¹⁹⁷ DADPI, artículo XII.

¹⁹⁸ DADPI artículo XIII.

¹⁹⁹ DADPI artículo XXI.1.

²⁰⁰ DADPI artículo X.

²⁰¹ DADPI artículo XXVI.

²⁰² DADPI artículo XXV.

comunal que fluyen del artículo 21 de CADH a favor de los pueblos y comunidades indígenas. La última de ellas es del 25 de noviembre de 2015 en el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam.

A continuación, se analizarán los principales estándares desarrollados por la Corte IDH en relación con los derechos colectivos indígenas, en especial, con el derecho a la propiedad ancestral comunitaria indígena a sus tierras, territorios y recursos naturales.

6.1. Formas particulares de vida comunitaria.

Como lo indicara la Corte IDH en el caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua:

“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 de 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”²⁰³.

En la misma sentencia, la Corte señaló que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser especialmente tenido en cuenta, por lo que “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”²⁰⁴.

6.2. Derecho a la identidad cultural.

La Corte IDH integró la relación entre cultura y propiedad indígena y tribal en el caso de la Comunidad Yakye Axa vs Paraguay al señalar que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”²⁰⁵.

Como señala la sentencia, “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”²⁰⁶. La Corte IDH, llega a esta conclusión, entre otras normas del

²⁰³Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Serie C No 79, párrafo 149.

²⁰⁴ Idem, párrafo 151.

²⁰⁵Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Serie C No 125, párrafo 135.

²⁰⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Serie C No 125 párrafo 137.

Derecho Internacional, sobre la base del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁰⁷.

El artículo 21.1 de la Convención dispone que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social. Por lo tanto, es posible establecer ciertas restricciones, siempre que éstas sean legales, ni reglamentarias, ni administrativas, el objetivo de la restricción será satisfacer un interés social. No será suficiente que la ley demuestre cumplir con propósitos útiles ya que se entiende que toda ley se dicta con esa finalidad. La restricción debe interferir de un modo tal que no inhíba el ejercicio del derecho restringido, ya que es una restricción y no una prohibición de ejercicio.²⁰⁸

En casos de contradicción entre la propiedad privada y la comunal de los pueblos indígenas o tribales, los Estados deben tener en cuenta que el desconocimiento del "derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios" podría afectar "otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros"²⁰⁹. La Corte señaló a continuación que:

Adicionalmente la Corte IDH acepta que se pueda restringir la propiedad privada de particulares al señalar que "la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención"²¹⁰.

No obstante el importante principio establecido por la Corte IDH, no siempre que estén en conflicto la propiedad privada y la comunal indígena o tribal, va a prevalecer la propiedad indígena, ya que "razones concretas y justificadas" estas pueden imposibilitar a los Estados a devolver la propiedad ancestral a los pueblos indígenas o tribales respectivos, pero si se diera esa hipótesis "la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas", debiendo además ser consensuada con los pueblos interesados conforme a sus propios procedimientos de consulta y derechos consuetudinarios²¹¹. Acá la Corte IDH no hace una importante definición, ¿qué es razón concreta y justificada?, al dejar abierto el concepto, abre espacio para arbitrariedades que lamentablemente se pueden traducir en nuevos atentados de los Estados al derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

En el caso Comunidad Sawhoyamaxa vs Paraguay, la Corte IDH hace un importantísimo y diremos revolucionario reconocimiento, que, sin duda, debe haber cuestionado a los civilistas. Reconoció expresamente que la noción de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales escapa al concepto clásico del derecho de propiedad, regulado por la legislación civil de los Estados partes de la CADH²¹².

²⁰⁷ Aguilar, Gonzalo. *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Librotecna, Santiago. 2007, págs. 44-69; Alwyn, José (ed.) *Los pueblos indígenas y el derecho*. Lom Ediciones, Santiago, 2014, págs. 337-439.

²⁰⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Serie C No 125 párrafo 145; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007): Caso Pueblo Saramaka. c. Surinam, Serie C No 172, párrafo 127.

²⁰⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Serie C No 125 párrafo 147.

²¹⁰ Ídem, párrafo 148.

²¹¹ Ídem, párrafos 149-150.

²¹² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Serie C No 146, párrafo 120.

Lo central de esta sentencia está en señalar que, un desconocimiento de las formas como específicamente se ejerce el derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas²¹³, pero agregaríamos que pone en el centro el hecho jurídico de que existe una propiedad comunitaria sobre tierra y territorios, referida a pueblos indígenas, que no tiene nada que ver con la comunidad y menos con la copropiedad del derecho civil²¹⁴.

En este sentido, para la Corte IDH, el hecho que la tierra reclamada por los pueblos indígenas o tribales se haya transferido a terceros, no sirve de fundamento para no dar lugar a la solicitud de entrega de tierras, tampoco constituye una razón que justifique forzar a estas comunidades a recibir otras indemnizaciones. Del mismo modo y siguiendo el mismo criterio, la explotación económica de territorios tradicionales por terceros tampoco sirve de fundamento a una negativa de la petición de devolución y o entrega de tierras, ni justificará obligar a estas comunidades a recibir otras o indemnizaciones²¹⁵. Todo lo anterior, como ya se ha señalado, en razón del especial vínculo que tienen los pueblos indígenas y tribales con su tierra y sus territorios, el cual constituye parte esencial de su identidad cultural y supervivencia²¹⁶.

La Corte IDH precisó su jurisprudencia sobre la propiedad de la tierra y territorios de los pueblos indígenas y tribales en el caso Comunidad Sawhoyamaxa vs Paraguay de la siguiente manera:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe. En este punto hay una contradicción en como viene razonando la Corte IDH, ya que un pensamiento coherente a como ha ido evolucionando la jurisprudencia nos debería llevar a la conclusión exactamente contraria esto es que aún habiendo sido transferid las tierras a

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Véanse: Galvis, María y Ramírez, Angela, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Editores Fundación para el Debido Proceso, Washington D.C, 2013, cfr págs. 221 a 245; Del toro, Mauricio. *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 10, 2010, págs. 49-95; Gajardo, Jaime. *Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, N° 5, 2014, cfr. 43-64; Fernández, José; Argüello, Jacqueline. *Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas*. En revista *Pensamiento Constitucional*, Vol. 16, N° 16, 2012; Correas, Oscar. *La propiedad y las comunidades indígenas en México*. En *Revista Pueblos y Fronteras digital*, N° 5, 2008. Disponible en <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx> Consultada en agosto de 2019.

²¹⁵ Ver Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Serie C No 146, párrafos 137-139.

²¹⁶ Forero, Felipe. *Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborígen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. XVI, págs. 188-192.

terceros de buena fe mantienen sin salvedad, el derecho sobre ellas los pueblos indígenas y tribales y son estos terceros de buena fe los que deberán obtener otras tierras de igual extensión y calidad, de este modo adquiere más coherencia lo señalado en el punto cuarto que enseguida se escribe;

4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad²¹⁷;

5) Hay un quinto punto, que surge de lo resuelto en el caso Comunidad Xákmok Kásek vs Paraguay: "el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas"²¹⁸.

Otro tema, que no es parte de esta tesis, pero que, sin embargo, no podemos dejar de mencionar, ya que completa todo lo anteriormente dicho, es la obligación de consulta previa establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, e incorporada a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre propiedad indígena y tribal en el caso del Pueblo Saramaka vs Surinam (2007).

En esa sentencia, el tribunal señaló que todo proyecto de exploración y explotación de los recursos naturales ubicados en tierras indígenas y tribales debe asegurar, al menos, los siguientes estándares. Primero, la participación de la comunidad respectiva, de acuerdo a sus costumbres; Segundo, un beneficio comunitario razonable, proveniente de la explotación de dichos recursos naturales, como una forma de justa indemnización; y, tercero, la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión estatal²¹⁹.

Si bien, en estricto rigor jurídico la consulta previa y el consentimiento libre previo e informado no es lo mismo, la Corte IDH indicó en el caso del Pueblo Saramaka con Surinam, en su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, que el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino que de obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades indígenas y tribales, según sus costumbres²²⁰, asimilando al caso de una consulta sobre planes de desarrollo o de inversión a gran escala, a la necesidad del consentimiento del pueblo o la comunidad indígena, así lo expresa con precisión en los numerales que expresamente señalan la sentencia recién señalada:

"134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis."

"135. 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: [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable

²¹⁷ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, Serie C No 146, párrafo 128.

²¹⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Serie C No 214, párrafo 109.

²¹⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007): Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Serie C N° 172, párrafo 129.

²²⁰ Ídem, párrafos 133-134 y 137.

que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el 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.”

Este criterio fue confirmado por la Corte IDH en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012)²²¹.

En cuanto a las limitaciones a la propiedad, la Corte Interamericana más que establecer limitaciones a la propiedad privada, lo que hace es ampliar el concepto y reconocer que la función social de la propiedad es un elemento fundamental de la propiedad para ello relaciona el artículo 21 de la CADH con el principio de proporcionalidad, señala:

“El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”²²².

No cabe duda que la gran contribución de la jurisprudencia sobre protección de la propiedad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho internacional de los derechos humanos, en esta materia, ha sido el desarrollo de la noción de propiedad comunal, tanto indígena como tribal.

Coherentemente con lo expresado en los párrafos anteriores a continuación analizaremos con más detalle algunas de las más importantes sentencias que han marcado la acción de la Corte IDH en defensa y protección de los pueblos indígenas y que expresan las ideas recién expuestas.

El primer paso fue el reconocimiento de la propiedad ancestral como título jurídico suficiente para obtener el reconocimiento estatal y su correspondiente registro.

Luego, se reconocieron derechos de los pueblos indígenas respecto de tierras y territorios de las cuales actualmente no estaban en posesión, por haberlas perdido por el uso de la fuerza del Estado.

Inmediatamente después la Corte IDH, reconoce a los pueblos indígenas derechos de propiedad sobre tierras y territorios que están en manos de terceros de buena fe.

6.3. El título indígena, la delimitación y demarcación del territorio indígena.

Los hechos del caso son los siguientes: la Comunidad indígena Awas Tingni, está conformada por más de 600 personas. En marzo de 1992, con ocasión de un proyecto de extracción forestal, la Comunidad Awas Tingni celebró un contrato con la empresa MADENSA con la finalidad de

²²¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párrafos 157, 159-168, 179-182, 185-187, 201-202, 204-206, 208 y 212-217.

²²² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafos 144-145; y Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrafo 212.

determinar el manejo integral del bosque, reconociéndose así ciertos derechos de participación sobre el territorio ocupado por la Comunidad en virtud a su “posesión histórica”. Dos años después, la Comunidad, MADENSA y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua (MARENA) celebraron un convenio mediante el cual el Ministerio se comprometió a facilitar la definición de las tierras comunales de la Comunidad.

En marzo de 1996 el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa SOLCARSA²²³, adicionalmente es necesario señalar que el Estado Nicaraguense previo a conceder la concesión no consultó a la comunidad y menos contó con su consentimiento.

La Comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones fueron atendidas. Asimismo presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco produjeron resultados positivos²²⁴.

El Estado de Nicaragua se amparó en el argumento jurídico que se ha usado para ahogar las demandas de los pueblos indígenas, este es que no existiendo título de dominio que pueda exhibirse, la tierra es estatal.

La Corte el 31 de agosto de 2001 pone fin, en términos jurídicos a la controversia existente en torno a los derechos de la comunidad, concluye que el Estado Nicaragua violó el derecho de propiedad de la comunidad como consecuencia del otorgamiento de la concesión de explotación forestal como de la falta adecuada a la demanda de titulación de parte de la comunidad Awas Tingni.

A partir de la sentencia en caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, la Corte IDH realizó una interpretación nueva del derecho de propiedad, pasando de una concepción de ese derecho exclusivamente individual, a una concepción del derecho de propiedad como un derecho colectivo, todo esto sobre la base de lo que son las formas culturales indígenas.

Para llegar a esta conclusión lo que hace es concordar los artículos 1²²⁵ y 2²²⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos que en resumen señalan el deber de los Estados de hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención; con el artículo 21 de la misma que establece el derecho de propiedad.

La Corte realizó una lectura dinámica del artículo 21 de la Convención, señaló que a la luz de la interpretación evolutiva, debe entenderse en el sentido de que incluya el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas, pues dentro de estas agrupaciones existe un tipo de propiedad

²²³ Sol del Caribe S.A. empresa maderera.

²²⁴ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es consultada el 11 de marzo de 2018.

²²⁵ CADH artículo 1.1. “Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²²⁶ CADH artículo 2. “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

centrado en el grupo y no en el individuo, forjándose así una relación estrecha entre la tierra y los indígenas. Esta relación que debe protegerse como base de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. De esta forma, según la visión de la Corte IDH, la propiedad de estas comunidades no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino que se trata de un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.²²⁷

En esta sentencia, la Corte IDH literalmente indicó: "...respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. 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 de 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."²²⁸

Agrega 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 tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro"²²⁹.

Entonces, el fundamento de su derecho de propiedad está en el hecho de que los pueblos han poseído y usado tradicionalmente la tierra. El derecho consuetudinario es el fundamento del derecho indígena a la tierra y no el Derecho del Estado²³⁰. Por lo tanto la titulación es un acto de mero reconocimiento de derechos preexistentes, no otorga los derechos, estos ya existen y sólo son reconocidos por el Estado²³¹. Según los órganos del Sistema Interamericano, la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta "no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos"²³². El derecho a la propiedad comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros²³³ y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados²³⁴. Según ha explicado la Comisión,

²²⁷ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párrafo 148.

²²⁸ Ídem, párrafo. 149.

²²⁹ Ídem, párrafo. 151.

²³⁰ Rivera, F. y Rinaldi, K., Pueblo Saramaka vs. Surinam: *El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo*, 4 Revista CEJIL 80 (2008).

²³¹ Véanse: Ruiz-Chiriboga, Oswaldo; Román, Gina. *Pueblos Indígenas y La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Fondo y Reparaciones*. Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Comentario. Ed. Christian Steiner & Patricia Uribe, KAS, La Paz, Bolivia, 2014, págs. 43-51.

²³² CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, op. cit., párr. 231.

²³³ Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka vs Surinam párrafo 96.

²³⁴ Castrillón Orrego, J.D., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", en Becerra Ramírez, M. (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México, 2007, págs. 143-204.

los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente.²³⁵

El caso *Awas Tingni* sienta un importantísimo precedente que establece un vínculo entre todos los Estados partes de la Convención Americana. La Corte IDH al resolver el caso, aplicó lo que denominó un método de interpretación evolutivo,²³⁶ que analizamos in extenso en este capítulo, que lo que hace es tomar en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad, en relación con los pueblos indígenas y la tierra, reconociendo, en el caso, el derecho de propiedad comunal de esta comunidad indígena sobre tierras ancestrales reclamadas. Por otra parte la CIDH ha señalado en múltiples informes que respecto de la declaración americana de derechos humanos, ésta contiene normas que deben ser interpretadas a la luz de la evolución que ha tenido el derecho internacional en materia de derechos humanos.²³⁷

Además, esta modelo de interpretación evolutiva, implica concordar el artículo 21 con el artículo 1.1²³⁸ ambos de la CADH y el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, para reconocer el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en virtud del hecho que éstos han estado en posesión de su tierra y ese es el título jurídico que basta para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento del Estado de su propiedad y el correspondiente registro; consecuencia de ello los pueblos indígenas serán dueños de sus tierras aunque hayan sido privados de la posesión de las mismas por actos de violencia en su contra. Surgirá para estos pueblos el derecho de reivindicar sus tierras tradicionales.²³⁹

²³⁵ CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito Toledo (Belice) párrafo 115.

²³⁶ Ídem, párr. 148.

²³⁷ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 96. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 86. Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37. Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. CIDH, Informe No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villarreal* (Estados Unidos). La CIDH ha explicado en esta línea que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagra las obligaciones existentes y en evolución de los Estados Miembros bajo la Carta de la OEA, no se ha de interpretar o aplicar con el contenido del derecho internacional que existía al momento de su adopción, sino a la luz de los desarrollos continuos en los derechos protegidos en tal instrumento bajo el corpus del derecho internacional de los derechos humanos en su estado actual. Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37. También ha sostenido la CIDH que en los casos en los cuales se presentó en el pasado una violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas o sus miembros por parte de las autoridades estatales, pero tal violación tiene efectos continuos hasta el presente, el Estado está obligado en la actualidad a resolver la situación a la luz de sus obligaciones contemporáneas bajo el derecho internacional de los derechos humanos, y no a la luz de las obligaciones que eran aplicables al momento en el que tuvo lugar la violación. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 167.

²³⁸ CADH Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²³⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Sawhoyamaya*, párrs. 127 y 128.

El Estado de Nicaragua es declarado responsable de la violación del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 21 de la CADH, en perjuicio de la comunidad Awas Tingni²⁴⁰ imponiéndosele, concordante con lo que señala el artículo 63 de la CIDH, una medida de reparación el deber de “delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la comunidad Awas Tingni”. Sin embargo la CIDH fue aún más allá e impuso el deber a Nicaragua de “adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, los usos y costumbres de éstas...”²⁴¹.

En esta misma línea se pronuncia la Corte IDH, en el caso que a continuación analizaremos, con el agregado que el pueblo tribal, no se encontraba en posesión de la tierra ya que había sido despojado de ella por la acción armada del ejército y ese es justamente la novedad de la resolución a la que arriba la Corte IDH.

6.4. Relación omnicomprendiva con sus tierras tradicionales.

Los hechos del presente caso se refieren a la comunidad N'djuka está conformada por personas originarias del África que habitan en la zona oriental de Suriname desde el siglo XVII. Esta comunidad tiene su propio idioma e historia, así como tradiciones culturales y religiosas que la distinguen de otras comunidades indígenas que habitan en el mismo territorio.

La aldea de Moiwana fue fundada por clanes N'djuka a fines del siglo XIX. En 1986, el régimen militar de Desire Bouterse se enfrentó al grupo armado opositor conocido como el Jungle Commando. Cientos de indígenas fallecieron producto de las hostilidades entre ambos grupos.

El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. Agentes militares y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la comunidad y forzó a los sobrevivientes a huir. Desde su huida de la aldea de Moiwana, los pobladores han sufrido condiciones de pobreza y no han podido practicar sus medios tradicionales de subsistencia.

La aldea de Moiwana y sus tierras tradicionales circundantes quedaron abandonadas desde el ataque de 1986. A los miembros de la comunidad les ha sido imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos.²⁴²

El 27 de junio de 1997 la organización de derechos humanos Moiwana '86 presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana por estos hechos.²⁴³

²⁴⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Párrafo 155 y 173, punto resolutivo número 2.

²⁴¹ Ídem. Párrafo 173 punto resolutivo 3.

²⁴² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso comunidad Moiwana vs. Suriname, párr 3.

²⁴³ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso comunidad Moiwana vs. Suriname, párr 5.

La sentencia en relación al Derecho a la propiedad y la obligación de respetar derechos señala:

“Suriname no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permitan a los miembros de la comunidad vivir nuevamente en su territorio ancestral en forma segura y pacífica; en consecuencia, la aldea de Moiwana ha estado abandonada desde el ataque de 1986”²⁴⁴.

La Corte IDH considera, si naturalmente, la aldea de Moiwana pertenece a los miembros de la comunidad, tomando en cuenta para ello el concepto amplio de propiedad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal.²⁴⁵

La Corte IDH, coherentemente con lo que ha sostenido, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.²⁴⁶

En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N’djuka, poseen una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas²⁴⁷.

Por todo lo expuesto, la Corte IDH concluye que Suriname violó el derecho de los miembros de la comunidad al uso y goce comunal de su propiedad tradicional. Consecuentemente, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.²⁴⁸

La Corte IDH dictamina que: “El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.”

El Estado violó el derecho de circulación y de residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.

El Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.

²⁴⁴ Idem, párr 128.

²⁴⁵ Idem, párr 129.

²⁴⁶ Idem, párr 131.

²⁴⁷ Idem, párr 133.

²⁴⁸ Idem, párr 135.

El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.”²⁴⁹

Siguiendo la línea de lo que hemos desarrollado hasta ahora y como un ejemplo de que la interpretación evolutiva de la Corte IDH, no cesa en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en el tercer caso que a continuación se propone para su análisis, nos lleva a una resolución de la Corte IDH, a favor del pueblo indígena Yakie Axa, ya no sólo sobre el Estado sino que sobre particulares que se asentaban en territorio de la comunidad indígena y que había sido despojada de ellos.

6.5. Sentido de pertenencia colectivo a la tierra.²⁵⁰

Yakye Axa es una comunidad indígena que ocupa ancestralmente el territorio de El Chaco paraguayo y está conformada por 319 personas. A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco fueron vendidas a través de la bolsa de valores de Londres. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias.

En 1979 la iglesia anglicana inició un proyecto de desarrollo integral para las comunidades indígenas y compraron extensiones de terrenos entre ella una estancia denominada “El Estribo”. Tal iglesia promovió a los miembros de la Comunidad Yakye Axa se trasladaran a El Estribo lo cual efectivamente se hizo en el año 1986 lo cual no trajo consigo la mejoría en las condiciones de vida de los miembros de la Comunidad. En el año 1993 los miembros de la Comunidad Yakye Axa decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideraban como su hábitat tradicional. Los mencionados trámites demostraron ser tediosos y no ajustarse a la cultura de la comunidad de tal manera que fueron ineficaces para lograr la protección de la tierra de la comunidad, razón por la cual la comunidad decidió llevar el caso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde el año 1996 parte de la Comunidad Yakye Axa está asentada al costado de una carretera. En este lugar se encuentran asentadas un número que oscila entre 28 a 57 familia. El grupo restante de miembros de la Comunidad Yakye Axa permanecen en algunas aldeas de la zona²⁵¹.

Con estos antecedentes pasaremos a revisar algunos puntos trascendentales de la sentencia del caso en cuestión, señalando desde ya que la Corte IDH termina declarando la violación del artículo 21 de la CADH en relación con el artículo 1.1 de la misma convención, por parte del Estado de Paraguay.

Al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, la Corte IDH considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio N° 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema

²⁴⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso comunidad Moiwana vs. Suriname puntos resolutivos XVI 1 al 4.

²⁵⁰ Espinosa, Adolfo. *La propiedad comunal indígena. Tratamiento internacional y teórico desde R. Dworkin y R. Alexy*. Tesis doctoral Universidad Carlos III Madrid 2013. cfr. 268 a 278.

²⁵¹ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/yakyeaxa.pdf> consultada el 21 de marzo de 2018.

interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁵².

Haciendo uso de los criterios señalados, la Corte IDH ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras²⁵³.

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural²⁵⁴.

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios 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. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”²⁵⁵.

Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos²⁵⁶, a saber:

a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática²⁵⁷.

Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro²⁵⁸. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural²⁵⁹.

²⁵² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Yakie Axa vs. Paraguay párr. 127

²⁵³ Idem, párr 131

²⁵⁴ Idem, párr 135.

²⁵⁵ Idem, párr. 137.

²⁵⁶ Courtis, Christian. *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 Año 6 • Número 10 • São Paulo • Junio de 2009 cfr págs 61 a 64.

²⁵⁷ *Ibidem*, párr. 144.

²⁵⁸ Gaona, Georgina. *El derecho a la tierra y protección del medioambiente por los pueblos indígenas*. Nueva antropología Vol. 26 N° 78 México ene./jun. 2013 pags 141-161.

²⁵⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Yakie Axa vs. Paraguay, párr. 146.

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros²⁶⁰.

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención²⁶¹.

Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas²⁶².

La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario²⁶³.

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas²⁶⁴.

Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento jurídico, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, en los términos señalados en el párrafo anterior²⁶⁵.

En el año 2005, la Corte IDH conoció del caso de la Comunidad Yakye Axa en contra del Estado de Paraguay. En esta sentencia, el Tribunal señaló que el derecho a la propiedad comunal, protegido por el artículo 21, incluye los recursos tradicionales ligados a la cultura de la comunidad y los elementos incorpóreos que de ellos se desprenden; interpretación dinámica para la cual se acudió al Convenio 169 de la OIT, siguiendo las reglas de interpretación de la Convención de Viena, según

²⁶⁰ Idem, párr. 147.

²⁶¹ Idem, párr. 148.

²⁶² Idem, párr. 149.

²⁶³ Idem, párr. 151.

²⁶⁴ Idem, párr. 154.

²⁶⁵ Idem, párr. 155.

las cuales un tratado debe analizarse dentro del sistema al cual se inscribe²⁶⁶.

Además de reiterar lo dicho en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte estableció una nueva idea que es que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Así la Corte IDH ha ido avanzando en sus jurisprudencia ya que en junto al derecho a la propiedad comunal, incluye ahora los recursos tradicionales y los elementos incorporales, y establece que su desconocimiento viola un derecho denominado "identidad cultural"²⁶⁷.

La existencia de este derecho a la identidad cultural fue fundamentada por el juez Alirio Abreu Burelli, en su voto parcialmente disidente, donde expresa que esta garantía se desprende de la interpretación evolutiva de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 de la CADH.²⁶⁸

Por todo lo expuesto, como ya se anunció, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado²⁶⁹.

6.6. Derecho a la vida y disfrute de derechos por los indígenas.

Para completar el análisis sobre el desarrollo que en el nivel jurisprudencial ha tenido el principio de interpretación evolutiva, abordaré brevemente el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek con Paraguay, en que la sentencia de la Corte IDH vincula los derechos de las comunidades indígenas y el derecho a la vida.

En este caso, los hechos son los siguientes: La comunidad indígena Xákmok Kásek, de la región del Chaco paraguayo, está conformada por 66 familias. A finales del siglo XIX, el Estado

²⁶⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Yakie Axa vs. Paraguay, párr121.

²⁶⁷ Véanse: Aguilar, Gonzalo. *La aspiración indígena a la propia identidad*. En *Revista Universum*, Vol 21, Nº 1, 2006, págs.106-119; Ruiz, Osvaldo. *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el sistema interamericano*. En *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, vol. 40, Nº 118, 2007, págs. 193-239; Odello, Marco. *Derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas de América: Canadá y México*. UNED, Madrid, 2012; Stavenhagen, Rodolfo. *Derechos Indígenas y derechos culturales de los pueblos indígenas*. En *Lo propio y lo ajeno. Interculturalidad y sociedad multicultural*. Coordinadoras: Klesing, Ursula y Knoop, Astrid, Plaza y Valdes Editores, México, 1996, cfr. págs. 71-96.

²⁶⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa V. Paraguay, voto parcialmente disidente y concurrente respecto de la identidad cultural del Juez Alirio Abreu, párrafo 24. "24. En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnera uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural."

²⁶⁹ Sentencia. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay de 17 de junio de 2005 : "2. el Estado violó el derecho a la Propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en los términos de los párrafos 123 a 156 de la presente Sentencia."

vendió dos tercios del Chaco, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas.

Tal fue la situación de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, que tradicionalmente se encontraban en la zona donde posteriormente se fundó la Estancia Salazar, en cuyo casco se fueron juntando los miembros de la Comunidad. La vida de los miembros de la Comunidad al interior de esta Estancia; se vio condicionada por restricciones al uso del territorio, derivadas de la propiedad privada sobre las tierras que ocupaban. En los últimos años los miembros de la Comunidad se vieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales. Ante tal situación, el 25 de febrero de 2008 los miembros de la Comunidad se trasladaron y se asentaron en 1.500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité, tierras que aún no han sido tituladas a favor de la Comunidad Xákmok Kásek.

En 1990 los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo con el fin de recuperar parte de sus tierras tradicionales. En 1999, ante el fracaso de la vía administrativa luego de distintos intentos de negociación, los líderes de la Comunidad acudieron, sin éxito, al Congreso de la República para solicitar la expropiación de las tierras en reivindicación. Posteriormente, a finales del 2002, parte del territorio en reivindicación fue adquirido por una Cooperativa Menonita. En 2008 la Presidencia de la República declaró, 12.450 hectáreas de la Estancia Salazar como un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial.²⁷⁰

Nuevamente la Corte IDH, lee en este caso, el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4 y 4.1 de la CADH a través del principio de interpretación evolutiva²⁷¹.

La mayoría del tribunal coincide en una interpretación que incorpora factores como el derecho a la alimentación, salud, educación como elementos centrales del derecho a la vida²⁷² y a través del interesante voto concurrente y disidente del juez Fogel Pedrozo, que por su importancia me permito citar en la parte pertinente literalmente:

“21. El derecho a la vida está consagrado en diversos instrumentos, y conforme a ellos la existencia de pobreza extrema, con tendencia creciente en el país, significa negación de los derechos económicos, sociales y culturales, comprendiendo los derechos a una alimentación adecuada, a la salud, a la alimentación y al trabajo. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

²⁷⁰ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=336 consultada el 27 de marzo de 2018.

²⁷¹ La Interpretación evolutiva se ve expresada además en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos: *Awas Tingni vs Nicaragua*, 2001; *Moiwana vs Surinam*, 2005; *Yakye Axa vs Paraguay*, 2005; *Sarayaku vs Nicaragua*, 2005; *Xákmok Kásek vs Paraguay*; *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, 2006; *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, 2010; *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*; y en las opiniones consultivas: Opinión Consultiva OC-4/84. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Opinión Consultiva OC-18/03 de 2003; Opinión Consultiva OC-18/03; Opinión Consultiva OC-18/03; y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989; Opinión Consultiva OC-16/99; Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; Opinión Consultiva OC-16/99.

²⁷² Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrafos. 195, 196, 202, 205, 206, 207, 208, 211, 212, 213, 214, 215, 216 y 217.

reconoció que la pobreza extrema atenta contra el derecho fundamental a la vida y determinó los derechos humanos que son esenciales para la protección del derecho a la vida (alimentación, agua potable, salud). Por su parte la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, consideró que la pobreza extrema constituye un atentado contra la dignidad humana, como ya se ha señalado en sentencias anteriores. En el caso de las comunidades indígenas, en especial las afectadas por la pobreza crítica esa situación implica la denegación sistemática de la posibilidad de gozar de los derechos inherentes al ser humano. La Comunidad Xákmok Kásek ciertamente está afectada por la extrema pobreza, conforme se desprende de los testimonios brindados por testigos y peritos.

22. Las intervenciones planteadas desde el Estado deben prevenir, mitigar y superar los riesgos, tales como desnutrición, prevalencia de anemia, morbilidad y mortalidad, creando las condiciones mínimas en materia de asistencia en salud, nutrición adecuada, educación, formación para el trabajo, y generación de ingresos. En el caso del Estado paraguayo si bien los encara a toda la población más vulnerable, no lo hace de mejor manera por estrechez de recursos.

23. El deber del Estado de tomar medidas positivas para proteger el derecho a la vida, aún cuando comprenda prestaciones que ponga a disposición de poblaciones vulnerables afectadas por la extrema pobreza, no puede limitarse a ellas, ya que la referida asistencia al no atacar los factores productores de pobreza en general, y de pobreza extrema en especial, no pueden crear las mencionadas condiciones para una vida digna.

24. A mi juicio, en la interpretación evolutiva del derecho a la vida consagrada por la Convención Americana, debe tomarse en cuenta la situación socio económica del Paraguay y de la mayoría de los países latinoamericanos, caracterizada por el crecimiento de la pobreza extrema, en términos absolutos y relativos, a pesar de la implementación de políticas de protección social. En la interpretación del derecho a la vida no se trata solo de observar el cumplimiento, por parte del Estado, de prestaciones propias de protección social, que garanticen temporalmente condiciones de vida mínimas, sin atender a las causas que subyacen a la producción de pobreza, que reproducen sus condiciones y producen nuevos pobres, tal como se discute en el marco de las Naciones Unidas. Esto plantea la necesidad de vincular las medidas de erradicación de la pobreza del conjunto de fenómenos que la originan, teniendo en cuenta la incidencia de las decisiones que se toman a nivel de Estados, de órganos multinacionales y multilaterales; en la reproducción de las condiciones de pobreza existen responsabilidades de actores e instituciones internacionales y nacionales comprometidas.²⁷³

A través de este voto sugiere una interpretación evolutiva del derecho a la vida según la cual el Estado tiene la obligación de adoptar medidas, no sólo para garantizar las prestaciones propias de la protección social que permitan unas condiciones mínimas de vida, sino para erradicar las causas que generan la pobreza y que impiden dichas condiciones mínimas del mismo modo, debe atender a las causas productoras de la pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas²⁷⁴.

²⁷³ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay, voto concurrente y disidente Fogel Pedrozo, párrafos 21 al 24.

²⁷⁴ Véase: Plant, Roger. *Pobreza y desarrollo indígena: algunas reflexiones*. En *Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario*, BID, Washington DC, 1999, cfr. págs. 13-18; Hopenhayn, Martín. *La pobreza en conceptos, realidades y políticas: una perspectiva regional con énfasis en minorías étnicas*, División de desarrollo social, Cepal. Disponible En: http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/21590/1/16_la_pobreza_en_conceptos_realidades_y_politicas.pdf Consultada en septiembre de 2019; *Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI*. Práctica Global Social, Urbana, Rural y de Resiliencia América Latina y el Caribe, Perú, 2015 cfr. 53-73.

Esta interpretación, en la cual se incluyó dentro del artículo 21, la propiedad comunal, considerando dentro de ella la estrecha vinculación de los miembros de la comunidad con sus tierras tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentren, así como los elementos incorporales que de ellos se desprenden, fue reiterada por la Corte en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya en contra de Paraguay, en el año 2006.²⁷⁵

En el año 2010, y siempre en la línea de ir ampliado el reconocimiento de la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras de que han estado en posesión y esta vez sin hacer directa alusión en su fallo a la interpretación evolutiva, la Corte IDH condenó al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la propiedad en el caso de la Comunidad Xákmok Kasek.

Es en esta sentencia que el juez Vio Grossi sugiere en su voto concurrente que, interpretando progresivamente el derecho internacional de los derechos humanos, el término persona debería abarcar no solo a los miembros de los pueblos indígenas sino también a los pueblos como tal. Señala al respecto:

“25. Se podría, entonces, sostener que los transcritos textos internacionales, unos fuentes autónomas del Derecho Internacional, como los tratados, y otros fuentes auxiliares del mismo, como las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales, hacen referencias a los derechos humanos de los pueblos indígenas y aún de sus miembros en tanto se trata de derechos específicos sea de esas colectividades sea de sus integrantes y , en consecuencia, distintos o diferentes a los vigentes para todo ser humano, dado que si no fuese así, no tendría sentido o no se justificaría dicha proclamación especial o peculiar a través de alguno de los instrumentos jurídicos señalados, los que precisamente procuran tener efectos jurídicos, vale decir, establecer o determinar las obligaciones jurídicas internacionales que se derivan de los derechos así proclamados.

26. Todo lo anterior, permitiría, por lo tanto, arribar a una comprensión más amplia de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, en orden a que la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozcan al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual.

27. En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término “persona” contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia.”²⁷⁶

6.7. Consulta y consentimiento libre, previo e informado.

²⁷⁵ Sentencia Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaya en contra de Paraguay, 2006.

²⁷⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay, voto concurrente Eduardo Vio Grossi, párrafos 25 al 27.

Finalmente, en el año 2012, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku con Ecuador, cuyos hechos suceden en la región de la provincia de Pastaza, donde habita dicho pueblo el cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A., en adelante CGC, y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.

En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta²⁷⁷.

La Corte IDH, al resolver el caso, junto con volver a reiterar lo expresado en las sentencias anteriores; agregó un nuevo e interesante elemento, esto es, señalar la obligación de los Estados de consultar a los Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte los derechos que les han sido reconocidos en la normatividad interna e internacional, existiendo el deber de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses; deber este, que tiene una relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.²⁷⁸ Para desarrollar esta obligación estatal, pese a que ya había sido mencionado por la Corte en el Caso del Pueblo de Saramaka contra Surinam, nuevamente sin hacer mención a la interpretación evolutiva, pero recogiendo las ideas que esta interpretación representa, la Corte IDH tomó las normas del

²⁷⁷ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es consultada el 1 de abril de 2018.

²⁷⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Caso Comunidad Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, párrafos: 300 y 301.

Convenio 169 de la OIT que resultaban relevantes si se considera que la CADH es un tratado vivo cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.²⁷⁹

En esta última decisión, la declaración de responsabilidad del Estado respecto a la violación del derecho a la propiedad, que fue fundamentada en el hecho de no haberse realizado la consulta previa, cobijó al Pueblo Kichwa Sarayaku a través de un enfoque colectivo; de manera cercana a lo sugerido por el juez Vio Grossi en el caso de la Comunidad Xákmok Kasek.

Dado lo razonado hasta ahora y lo resuelto por la jurisprudencia, es que en el artículo 21 de la CADH hay que considerar que las comunidades indígenas y tribales tienen derecho a la propiedad colectiva, incluidos los recursos naturales tradicionales y los elementos incorporeales que se desprenden de ellas.

Para la limitación de este derecho, cuando se refiere a pueblos indígenas, además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo en comento, deberá hacerse a través de una consulta previa, su transgresión vulnerará el derecho a la identidad cultural de estos pueblos; pero ese es otro gran tema que no es parte de esta investigación.

Anticipando una primera conclusión, el gran fundamento del reconocimiento de la propiedad ancestral se encuentra, junto con en el derecho internacional de los derechos humanos, en la jurisprudencia la Corte interamericana de derechos humanos y naturalmente en la larga y sostenida Lucha de los pueblos originarios por el reconocimiento de sus derechos sobre su tierra y territorios.

Después de hacer el presente capítulo el análisis, que nos ha permitido comprender la interpretación jurídica en el derecho internacional y la interpretación en el ámbito de los derechos humanos. Sobre la base de la interpretación jurídica evolutiva llegamos al reconocimiento de la propiedad ancestral.

Del mismo modo hemos analizado cuáles son los tratados y las declaraciones internacionales que dan fundamento al título indígena y la forma como se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte IDH, en conflictos de pueblos indígenas con Estados, en la reclamación de sus derechos sobre la tierra y sus territorios.

En el próximo capítulo hablaremos de la multiculturalidad, del derecho propio de los pueblos indígenas y del pluralismo jurídico, para terminar con una breve revisión de los ordenamientos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia. Todo lo anterior para dar mayor fundamento al derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

²⁷⁹ Ídem, párrafo: 299.

CAPÍTULO II

Multiculturalidad, pluralismo y derecho propio de los pueblos indígenas para contextualizar el régimen de propiedad indígena.

Detrás de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas está la búsqueda por el necesario reconocimiento por parte de los Estados de que éstos son multiculturales y con ello existen expresiones de pluralidad jurídica, es decir, no hay un solo derecho, el impuesto por el Estado, sino que conviven diversas formas de derecho, cuya mayor expresión, muy probablemente, esté en la existencia en los pueblos originarios de un derecho propio. Es por esta razón que para comprender el fenómeno de las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre su tierra y territorios, lo que hemos llamado propiedad indígena, es ineludible abordar el tema del multiculturalismo.

Este capítulo lo he dividido en seis partes, en la primera lo que haremos será analizar, el concepto de multiculturalismo, para luego referirnos a lo que es el derecho propio de los pueblos indígenas y al pluralismo jurídico todo para contextualizar el régimen de propiedad indígena o comunitario; analizaremos la brecha de implementación para finalizar con una mirada al derecho constitucional latinoamericano sobre el tema.

1. Multiculturalidad, pluriculturalidad y o interculturalidad.

Parece necesario antes de referirnos específicamente a la multiculturalidad, comenzar aclarando este concepto en relación a lo que es la interculturalidad y pluriculturalidad dar sus conceptos, definiendo sus diferencias y como se relacionan unos con otro, ya que como términos, muchas veces son usados como sinónimos.

La diferencia entre multiculturalidad, pluriculturalidad e interculturalidad.

La multiculturalidad es un término principalmente descriptivo, se refieren a la diversidad cultural; sin embargo, apuntan a distintas maneras de conceptualizar esa diversidad y a desarrollar prácticas relacionadas con la diversidad en la sociedad y sus instituciones sociales. Típicamente se refiere a la multiplicidad de culturas que existen dentro de un determinado espacio, sea local, regional, nacional o internacional, sin que necesariamente tengan una relación entre ellas, una colección de culturas singulares con formas de organización social muchas veces yuxtapuestas, es decir, la multiculturalidad normalmente se refiere, en forma descriptiva, a la existencia de distintos grupos culturales que, en la práctica social y política, permanecen separados, divididos y opuestos. Su uso mayor se da en el contexto de países occidentales como los Estados Unidos, donde las minorías nacionales (negros e indígenas) coexisten con varios grupos de inmigrantes, minorías involuntarias como los puertorriqueños y chicanos, y los blancos, todos descendientes de otros países principalmente europeos; o como en Europa donde la inmigración se ha ampliado recientemente.

La pluriculturalidad es el referente más utilizado en América Latina, reflejo de la necesidad de un concepto que represente la particularidad de la región donde pueblos indígenas y pueblos negros han convivido por siglos con blancos-mestizos y donde el mestizaje ha sido parte de la realidad, como también la resistencia cultural y, recientemente, la revitalización de las diferencias. Señala la pluralidad entre y dentro de las culturas mismas la pluriculturalidad sugiere una pluralidad histórica y actual, en la cual varias culturas conviven en un espacio territorial y, juntas, hacen una totalidad nacional. La pluriculturalidad indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial, aunque sin una profunda interrelación equitativa.

La interculturalidad es distinta, en cuanto se refiere a relaciones, negociaciones e intercambios culturales, y busca desarrollar una interacción entre personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes; una interacción que reconoce y que parte de las asimetrías sociales, económicas, políticas y de poder y de las condiciones institucionales que limitan la posibilidad que el otro pueda ser considerado como sujeto con identidad, diferencia y agencia la capacidad de actuar. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro, o la diferencia en sí, tal como algunas perspectivas basadas en el marco de liberalismo democrático y multicultural lo sugieren. Se trata de impulsar activamente procesos de intercambio que, por medio de mediaciones sociales, políticas y comunicativas, permitan construir espacios de encuentro, diálogo y

asociación entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas, la interculturalidad aún no existe, se trata de un proceso por alcanzar por medio de prácticas y acciones sociales concretas.²⁸⁰

2. Multiculturalidad.

Se hace importante para los fines de esta investigación y dadas las características de lo que hemos llamado propiedad indígena y el fundamento que de ella se desprende, revisar brevemente el marco teórico en el cual se desarrolla el debate sobre el multiculturalismo, en el plano de la Filosofía Política, como en sus aspectos normativos y prácticos. Ello ha traído consecuencias importantes tanto en el ámbito del derecho internacional como en las legislaciones internas de los Estados referidas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas²⁸¹.

Por lo que en primer lugar, revisaré el concepto de multiculturalismo, señalando los límites del mismo, en que sentido se usará y la justificación de ello.

En segundo lugar, analizaré brevemente los principales aspectos del debate de la filosofía política sobre el multiculturalismo. Para ello, hablaremos sobre los planteamientos del comunitarismo y las respuestas dadas de parte del liberalismo en sus diversas variantes.

Finalmente, identificaré el estado actual del multiculturalismo respecto de la filosofía política, el debate normativo, el aspecto práctico y el tratamiento del mismo en América Latina.

2.1. El concepto de multiculturalismo.

El concepto se utiliza para hacer referencia a grupos con características, necesidades y exigencias muy disímiles: pueblos indígenas, mujeres, homosexuales, discapacitados, niños, entre otros, es decir, el concepto se ha ocupado para dar cuenta de la diversidad cultural que existe hoy en la sociedades. Según Kymlicka²⁸², el uso que presenta el concepto donde se convina la amplitud y la vaguedad explica la complejidad del término cultura.

Es por ello que el concepto es usado para nombrar: las costumbres de grupos, pero también para referirse a la civilización moderna, urbana y secular. Ello trae a lo menos dos dificultades: genera problemas de comunicación entre los interlocutores del tema, y no dejará claro a que fenómeno social nos estamos refiriendo.

Por eso parece importante, para determinar el alcance del concepto que se estudia, hacer una primera distinción entre lo que es el pluralismo y el multiculturalismo.

Pluralismo, es la diversidad de concepciones morales que tienen los individuos y los grupos que conforman una sociedad, no obstante ello hay consensos básicos en el plano axiológico, que se expresan en su organización y sus normas, ya que pese a la diversidad se comparten los valores y principios de una cultura. En el pluralismo, existen diferencias pero ellas no alcanzan a ser estructurales, y se resuelven dentro del mismo imaginario cultural y esquema institucional.

²⁸⁰ Walsh Catherine: *¿Qué es la interculturalidad y cuál es su significado e importancia en el proceso educativo?*. En: *La Interculturalidad en la educación*. Lima, Ministerio de Educación, Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural, 2005. págs. 4-7

²⁸¹ Santos, Boaventura de Sousa (Coord.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito, Abya-Yala, 2012.

²⁸² Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona, Paidós, 1995. págs 25-45.

Multiculturalismo, sería el pluralismo de las culturas. Por lo que acá van a existir códigos culturales diferentes y visiones de mundo distintas. Eso trae como consecuencia que la relación en una sociedad multicultural se vuelva más compleja, ya que objetivamente se producen problemas, como por ejemplo respecto de propiedad de la tierra, la concepción de la tierra de los pueblos indígenas v/s la concepción de ella del "hombre blanco"²⁸³ es muy diversa. La convivencia de culturas distintas trae consigo muchas tensiones, sino violencias y la imposición de la cultura del más fuerte²⁸⁴.

Por lo tanto, pluralismo y multiculturalismo son situaciones de hecho, que nacen de diversos conceptos descriptivos de la sociedad en la que se vive. *"Todas las sociedades democráticas modernas contienen múltiples culturas en su interior. En ese sentido directo, las sociedades democráticas pueden llamarse multiculturales"*²⁸⁵.

Así las cosas, y recogiendo la definición de Viola, *"el multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata, pues, del pluralismo de intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las "culturas", esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan"*²⁸⁶.

De la misma manera, Will Kymlicka define multiculturalismo, al señalar que: *"Me centraré en el tipo de multiculturalismo derivado de las diferencias nacionales y étnicas. Como dije antes, utilizo cultura como sinónimo de nación o pueblo; es decir, como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas. Por tanto, un Estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un Estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política"*²⁸⁷.

2.2. Fuentes del Multiculturalismo.-

De la definición, recién dada se desprende que para Kymlicka, las fuentes del multiculturalismo de un país serían dos:

a. La coexistencia. Cuando dentro de un determinado Estado hay más de una nación; entiende por nación una comunidad histórica, institucionalmente más o menos completa, que ocupa un territorio y que comparte una lengua y una cultura diferenciada. Este concepto de nación, estaría estrechamente ligado, al de pueblo o de cultura, siendo una definición de tipo sociológica. En el se integran a minorías culturales, como a pueblos (naciones) indígenas. Resulta importante la idea de que la

²⁸³ Eduardo Galeano, parabaseando al poeta senegalés Leopold Sengor, planteaba en diversas conferencias (leyendo un extracto de un poema del poeta sobre el hombre de color) que si algo distinguía al hombre blanco era no ser blanco.

²⁸⁴ Véanse: Arnáiz, Pilar y Escarbajal, Andrés. *Reflexiones sobre cultura, identidad y racismo desde una mirada pedagógica*. Ediciones Universidad de Salamanca Teoría educación nº 24, 2-2012, págs. 83-106; García, Javier; Pulido, Rafael; Montes, Moyano. *La Educación Multicultural y el concepto de cultura*. En *Revista Iberoamericana de Educación*, OEA, Nº 13, 1997, págs. 223-256; Wiewiorka, Michael, *Diferencias culturales, racismo y democracia*. En: Daniel Mato (coord.) *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*. FACES UCV, Caracas, págs. 17-32.

²⁸⁵ Gutmann, Amy. *La identidad en democracia*. Katz Editores, Buenos Aires 2008, cfr. pág. 68.

²⁸⁶ Viola, Francesco. "Constitución y multiculturalismo". *Ragion pratica*. 2003, págs. 33-71.

²⁸⁷ Kymlicka, Will. (1995) Ob. cit. pág 36.

incorporación de distintas naciones dentro de un sólo Estado puede ser de tipo involuntaria (conquista, invasión o cesión de la comunidad de una potencial imperial a otra) o voluntaria (federación, Estado Plurinacional o multinacional). Existen varios ejemplos de democracias occidentales de tipo multinacional que se han formado voluntariamente: Canadá, España, Bélgica, Suiza y Bolivia²⁸⁸.

b. La inmigración. Cuando un número importante de personas, de otras culturas y nacionalidades, llega a un país y ellos mantienen en este sus particularidades culturales. Así los fenómenos de pluralismo cultural o multiculturalismo ha implicado el surgimiento de nuevas categorías de estado en cuanto a su composición: Los Estados multinacionales y Los Estados poliétnicos.

Los Estados multinacionales, son aquellos constituidos por más de una nación, esto como resultado de la colonización, la conquista o la confederación de comunidades nacionales²⁸⁹.

Son Estados poliétnicos²⁹⁰, los que aceptan de manera amplia la inmigración de individuos de culturas diferentes a la hegemónica y que permiten expresar, promover y proyectar sus diferentes legados culturales, como resultado de la inmigración individual y familiar. Así los Estado pueden ser “a la vez multinacional y poliétnico”²⁹¹.

Entender el multiculturalismo, desde esta mirada supone no incluir en el los tipos de vida, movimientos sociales y asociaciones voluntarias de la sociedad civil, cuestión que no será parte del presente análisis y al respecto sólo diremos que aún siendo de mucho interés, las motivaciones de esos grupos implican luchas más amplias por lograr una sociedad y una democracia más tolerante e inclusiva, en esta línea se encuentran los movimientos de homosexuales, feministas, lesbianas, discapacitados y otros; dichas demandas son transversales a todos los grupos de la sociedad²⁹².

Kylmilcka, plantea al respecto que:

“La marginación de las mujeres, los gays, las lesbianas y los discapacitados atraviesa las fronteras étnicas y nacionales: se da en las culturas mayoritarias y en los Estados-nación, así como dentro de las minorías nacionales y los grupos étnicos, por lo que debe combatirse en todos esos lugares. Por

²⁸⁸ Todos los ejemplos dados, constituyen diferentes tipos de Estados multinacionales. Canadá, es una federación de tres grupos nacionales distintos: ingleses, franceses y pueblos indígenas. España, es un Estado regional, de carácter unitario, que en su seno alberga distintas nacionalidades. El caso de Bolivia, es un Estado Unitario que reconoce en su Constitución estar compuesto por distintas nacionalidades, cuyo origen principalmente se deriva de pueblos indígenas.

²⁸⁹ Véanse: Cordero, Sofia. *Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador Nuevas ciudadanías, ¿Más democracia?* En *Revista Nueva Sociedad Ecuador*, N° 240, julio-agosto de 2012, págs 134-148; Boaventura de Sousa Santos. *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. CENDA 2007. Santa Cruz. Cfr. págs 9-35; Tapia, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. En OSAL, CLACSO, año VIII, N° 22, Buenos Aires, 2007; Coraggio, José y Laville, Jean-Louis (organizadores). *Reinventar la izquierda en el siglo XXI. Hacia un diálogo Norte-Sur*, IAEN, Quito, 2014; Boaventura de Sousa Santos. *La refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014. Cfr. págs. 281-298.

²⁹⁰ Estados Unidos y Canadá, son ejemplos de Estados poliétnicos.

²⁹¹ Kymlicka, Will. (1995) Ob. cit. pág 34.

²⁹² Véanse: Abregú, Martin. *Derechos Humanos para todos de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva*. En *Revista Puente@Europa*, N° 1, 2007, págs. 29-42 Disponible en: <https://puenteeuropa.unibo.it/article/viewFile/5205/4953>; Pereira, Gustavo. *Eticidad democrática y lucha por el reconocimiento: una reconstrucción de la influencia de Hegel en la democracia deliberativa*. En *Areté Revista de Filosofía*, vol. 23, N° 1, Lima, 2011, págs. 125-158; Sales, Tomeu. *Feminismo, democracia y ciudadanía; de la crítica a la democracia patriarcal a la política democrática radical feminista*. En *Astrolabio Revista internacional de filosofía*, año 2013, N° 15, págs. 72-79.

tanto, una teoría que contemple los derechos de las minorías culturales debe ser compatible con las justas reivindicaciones de los grupos sociales que se encuentran en situación de desventaja ...²⁹³.

La posición frente al multiculturalismo no ha sido pacífica, así se ha dado una discusión doctrinal sobre qué es y cómo debe entenderse, debate en que se han enfrentado el liberalismo y el comunitarismo.

2.3. El debate liberal-comunitario.

A mediados de la década de 1970, comenzó un movimiento en la filosofía política que plantea la revalorización del espacio común, el dar una mayor importancia moral e identitaria al grupo y la comunidad. En el plano de la filosofía política y desde una óptica comunitaria, se inició este debate con los ensayos de Vernon Van Dyke²⁹⁴, quién criticó a John Rawls, en el año 1977, señalando que en su teoría de la justicia no existía cabida para los grupos sociales, que median entre el individuo y el Estado.

Paralelamente, en Europa, se observaba con atención el movimiento descolonizador en África, generándose a la par, movimientos de orientación nacionalista. La retórica de territorio ocupado, liberación nacional, opresión extranjera, son las consignas del discurso de los movimientos nacionalistas²⁹⁵.

Dichos movimientos, tuvieron una base ideológica de izquierda. Sostuvieron la tesis de que la “revolución” en el Estado unitario era muy complicada, se volcaron a los espacios locales y unidades territoriales-culturales más básicas. Para la izquierda, liderar un Estado pequeño nacionalista sería más fácil, no obstante ello no significaba necesariamente romper con el ideal de la izquierda universal e internacionalista²⁹⁶.

Se produce una crítica genérica del individualismo y una vuelta a la solidaridad comunitaria. Los procesos de descolonización en Asia y África y la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos, “*modificaron muchas perspectivas de valoración de la diversidad. Surgió el relativismo cultural, se produjo una revalorización de las diferencias étnicas y finalmente, en ese mundo hegemónico de los derechos individuales, ha irrumpido la noción de los derechos comunitarios. De tal forma, frente a la monocultura que se había asociado a los valores de la civilización occidental comenzó a imponerse una nueva perspectiva, la del multiculturalismo*”²⁹⁷.

²⁹³ Kymlicka, Will. (1995) Ob. cit. pág 36.

²⁹⁴ Van Dyke, Vernon. *The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory*. World Politics. Cambridge 1977. págs: 343-369. DOI: <https://doi.org/10.2307/2010001>

Publicado en línea por Cambridge University Press: 18 de julio de 2011. Consultada el 2 de marzo de 2019.

²⁹⁵ Véase: Lao-Montes, Agustín. *Empoderamiento, descolonización y democracia sustantiva. Afinando principios ético-políticos para las diásporas Afroamericanas*. Universidad de Massachusetts – Amherst. 2013. En: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/1677/2168. Págs. 67-77.

²⁹⁶ Chumbita, Hugo. *Patria y Revolución: la corriente nacionalista de izquierda*. Publicado en *El pensamiento alternativo en la Argentina del siglo XX*, tomo II (comp. Hugo Biagini y Arturo Andres Roig), Buenos Aires, Biblos, 2006; Boersner, Demetrio. *Marx, el colonialismo y la liberación nacional*. En revista *Nueva Sociedad*, Nº 66, mayo-junio 1983, págs. 80-89; Rocca, María *¿Quiénes son “los otros”? La cuestión étnica en la lucha por la liberación de Mozambique*. En revista *Estudios de Asia y África*, vol. XLVII, Nº 1, México, 2012, págs. 89-118.

²⁹⁷ Quijada, Mónica. *Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera?* En: Giraudó, Laura (ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina*:

De la revalorización de los grupos sociales, se da el paso a la atribución de los derechos a esos grupos, y luego, un rechazo de los derechos individuales.

El movimiento es heterogéneo, y da lugar al nacionalismo de izquierda, multiculturalismo, políticas de la diferencia, indigenismo, etc.

En América Latina, a finales de la década de 1980 y principios de la década de 1990, se produce la “emergencia indígena”²⁹⁸, que entre otras cosas lo que hizo fue copar las agendas políticas y cuestionar las bases del Estado nacional, monocultural y unitario.

Este sería, en general el contexto histórico político, en que se produce el debate entre liberales y comunitaristas, para explicar los derechos de las minorías en ese debate, siguiendo a Kymlicka, ocuparé la división temporal y temática planteada por él²⁹⁹, así veremos a continuación, los derechos de las minorías desde la óptica del comunitarismo (1); los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal (2); los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional (3); y el culturalismo liberal o liberalismo igualitario (4).

2.3.1. Los derechos de las minorías entendidos desde la perspectiva del comunitarismo.

Esta fase se da entre 1970 y 1980, época en la cual, los derechos de las minorías fueron asumidos desde el comunitarismo. Así por ejemplo Charles Taylor, expresa con gran claridad los principales puntos o hipótesis de la postura comunitaria en su libro: *El multiculturalismo y la “Política del Reconocimiento”*. La idea central de la política del reconocimiento, expuesta por Taylor, es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento³⁰⁰ o por la falta de éste. Se incluye también la idea de un falso reconocimiento de otros. En razón de ello, Taylor expresa que:

“... un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido”³⁰¹.

Como ejemplo de la falta de reconocimiento y atingente a nuestra realidad, Taylor anota: “Se afirma que a partir de 1492 los europeos proyectaron una imagen de tales pueblos como inferiores,

poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 72-73.

²⁹⁸ Bengoa, José. *La Emergencia Indígena en América Latina*. Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile. 2000.

²⁹⁹ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós. Barcelona. 2003. págs. 29-58.

³⁰⁰ Nancy Fraser, señala que el termino “reconocimiento”: “(...) proviene de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. En esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él. Por tanto, el “reconocimiento” implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad”. En: Fraser, Nancy. *La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación*. En: Fraser, Nancy, y Honneth, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid, Morata, 2006, pp. 17-88.

³⁰¹ Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. 2º ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2009, cfr. págs. 53-54.

“incivilizados”, y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esta imagen a los conquistados³⁰². Dentro de ésta perspectiva la falta de reconocimiento o el falso reconocimiento, no sólo es una muestra de falta de respeto, sino que pueden causar una herida profunda a las personas, generando en ella un odio a sí mismas. “El reconocimiento debido, no sólo es una cortesía que debamos a los demás: es una necesidad humana vital”³⁰³.

Taylor, apunta cambios en la estructura societal, que dan sentido a las ideas señaladas. En el mismo sentido, y en lo que se refiere a la identidad, Mónica Quijada señala que:

“... los movimientos indígenas suelen manejar un concepto muy especial de identidad. Para ellos, la identidad es aquello que confiere dignidad que confiere autoestima. Esto es muy significativo, porque posiblemente el mayor mal que ha inflingido el proceso de occidentalización a los llamados amerindios es el haberlos asociado a esa idea de jerarquía racial y cultural en la que todo lo que no era blanco y europeo se consideraba inferior. Por esta razón para los movimientos indígenas, desde el norte hasta el sur del continente americano, la recuperación de la identidad implica sobre todo la recuperación de la dignidad”³⁰⁴.

Cabe en éste punto, tener presente la crítica que realiza Nancy Fraser a la justificación que dan los teóricos del reconocimiento para distinguir las reivindicaciones de reconocimiento justificadas de las que no lo serían. Así, según ya se citó, para Taylor, la necesidad de reconocimiento, se encuentra ligada a la de identidad y por ende autoestima. Para Fraser ello es cuestionable y lo argumenta poniendo el ejemplo de las identidades racistas y señalando que se hace necesario entonces que: “... los reclamantes de reconocimiento deben demostrar que los acuerdos vigentes les impiden participar en la vida social en calidad de igualdad con los otros”³⁰⁵.

Todo este proceso provocó a lo menos formalmente transformaciones en la sociedad y en sus normas, así se produce:

- a) El desplome de las jerarquías sociales, éstas solían ser la base del honor, empleado en el sentido que tenía en el antiguo régimen, en el que estaba intrínsecamente relacionado con la desigualdad.
- b) Se levanta el concepto de dignidad, contra el concepto del honor. La dignidad se entiende igual para todos los seres humanos, por ende es universalista e igualitarista. Parece ser que, se empieza a pensar que la dignidad humana es la única premisa compatible con una sociedad democrática.

Ello implica necesariamente formas de reconocimiento igualitario. El contenido de esta política fue la de igualar los derechos y los títulos, una ciudadanía igualitaria, cuya expresión de mayor triunfo fue el logrado, durante la década de los 60, por el movimiento de los derechos civiles liderado por Martin Luther King³⁰⁶, que se inicia con el boicot a los autobuses segregados en Montgomery después del gesto de Rosa Parks³⁰⁷.

³⁰² Taylor, Charles. (2009) Ob., cit., pág. 54.

³⁰³ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit., pág. 55.

³⁰⁴ Quijada, Mónica. Ob. cit., pág. 73.

³⁰⁵ Fraser, Nancy. Ob. cit., págs. 43-44.

³⁰⁶ Muchos de los derechos reclamados por el movimiento encabezado por Martin Luther King y otros líderes afroamericanos, serían reconocidos con la aprobación de la Ley de los derechos civiles (1964) y la Ley del derecho al voto (1965) en EEUU. En 1968, Martin Luther King fue asesinado en Memphis.

³⁰⁷ Rosa Parks, costurera norteamericana, el 1 de diciembre de 1955, se negó a ceder su asiento a un blanco en un autobús segregado en la ciudad de Montgomery, por ese hecho fue arrestada, multada y encarcelada.

En este tránsito³⁰⁸, Taylor ve una continuidad entre las formas de reconocimiento igualitario de las democracias modernas, y las actuales exigencias de igualdad de status para las culturas y para los sexos. La importancia del reconocimiento igualitario, se modificó e intensificó a partir de la nueva interpretación de la identidad individual que surgió a finales del siglo xviii, denominada “autenticidad”³⁰⁹.

Taylor, se refiere a la identidad como el ideal de la “autenticidad”. La fuente moral con la que se tiene que estar en contacto se encuentra dentro de nosotros. “Este hecho forma parte del enorme giro subjetivo característico de la cultura moderna, es una nueva forma de interioridad que llegamos a pensar en nosotros como seres con profundidad interna”³¹⁰.

La importancia de la fidelidad moral con uno mismo, aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser fiel a su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede articular y descubrir. Taylor, hace una prevención importante en el relato, señalando que Herder aplicó su concepción de originalidad en dos niveles, no sólo a la persona individual, sino que también a los pueblos que transmiten su cultura entre otros pueblos. Taylor identifica la idea de Herder, como seminal del nacionalismo –benigno y maligno en la idea de que el colonialismo europeo debe extinguirse para dar a los pueblos del Tercer Mundo su oportunidad de ser ellos mismos, sin obstáculos³¹¹.

La idea de autenticidad es crucial para Taylor. Según él, el nacimiento de una sociedad democrática no anula por sí mismo el fenómeno del honor, pues las personas aún pueden definirse por el papel social que desempeñan. Sin embargo, lo que sí socava en definitiva esta identificación derivada de la sociedad, es el propio ideal de autenticidad³¹².

El punto central de Taylor en la idea de autenticidad y de identidad, es que ella no se produce por generación interna, sino que el rasgo decisivo es su carácter fundamentalmente dialógico. “La génesis de la mente humana no es, en este sentido, monológica (no es algo que cada quién logra por sí mismo), sino dialógica”³¹³.

³⁰⁸ Charles Taylor hace una cronología histórica que para Axel Honneth, resulta engañosa. Para Honneth, la política de la identidad no es un fenómeno nuevo, se pueden encontrar sus raíces a comienzos de 1800, en la época de los nacionalismos europeos del siglo xix. Al respecto ver: Honneth, Axel. Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En: Fraser, Nancy, y Honneth, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Morata, 2006, págs. 89-148.

³⁰⁹ Ver el ensayo de Anthony Appiah, sobre el punto. Él señala que la autenticidad no se construye exclusivamente por la persona. La autenticidad, como rasgo de la identidad, se construye por el diálogo y el reconocimiento. Appiah, Anthony. Identidad, Autenticidad, Supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social. En: Taylor, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2º ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, págs. 213-232.

³¹⁰ Taylor, Charles. (2009), Ob., cit. pág. 58.

³¹¹ Véanse: Soto, Willy. *La colonialidad del poder y el cosmopolitismo: Un análisis comparativo*. En *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonias*, vol. 1, Nº 2, 2011, págs. 49-64; Boaventura de Sousa Santos. *De lo posmoderno a lo poscolonial más allá del uno y del otro*. En *Teoría crítica a una crítica plural de la modernidad* (coordinado por Oliver Kozlerek), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, págs. 79-106; Stavenhagen, Rodolfo. *La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas. Los pueblos indígenas y los Estados nacionales en Hispanoamérica*. En *Serie de Estudios Culturales*, Organización de Estados Americanos, Nº 9, págs. 1-47.

³¹² Taylor, Charles. (2009). Ob., cit pág 63.

³¹³ Taylor, Charles. (2009). Ob., cit pág. 63.

La identidad siempre se define en un diálogo con las cosas que los otros desean ver en nosotros, y a veces no en diálogo sino en confrontación con ellas. El ideal unidimensional esencialista, subestima gravemente el lugar que ocupa lo dialógico en la vida humana.

“De este modo, el que yo descubra mi propia identidad no significa que la haya elaborado en el aislamiento, sino que la he negociado por medio del diálogo, en parte abierto, en parte interno, con los demás. Por ello, el desarrollo de un ideal de identidad que se genera internamente atribuye una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende, en definitiva, de mis relaciones dialógicas con los demás”³¹⁴.

Así, el reconocimiento igualitario depende del diálogo abierto y respetuoso y no de imposiciones morales de otros³¹⁵. Taylor lo considera fundamental para una democracia sana. Su rechazo puede causar daños a quienes se les niega y constituir una forma de opresión.

El reconocimiento igualitario tiene dos esferas:

- a) Íntima, donde se comprende que la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes.
- b) Esfera pública, donde la política del reconocimiento igualitario llega a desempeñar un papel cada día mayor. El desarrollo moderno del concepto de identidad hizo surgir la política de la diferencia. Con la política de la dignidad lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, un cúmulo idéntico de derechos e inmunidades. A diferencia de lo anterior, para Taylor el fin de la política de la diferencia es:

“... lo que pedimos que se reconozca es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. La idea es que, precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria. Y esta asimilación es el pecado cardinal contra el ideal de autenticidad”³¹⁶.

En la política de la diferencia subyace el principio de igualdad universal, lo que otorga a dicho principio un punto de enlace en la política de la dignidad. Sin embargo, es compleja su compatibilidad con la política de la dignidad universal, ya que se exige reconocimiento y status a algo que no es universalmente compartido. La política de la dignidad universal busca la no discriminación, con formas ciegas a los modos en que se diferencian los ciudadanos. La política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de éstas distinciones la base de un tratamiento diferencial. Taylor pone como ejemplo un tratamiento diferente a los grupos aborígenes canadienses, señalando que reciben ciertos derechos y facultades de los cuales no gozan otros canadienses. Taylor, argumenta que las políticas de la diferencia, los partidarios de la dignidad universal (liberales)³¹⁷, intentan justificarla sobre la base original de la dignidad, utilizando como idea la de “*discriminación a la inversa o positiva*”.

³¹⁴ Taylor, Charles. (2009). Ob., cit pág. 65.

³¹⁵ En diciembre de 1986, Charles Taylor visitó Chile y dio una conferencia en el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea, la que fue publicada en Chile en formato de libro. En dicha ponencia, Taylor plantea lo que denominó: “Algunas condiciones para una democracia viable”. Dentro de las condiciones para una democracia viable, se encontrarían las que generan el sentimiento de igual respeto. En ese sentido señala: “El tercer conjunto de condiciones que quiero considerar se refiere al sentimiento de igual respeto. Se trata obviamente de un elemento de fundamental importancia en la forma de gobierno que he definido. De no existir este sentimiento, no se entendería que la democracia implique una defensa verdaderamente común de los derechos ciudadanos”. En: Taylor, Charles. “Democracia Republicana”. LOM ediciones, Santiago de Chile. 2012, cfr. pág. 30.

³¹⁶ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit pág. 71.

³¹⁷ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit págs. 69-88.

Taylor apunta que la política de la dignidad igualitaria surgió en la civilización occidental de dos modelos, creados por Rousseau y Kant.

Analizando a Rousseau, señala que él tiende a oponer la condición de libertad en la igualdad, a otra que se caracteriza por la jerarquía y la dependencia de los otros. Señala que la persona depende de otro, no sólo porque se ejerza un poder político o porque la necesite para su subsistencia, sino también porque anhela contar con su estima. Para Rousseau, el remedio no consistiría en rechazar la importancia de la estima, sino en entrar en un sistema totalmente distinto que se caracterice por la igualdad, la reciprocidad y la unidad de propósito. La unidad de propósito, entendida como voluntad general, se construye con la igualdad de estima³¹⁸.

En Rousseau, libertad entendida como no dominación, ausencia de roles diferenciados y un propósito común muy compacto, son aspectos centrales de su teoría. Así todos debemos depender de la voluntad general para que no surjan formas bilaterales de dependencia.

“La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no sólo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?”³¹⁹

Charles Taylor, crítica el argumento de Will Kymlicka³²⁰, de defender la política de la diferencia en relación con los aborígenes en Canadá, desde la teoría de la neutralidad. Para Taylor, lo planteado por Rousseau ha sido la fórmula para las formas más terribles de tiranía homogeneizante, comenzando por los jacobinos para terminar con los regímenes totalitarios del siglo XX.

El modelo Kantiano de dignidad universal³²¹, separa la libertad igualitaria, siendo ajeno a dicho sistema la idea de voluntad general. Sin embargo ésta variante del liberalismo, sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las distintas identidades culturales. La idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, se considera inaceptable³²².

³¹⁸ Véanse: Vergara, Jorge. *Democracia y participación en Jean-Jacques Rousseau*. En *Revista de Filosofía Santiago*, Volumen 68, 2012, cfr. Págs 29-52; Montoya, José. *Rousseau y los Derechos del Hombre*. En *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, Valencia, 1989, págs. 33-43; Rousseau Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>; Darós, William. *La libertad individual y el contrato social según J. J. Rousseau*. En *Revista Filosofía Universidad de Costa Rica*, XLIV (111-112), enero-agosto 2006, págs. 115-128

³¹⁹ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit., pág. 73.

³²⁰ Argumento utilizado en el libro: Kymlicka, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford, Oxford University Press, 1989, cfr. pág. 30.

³²¹ Dorando J. Michelini. *Dignidad humana en Kant y Habermas*. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas Mendoza Vol. 12 N° 1 2010 págs. 41 a 49.

³²² Véanse: Nuria, Belloso. *Una Relectura del Principio de Dignidad de la Persona Humana: su Fundamentación Kantiana y su Proyección Actual. Direitos Fundamentais e Justiça*. En *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito*, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Para explicar ésta forma de liberalismo, Taylor revisa lo planteado por Dworkin, señalando que todas las personas tienen opiniones sobre los fines de la vida, sobre lo que constituye una vida buena, pero se reconoce el compromiso de tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concebamos nuestros fines. El compromiso de trato igualitario y equitativo, es de tipo procesal, mientras que el compromiso con los fines de la vida, es de tipo sustancial.

Dworkin, afirma que una sociedad liberal es aquella que, como sociedad, no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida. Antes bien, la sociedad se une en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto. Así la sociedad neutral debe permanecer neutral ante la o las concepciones de vida, y limitarse a garantizar que los ciudadanos se traten sin distinciones y el Estado los trate a todos por igual. Señala que el argumento de Kymlicka no integra las demandas reales hechas por los aborígenes de supervivencia de su cultura³²³.

La política de la diferencia, también se fundamenta en un potencial universal, el de modelar y definir la propia identidad, como individuos y como cultura. Esta potencialidad debe respetarse en todos por igual y entre todas las culturas. Para Taylor, la arrogancia de superioridad cultural implica el rechazo al principio de la igualdad humana. El reproche que hace el liberalismo a la política de la diferencia, es que viola el principio de no discriminación. La crítica de la política de la diferencia al liberalismo, es que niega la identidad cuando constriñe a las personas en un molde homogéneo que no les pertenece. Ya sería un problema si el molde fuere neutral, pero la queja va más allá, pues señala que el conjunto de principios supuestamente neutral, es en realidad, el reflejo de una cultura hegemónica. Así, sólo las culturas minoritarias o suprimidas son constreñidas a asumir una forma que les es ajena³²⁴.

Éste es uno de los puntos que más se discuten de la teoría de Taylor. Amy Gutman, apunta al respecto: “El ensayo de Appiah da motivos para preocuparse por la demanda de la supervivencia cultural entendida como una garantía política de que ninguna cultura seguirá existiendo por generaciones futuras indefinidas. Appiah está de acuerdo con Taylor en que hay “objetivos colectivos legítimos cuya búsqueda hará necesario renunciar al procedimiento puro”, pero la supervivencia cultural indefinida no se encuentra entre estas metas”³²⁵.

En un sentido similar, Habermas critica la “supervivencia cultural” planteada por Taylor: “La protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades debe servir, en

-PUCRS-, HS Editora, Porto Alegre, Año 2, Nº 4, julio- septiembre, 2008, págs. 103-124; Peña, Carlos *¿Por qué necesitamos a Kant?* En *Centro de Estudios Públicos*, Nº 69, Santiago 1998, cfr. págs 5-17; Pele, Antonio. *Kant y la Dignidad Humana*. En *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Nº 111, Belo Horizonte, 2015, págs. 15-46.

³²³ La supervivencia cultural para Taylor es una meta colectiva que puede ser amparada y desarrollada por un gobierno. Para ejemplificar ello, señala que: “Para el gobierno de Quebec, es axiomático que la supervivencia y el florecimiento de la cultura francesa en esta provincia constituye un bien”. Taylor, Charles. (2009). Ob., cit. págs. 96-97.

³²⁴ Véanse: Aguiló, Antoni. *Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos*. En *Universitas Humanística*, Nº 68, julio-diciembre de 2009, págs. 179-205; Aguiló, Antoni. *Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural*. En *Cuadernos Interculturales*, Universidad de Playa Ancha, año 8, Nº 14, Primer Semestre 2010, págs. 145-163.

³²⁵ Taylor, Charles. (2009). Ob., cit. págs 11-52.

último término, al reconocimiento de sus miembros; no tiene de ningún modo el sentido de una protección administrativa de las especies. El punto de vista ecológico de la conservación de las especies no puede trasladarse a las culturas. Las tradiciones culturales y las formas de vida que en ellas se articulan se reproducen normalmente por el hecho de que convencen a aquellos que las abrazan y las graban en sus estructuras de personalidad, es decir, porque motivan a una apropiación productiva y una prosecución de las mismas. Desde los presupuestos del estado de derecho, sólo cabe posibilitar ese rendimiento hermenéutico de la reproducción cultural de los mundos de la vida, ya que una garantía de supervivencia habría de robarles a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural”³²⁶. “... La sociedad supuestamente justa y ciega a las diferencias no sólo es inhumana –en la medida en que suprime las identidades–, sino que también, en una forma sutil e inconsciente, resulta sumamente discriminatoria”³²⁷.

Taylor, plantea que las teorías de Rawls, Dworkin y Habermas, parten de la suposición que una de ellas es la correcta. Señala que estas teorías liberales son particularismos que se disfrazan de universalismos. Para Charles Taylor, el liberalismo clásico, es intolerante con la diferencia, porque insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y desconfía de las metas colectivas. En resumen, en esta primera fase del debate, desde la óptica liberal se aprecia la autonomía individual, oponiéndose a los derechos de las minorías, debido a que son innecesarios y una peligrosa desviación del adecuado énfasis en el individuo. Por el contrario, los comunitaristas, ven los derechos de las minorías: “... como una apropiada forma de protección de las comunidades frente a los erosivos efectos de la autonomía individual y como un modo de afirmar el valor de la comunidad. En particular, las minorías etnoculturales merecen esta protección, en parte porque son las que más peligro corre, pero también porque todavía conservan un modo de vida comuna que proteger. A diferencia de la sociedad mayoritaria, las minorías etnoculturales aún no han sucumbido al individualismo liberal y, por tanto, han mantenido una forma coherente de vida colectiva”³²⁸.

2.3.2. Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal.

Durante la década de 1990, el debate da un vuelco, ya que teóricos del liberalismo reconocen que éste pueda dar cabida a derechos de las minorías.

Will Kymlicka, escribe varios trabajos al respecto, siendo el libro titulado “Ciudadanía multicultural”³²⁹, donde expone la tesis de compatibilidad entre liberalismo y derechos de las minorías, dando paso a lo que se denomina como “liberalismo igualitario o culturalismo liberal”.

“Para muchas personas esta nueva tesis representa una amenaza a la democracia liberal. En este libro he presentado una perspectiva más optimista y he intentado demostrar que muchas (aunque no todas) las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son consistentes con los principios liberales de libertad individual y justicia social. No quiero decir con ello que estas cuestiones se puedan resolver de una manera definitiva; lo que está en juego es demasiado complicado para ello.

³²⁶ Habermas, Jürgen. La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho. En: Taylor, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2º ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 186-187.

³²⁷ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit. pág. 78.

³²⁸ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona, Paidós, 2003, pág. 32.

³²⁹ Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Paidós. Barcelona, 1995, p 303.

Pero se pueden solucionar, de manera pacífica y justa, si damos por supuesto que existe un cierto grado de buena voluntad³³⁰.

Kymlicka, analiza las demandas de los grupos etnoculturales y minorías nacionales, señalando que la mayoría³³¹ de ellos desean participar en forma plena e igualitaria en las sociedades liberales modernas. Alguno de ellos, desea la secesión de una democracia liberal, pero para la creación de su democracia liberal, no una sociedad de tipo comunitaria. Así para Kymlicka, el debate en ésta segunda fase, en especial el derecho de las minorías, queda reformulado como una cuestión inserta en la teoría liberal y el reto es poder incluir las demandas dentro del marco general del liberalismo. Las preguntas que surgen en esta etapa³³² y a las que se busca dar respuesta desde el liberalismo son:

¿Si las minorías culturales son liberales (en su mayoría), porqué entonces necesitan que se les reconozca un estatus jurídico particular?, ¿por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos?, y ¿cómo asegurar que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías representará un rompimiento de los postulados esenciales del liberalismo? Es decir ¿hasta dónde puede llegar ese reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal?

Como respuesta a las preguntas planteadas, Kymlicka formula dos reglas que deberían respetar las minorías culturales para que sus derechos sean coherentes con el liberalismo, que denomina de culturalismo liberal o liberalismo igualitario. Así tendría sentido establecer derechos para las minorías si estos:

- a. Protegen la libertad de los individuos dentro del grupo.
- b. Promueven relaciones de igualdad o de no dominación entre los grupos o con la sociedad mayoritaria.

Con algún grado de concordancia, pero con muchos matices, Taylor asume que una sociedad liberal podría organizarse sobre la base de una definición de vida o meta colectiva, siempre que se garanticen los derechos de los individuos que no comparten la definición pública de lo bueno con el mismo.³³³

³³⁰ Kymlicka, Will. (1995) Ob. cit., p. 265.

³³¹ No comparto lo planteado por Miguel Carbonell (siguiendo a Will Kymlicka), debido a que asume como general una demostración que Kymlicka sólo pone como ejemplo, ya que no afirma categóricamente que haya demostrado que todos grupos etnoculturales y minorías nacionales tengan ideales o demandas liberales. De hecho en su libro "La política vernácula", en el punto seis "Teoría de los derechos indígenas", asume la tensión entre individuo y colectividad patente en los grupos indígenas. Sin embargo, cuando Carbonell hace un resumen de la segunda fase expuesta por Kymlicka, afirma lo siguiente: "En la segunda etapa el debate cambia sustancialmente, ya que se reconoce que el liberalismo puede dar cabida a derechos de las minorías. En ese cambio concurren varias circunstancias. Una de ellas es que se comprueba que las minorías no siempre quieren ser protegidas de los avances de la modernidad; por el contrario lo que piden es una serie de protecciones que les permitan justamente poder disfrutar de esos avances en condiciones equitativas respecto a la mayoría. Las minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y anti-liberales porque se comprueba la adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios". Ello es importante, en el plano práctico de las políticas, ya que en el caso de los grupos indígenas si sus demandas se pueden acomodar en el Estado democrático liberal, las políticas serán diferentes, a si presentan una mayor tensión.

³³² Acá lo que hago es seguir la sistematización realizada por Miguel Carbonell, en: Carbonell, Miguel. *Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura*. 10(13): 2004 págs. 21-80.

³³³ Carbonell, Miguel. *Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura*. 10(13), 2004, pp. 21-80.

Este modelo distinguiría las libertades fundamentales, las que nunca deberían ser restringidas o infringidas, de los privilegios y las inmunidades, que a pesar de sus importancias se pueden revocar o restringir por razones de política pública. “Según esta opinión, una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal cuando también sea capaz de respetar la diversidad, en especial al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales”³³⁴. Taylor termina éste punto señalando que existen dos variantes de liberalismo, el primero que podríamos denominar como liberalismo clásico, y el segundo liberalismo que denominaremos igualitario.

Como ya lo señalé, para Charles Taylor, el liberalismo clásico, es intolerante con la diferencia, porque a) insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y b) desconfía de las metas colectivas. “(...) he afirmado que es intolerante con la diferencia porque en ella no tiene cabida aquello a lo que aspiran los miembros de las distintas sociedades, que es la supervivencia. Ésta es b) una meta colectiva, que a) casi inevitablemente exige modificar los tipos de leyes que nos parecen permisibles de un contexto cultural a otro, como claramente lo muestra el caso quebequense”³³⁵.

Sin embargo, existe una segunda versión del liberalismo, dentro de la cual está el liberalismo igualitario que plantea Will Kymlicka³³⁶. En síntesis dicha postura permite un Estado comprometido con la supervivencia y el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, en la medida en que los derechos básicos de los ciudadanos que tienen diferentes compromisos, o que no los tienen en absoluto, estén protegidos. Es importante observar que este liberalismo es tolerante y no determinado, están dispuestos a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme contra la importancia de la supervivencia cultural, y optan a veces por esta última.

Lo anterior, implica que los liberales podrán optar entre la primera clase o la segunda, ya que en la configuración del Estado, dicho liberalismo sería opcional, siendo una de las opciones el liberalismo clásico, lo que constituiría una falencia del mismo. Para Taylor, el liberalismo en cualquiera de sus variantes, no constituye un campo de reunión posible para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatibles con otras. Charles Taylor, critica el liberalismo de los derechos o denominado igualitario, ya que para él, no da una respuesta adecuada a sociedades que cada día se vuelven más multiculturales. Junto a lo anterior, Taylor agrega que el liberalismo en cualquiera de sus variantes es un credo combatiente, que no se puede atribuir una completa neutralidad cultural³³⁷.

Debido a ello el liberalismo en cualquiera de sus variantes permite la imposición de la cultura occidental por sobre las otras, basado en la supuesta superioridad que ella tiene. “Esto nos lleva a la cuestión del multiculturalismo tal como hoy se le debate, que tiene mucho que ver con la imposición de algunas culturas sobre otras, y con la supuesta superioridad que posibilita esta imposición. Se cree que, a este respecto, las sociedades liberales de Occidente tienen una gran carga de culpabilidad debido a su pasado colonial y en parte a la marginación de los sectores de su población que proceden de otras culturas. Y en este contexto, la respuesta “así es como hacemos aquí las cosas” puede parecer burda y brutal”³³⁸. Mientras la política de la dignidad universal luchaba por unas formas de no

³³⁴ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit., pág. 98.

³³⁵ Taylor, Charles. (2009) Ob., cit., pág. 100.

³³⁶ Kymlicka, Will. (1995) Ob. cit., págs.57-64.

³³⁷ Taylor, Charles. (2009) Ob. cit., pág. 102.

³³⁸ Taylor, Charles. (2009) Ob. cit., pág. 103.

discriminación que se negaba a ver y reconocer los modos en que difieren los ciudadanos, la política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de estas distinciones la base del tratamiento diferencial.

Para Taylor, se trata de que reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no sólo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor. Aquí radica la diferencia fundamental entre la política del reconocimiento que plantea Taylor desde el comunitarismo, al resto de las políticas del liberalismo.

Taylor, aclara que su diferencia es éste punto con las teorías nihilistas que él denomina neoneietzcheanas, señalado que: “Los partidarios de las teorías neoneietzcheanas abrigan la esperanza de escapar de toda esta maraña de hipocresía reduciendo todo el asunto a una cuestión de poder y contrapoder. Entonces, ya no se trata de respeto, sino de tomar partido, de solidaridad. Sin embargo, esto no resulta una solución, muy satisfactoria, porque al tomar partido pierden la fuerza impulsora de este tipo de política, que es precisamente la búsqueda del reconocimiento y del respeto”³³⁹.

Otro grave problema de la política del liberalismo igualitario que plantea Kymlicka, radica en el hecho de que los juicios de valor favorables se realizan desde una óptica eurocentrista, hegemoneizante, pues implica que ya contamos con las normas para establecer dichos juicios. Así los juicios favorables, son condescendientes, donde se elogia al “otro”, por ser como “nosotros”. Esto trae consecuencias complejas en el pluralismo jurídico y en su “armonización” con el sistema jurídico nacional. En el plano práctico, durante la segunda fase del debate, la “presunción ha consistido en que los abogados de las minorías deben demostrar la existencia de sólidas razones para que el Estado se aparte de la norma de la neutralidad etnocultural”³⁴⁰.

2.3.3. Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional.

Una tercera etapa, sería la actual del debate. En la fase anterior, se generó una suerte de consenso dentro del liberalismo en el “culturalismo liberal o liberalismo igualitario”, avanzando en la resolución de aspectos concretos de “inclusión” y reconocimiento a ciertos “derechos de las minorías”.

Desde el comunitarismo, la postura sigue en la crítica general al liberalismo, sin dar mayores conceptualizaciones prácticas de las posturas del mismo. Ello es muy comprensible dado el fundamento basal de la crítica del comunitarismo, que es esencialmente estructural, dado que busca que los derechos de las minorías sean entendidos fuera del liberalismo, como un quiebre con dicha visión de la sociedad³⁴¹.

Por su parte el liberalismo, para Kymlicka, en esta etapa supera la idea de neutralidad cultural del Estado y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que

³³⁹ Taylor, Charles. (2009) Ob. cit., pág. 113.

³⁴⁰ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. (2003) Ed. cit., págs. 38-39.

³⁴¹ Véanse: Rodríguez, Rubén. *Liberalismo y Comunitarismo: un debate inacabado*. En *Stvdivm Revista de Humanidades*, Universidad de Zaragoza, N° 16, (2010), págs. 201-229; Donoso, Carlos. *Charles Taylor: una crítica comunitaria al liberalismo político*. En *Polis Revista Latinoamericana*, N° 6, Santiago, 2003; Fisher, Jaime. *Liberalismo, comunitarismo, cultura y multiculturalismo*. En *Revista de Filosofía Factótum*, N° 12, México, 2014, págs. 29-46; Romero, Juan y Ayala, Pablo. *Comunitarismo versus Liberalismo*. En *Estudios Políticos*, N° 8, octava época, México, 2006, págs. 43-57.

conviven en su interior. Con un matiz, Jürgen Habermas plantea que la neutralidad se mantiene, pero no cimentado en un consenso sustantivo sobre valores, sino que a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder³⁴².

Will Kymlicka para argumentar sobre lo inexacto que es la supuesta neutralidad cultural del Estado, utiliza el ejemplo del idioma utilizado por Charles Taylor³⁴³ de que la construcción de la idea de nación es realizada por la cultura mayoritaria, afectando gravemente a las minorías nacionales. Dicho ejemplo lo usa, para analizar la supuesta neutralidad del Estado en cuanto a las minorías nacionales y a los inmigrantes. Si todas las instituciones públicas operan en una lengua o idioma que no le es propio, las minorías étnicas, nacionales e inmigrantes, se ven marginadas respecto de ellas y enfrentadas a ello, según Kymlicka³⁴⁴, toman alguna de las siguientes opciones:

- a) Aceptar la integración en la cultura mayoritaria, aunque quizás tratando de negociar o renegociar los términos de la integración.
- b) Tratar de obtener los tipos de derechos y poderes de autogobierno que se necesitan para mantener su propia cultura societal, se embarcan en la construcción de su propia nación y Estado, en algunos casos.
- c) Aceptar una marginación permanente, generando ghettos y exclusión. Así, ahora la discusión gira en torno a las formas de tutela a las minorías nacionales y los inmigrantes. Se da un salto en el hecho de que la justicia social pueda ser definida en términos de reglas que hagan caso omiso de las diferencias, se acepta que las reglas puedan ser desiguales. El otro gran avance en el debate, es que la carga de la prueba “ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el status quo no crea injusticias para los grupos minoritarios”³⁴⁵.

2.3.3. Liberalismo igualitario o culturalismo liberal.

En los párrafos anteriores revisé el desarrollo que han tenido las ideas sobre el multiculturalismo, indicando el debate que ha existido al respecto entre liberales y comunitarios. Durante el debate la posición dominante al interior del liberalismo, exhibió un cambio, se pasó de una negación a la posibilidad de los derechos de las minorías nacionales o grupos etnoculturales, a la incorporación de dichas demandas en el marco teórico del liberalismo. ¿Existe un consenso en el liberalismo, acerca de la protección y la promoción de las culturas de minorías nacionales y grupos étnicos? Para Kymlicka³⁴⁶, pese a que el debate sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías es reciente, se podría detectar un consenso en el seno liberal al respecto, el que sería lo que denomina como: culturalismo liberal o liberalismo igualitario. Éste se “ha convertido en la posición

³⁴² Habermas, Jürgen. *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*. En: Taylor, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. 2º ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 155-212.

³⁴³ El argumento dado por Taylor y citado por Kymlicka para ello es: “Si una sociedad moderna tiene una lengua determinada, en el más amplio sentido del término, es decir, una lengua y una cultura patrocinadas, inculcadas y definidas por el Estado, una lengua y una cultura en la que operan tanto la economía como el Estado, es obviamente una inmensa ventaja para las personas que esa lengua y esa cultura sean las suyas. Los hablantes de otras lenguas se encuentran en distintos grados de desventaja”. Ver Taylor, Charles. *Nacionalismo y modernidad*. En: Mc Kim, Robert. y Mc Mahan, Jeff. *La moral del nacionalismo*. Barcelona, Gedisa, 2003, págs. 53-86.

³⁴⁴ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Ed. cit., pág. 43.

³⁴⁵ Carbonell, Miguel. *Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y Cultura*. 10(13): 21- 80, 2004, p.28.

³⁴⁶ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía*. Ed. cit., págs 59-71.

dominante en la bibliografía actual y que la mayoría de los debates se centran en cómo desarrollar y refinar la posición culturalista liberal, más que si debe aceptarse o no”.³⁴⁷

El culturalismo liberal se encontraría integrado por dos variantes del liberalismo, a las cuales Kymlicka ha identificado como nacionalismo liberal y multiculturalismo liberal³⁴⁸. Señala el autor que el culturalismo liberal sería lo siguiente: “El culturalismo liberal es la perspectiva que sostiene que los Estados liberal democráticos no sólo deberían hacer respetar el familiar conjunto de habituales derechos políticos y civiles de ciudadanía que amparan todas las democracias liberales; también deben adoptar varios derechos específicos de grupo o políticas dirigidas a reconocer y a acomodar las diferentes identidades y necesidades de los grupos etnoculturales”.³⁴⁹

El culturalismo liberal, sería el paso de un Estado liberal neutro en lo cultural, a uno protector de los grupos etnoculturales que viven en su interior, el cual adoptaría derechos específicos para los grupos³⁵⁰ y políticas de reconocimiento³⁵¹.

Kymlicka señala, a modo ejemplar, en que consistirían estos derechos diferenciados y políticas de reconocimiento, siendo las siguientes: “Estas medidas van desde las políticas educativas multiculturales a los derechos lingüísticos, pasando por las garantías de representación política y por la protección constitucional de los tratados con los pueblos indígenas”³⁵². El límite que impondría el culturalismo liberal estaría dado por:

- a). La pertenencia a los grupos etnoculturales no debe ser impuesto por el Estado, sino que constituir un aspecto de autoidentidad.
- b). Los miembros individuales de los grupos etnoculturales, deben ser libres para cuestionar y rechazar cualquier identidad heredada, teniendo un derecho efectivo y protección para abandonar cualquier grupo de identidad.
- c). Los grupos etnoculturales, no deben violar los derechos civiles o políticos básicos de sus miembros.

Las adaptaciones multiculturales deben tratar de reducir las desigualdades de poder entre los grupos de la sociedad, no permitiendo que un grupo ejerza dominación por sobre otro. Para los culturalistas liberales, lo anterior es una aspecto de justicia, que tiene por restricción las anotadas y que Kymlicka resume de la siguiente forma: “(...) los culturalistas liberales apoyan las políticas que

³⁴⁷ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía*. Ed. cit., pág. 63.

³⁴⁸ Ver: Kymlicka, Will. *El nuevo debate sobre los derechos de las minorías*. En: Requejo, Ferrán (Coord). *Democracia y pluralismo nacional*. Ediciones Ariel. Barcelona, 2002, pág. 45.

³⁴⁹ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía*. Ed. cit., pág. 63.

³⁵⁰ Para Kymlicka, existe un consenso en el culturalismo liberal, de que es posible incorporar tales derechos en el marco de democracias liberales. Ello es importante, ya que autores chilenos como Lucas Sierra, desde la óptica liberal, apuntan que ello no es compatible. Cuestión que desde ya señalo que no sólo es compatible sino necesario para un desarrollo armónico e integral del estado Chileno, el problema no es la incompatibilidad es que no hay la decisión política de hacerlo. Volveré sobre esta posición cuando analice la posibilidad de establecer derechos colectivos a los pueblos indígenas en la Constitución Chilena, en el capítulo tercero. Ver: Sierra, Lucas. *La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo*. Estudios Públicos. 92: 2003. Págs. 19-27.

³⁵¹ Junto a los temas analizados, Ferrán Requejo argumenta además que desde el campo de la legitimidad democrática, el creciente pluralismo cultural de las sociedades exige al liberalismo adaptarse a un pluralismo normativo y a un reconocimiento ético de las identidades. Ver: REQUEJO, Ferrán. *Legitimidad democrática y pluralismo nacional*. En: Requejo, Ferrán (Coord). *Democracia y pluralismo nacional*. Barcelona, Ariel, 2002, pp. 157-175.

³⁵² Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía*. Ed. cit., pág. 63.

hacen posible que los miembros de los grupos étnicos y nacionales expresen y promuevan su cultura y su identidad, pero rechazan cualquier política que imponga a la gente la obligación de abrazarlas”³⁵³.

El debate sobre el fenómeno multicultural en la filosofía política ha sido la base para la formulación de una variada gama de políticas, que buscan la integración con límites axiológicos y normativos claros. Esto es posible de visualizar por ejemplo en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia que al final del presente capítulo analizaremos con más detención. Es importante desde ya señalar, que en este plano, se analizarán los principios constitucionales que se constituyen en las soluciones políticas o normativas que se busquen para el multiculturalismo.

3. El derecho propio.

Hasta hoy, en Chile al menos, la conceptualización que se hace del derecho indígena se refiere a conceptos como “usos y costumbres” o “costumbre jurídica”, lo cual conllevaba a una subordinación de este sistema jurídico al derecho nacional que pretendía unificar y homogenizar la diversidad cultural.

Estas concepciones son claramente reduccionistas y discriminatorias, pues pretenden que todo el sistema normativo de un pueblo ancestral, sea considerado simplemente como un montón de normas dispersas, de costumbres aisladas que no tienen, pese a buscarlo y reclamarlo, un reconocimiento dentro del ordenamiento positivo nacional.³⁵⁴

Sin embargo la doctrina actual, tratados y declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, se refiere ya no a un conjunto de costumbres, sino que a un sistema normativo completo, o parcial, que cada pueblo originario se ha dado y que ha regido y regulado a una comunidad desde tiempos inmemoriales y que busca el justo reconocimiento de su existencia y validez dentro de los ordenamientos jurídicos dominantes de cada región, es decir, un pluralismo jurídico³⁵⁵.

El pluralismo jurídico es “una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico”³⁵⁶

Pueden existir diversas fuentes de pluralismo jurídico: “una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de regularización al interior del propio Estado.”³⁵⁷ Este pluralismo jurídico sólo podrá desarrollarse en un Estado pluricultural y multiétnico que garantice la igualdad entre ambos ordenamientos jurídicos, de modo tal que el Estado

³⁵³ Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Ed. cit., pág. 64.

³⁵⁴ Probablemente la única norma del derecho chileno que reconozca la costumbre indígena como parte del derecho, con muy importantes restricciones, es el artículo 54 inc. 1 y 2 de la ley 19.253.- 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. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

³⁵⁵ Cabedo, Vicente. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Icaria Editorial, Barcelona, 2012. Págs. 30-35.

³⁵⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Hitos el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. En: Berraondo, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Universidad de Deusto. 2006. págs. 537-567.

³⁵⁷ Santos, Boaventura de Sousa. *Law: A map of Misreading: Toward a posmodern conception of law. Estado, Derecho y luchas sociales*. Bogotá. ILSA. 1994. Pág. 63.

no imponga la cultura hegemónica como dominante, permitiendo así que todos los sistemas normativos coexistan pacíficamente en la sociedad.

El término Derecho Propio (*ius proprium*) se utilizó originariamente en el ámbito de la doctrina jurídica para aludir al derecho que emanaba de los estados nacionales nacientes frente al derecho común europeo. Por lo tanto, la expresión derecho propio constituye una visión mucho más amplia que derecho consuetudinario, pues está concebido como una extensión de soberanía del Estado que incluye el derecho consuetudinario, las formas deliberadas de creación de derecho y las diversas formas de jurisdicción³⁵⁸.

La pregunta es ¿Qué se entiende por Derecho Propio Indígena?³⁵⁹ En las últimas décadas, América Latina ha experimentado una revitalización de los Pueblos Indígenas lo cual se ha traducido en el fortalecimiento de sus organizaciones y una importante transformación en la forma de relacionarse con los gobiernos actuales y con la sociedad, pudiendo de esta forma manifestar sus demandas bajo estrategias políticamente organizadas. Utilizan instrumentos legales para demandar sus derechos, acuden a las Cortes Internacionales con el objeto de ser escuchados. Sus demandas ya no son “un resurgimiento de antiguas ideas sojuzgas y sometidas por la modernidad”³⁶⁰, sino reivindicaciones que buscan el reconocimiento de sus derechos colectivos, de su condición de pueblo, de su derecho a la libre determinación, cada una de estas reivindicaciones conforman y dan forma el llamado Derecho Propio.

La investigadora María Teresa Sierra, define el Derecho Propio Indígena como un “producto de relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional. El derecho indígena no puede ser visto únicamente como la continuación de tradiciones y costumbres originales, sino en su interrelación, confrontación y procesos constitutivos mutuos con el derecho nacional, procesos inmersos, a su vez, en relaciones de poder y de cambio. Más que normas jurídicas autónomas lo que *encontramos* son imbricaciones y sincretismos en donde el derecho indígena ha incorporado prácticas del derecho colonial y nacional”³⁶¹.

Lo que expresa, y parece ser de toda lógica sobre la base de lo que ha sido la organización histórica de los pueblos originarios, es que el derecho propio indígena no puede ser considerado simplemente como un conjunto de tradiciones y costumbres ancestrales, sino que es un ordenamiento “legal” que contiene elementos tanto del mundo indígena como de la sociedad nacional. Es un conjunto de normas dinámico, no estático, que ha ido reformulándose de acuerdo a las necesidades de los pueblos indígenas y al contacto y la relación que a lo largo de la historia ha tenido con otros sectores de la sociedad en la cual se encuentran actualmente inmersos³⁶².

³⁵⁸ Véase: Carmona, Cristóbal. *Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, Santiago, 2015, Págs. 975-1001; Clavero, Bartolomé. *Institución política y derecho: Acerca del concepto historiográfico de Estado moderno*. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 19, enero-febrero 1981, págs. 43-57; Yrigoyen, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *Revista El otro Derecho*, ILSA, N° 30, Bogotá; Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. En *Grandes temas de la Antropología Jurídica*, V Congreso de la red latinoamericana de Antropología Jurídica, 16 al 20 de octubre, 2006, Oaxtepec, Morelos, México. Págs. 15-25.

³⁵⁹ Iturralde Diego. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* vol 41. Costa Rica. 2005. Págs. 20-22.

³⁶⁰ Iturralde, Diego. *Lucha Indígena y reforma neoliberal*. Iconos (9): Flacso Ecuador 2000. Crf.pág 24.

³⁶¹ Sierra, María Teresa. *Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas*. *Alteridades* 7 (14): Universidad Autónoma Metropolitana. Ciudad de México 1977 págs. 131-143.

³⁶² Cabedo, Vicente. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Icaria editorial. Barcelona. 2012. Págs. 65-70.

El antropólogo Diego Iturralde señala que el reconocimiento del derecho propio indígena es “un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía”³⁶³. Agrega que este derecho forma parte de una amplia gama de demandas que incluyen “el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía”³⁶⁴.

A partir de lo expuesto, tenemos los elementos para confirmar, porque hablar de derecho propio y no de derecho consuetudinario, y la razón es que el derecho consuetudinario hoy es parte del derecho propio y de las reivindicaciones que demandan los Pueblos Indígenas, ya que éstas no sólo tienen que ver con reconocer ciertas costumbres o usos ancestrales, sino, un conjunto de normas, de instituciones y de realidades que permitan la convivencia pacífica, en un plano de igualdad y de respeto de sus derechos en la sociedad actual³⁶⁵.

Sin este reconocimiento, los Pueblos indígenas seguirán viviendo bajo normas ajenas, dictadas por organismos donde no existe su participación, y que sólo han provocado desigualdades y violaciones sistemáticas de sus derechos.

Por lo que, podríamos distinguir los siguientes elementos dentro del derecho propio que son fundamentales para su reconocimiento:

3.1. Reconocimiento constitucional de la existencia de pueblos indígenas.

Ya en el primer capítulo hicimos una definición de quienes son los pueblos indígenas. Dijimos que aunque no existe una definición universal, el concepto de pueblo indígena más utilizado sigue siendo el formulado por el Relator Especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo³⁶⁶ en su “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”.

Sobre la base de que existe continuidad histórica entre los pueblos indígenas de la actualidad con las sociedades pre-coloniales, ya que existen factores que nos permiten conocer esa continuidad histórica y ello nos ayuda a identificar a los pueblos indígenas, estos factores son: que exista una ocupación de tierras ancestrales, o de parte de ellas, o antecedentes históricos que den cuenta del despojo y o la expulsión de ellas que los pueblos han sufrido de parte del estado o de terratenientes; una ascendencia común con los habitantes originales de tales tierras; una cultura que expresa

³⁶³ Iturralde, Diego (2000). Ob. cit., pág. 24.

³⁶⁴ Iturralde, Diego (2000). Ob. cit., pág. 25.

³⁶⁵ Véase. Flores, Daniela. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, Quito, 2011, disponible en:

http://inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf; Trujillo, Julio. *La administración de la Justicia Indígena Ecuador Intercultural*. En *Revista de la Universidad del Azuay*, N° 65, Diciembre 2014, Págs. 275-296; Castillo, Mayarí. *Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo*. En revista *Nueva antropología*, vol. 22, N° 71, México jul./dic. 2009, Págs. 275-296; Colmenares, Ricardo. *El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas*. En *Revista IIDH*, vol. 41, págs. 83-118.

³⁶⁶ En 1971 el Sr. José R. Martínez Cobo (Ecuador) fue nombrado Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

identidad y unidad general en torno a ideas de la relación del hombre/mujer con su entorno social y la naturaleza; una lengua común; la propia auto identificación como indígena.

Respecto de este último punto es necesario señalar que ser indígena es identificarse con el pueblo al que se pertenece, tener sentido de grupo y ser reconocido y aceptado como uno de sus miembros. Ligado a este concepto tenemos el de identidad étnica. El cual ha sido definido por la antropología como “el sistema cultural de referencia de una comunidad humana a partir de la cual define su identidad o personalidad grupal. Se trata del conjunto de indicadores culturales que otorgan a una comunidad su identidad en el contexto social”³⁶⁷. Esta identidad étnica contempla el derecho a la diferencia, a la propia cultura, a la propia existencia y el derecho a la autodefinición.

Lo que plantea la demanda indígena, más que un derecho a la autodefinición, es el reconocimiento constitucional por parte de los Estados de su existencia como Pueblos. De su capacidad de generar normas, de mantener instituciones vigentes y de reconocimiento de sus formas de propiedad colectiva de la tierra y de los recursos naturales. No se busca formar nuevos Estados, ni pretender ideas separatistas, se persigue un trato igualitario dentro de una sociedad que le teme a lo diferente y que reacciona tratando de ocultar esas diferencias con un concepto de Estado Unitario, que impide el reconocimiento de los pueblos indígenas³⁶⁸.

3.2. Derechos de propiedad ancestral sobre sus territorios y sus recursos naturales.

El elemento del reconocimiento del territorio propio como parte integrante de los pueblos es una garantía de su supervivencia. Como ya lo hemos expresado, la identidad indígena se determina por su función e interrelación plena con la tierra y el territorio que ocupa la comunidad, ha sido definida por los propios pueblos originarios en la Declaración de Quito de 1990 de la siguiente forma: “Nuestra concepción de territorio se sustenta en la forma de entender el sentido de lo humano y de la naturaleza, así como la interrelación de éstos. Las formas organizativas, políticas, económicas, de producción, en fin, todos los elementos que conforman nuestras culturas están enraizados y orientados por lo comunitario (...) no nos sentimos dueños de ella, es nuestra madre, no una mercancía, es parte integral de nuestra vida, es nuestro presente y nuestro futuro.”³⁶⁹

No existirá reconocimiento del derecho propio³⁷⁰, sino se reconocen las formas de propiedad ancestral indígena y las formas de administración de los recursos naturales que los rodean,

³⁶⁷ Baztán, Angel. *Diccionario temático de antropología*. Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona. 1993. cfr. pág. 250.

³⁶⁸ Véanse: Frank Semper. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, págs 761-768; Fuentes, Claudio y de Cea Maite. *Reconocimiento débil: Derechos de pueblos indígenas en Chile*. En *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 25, N° 49, México, ene./jun. 2017, págs. 1-21; Ravest, Maximiliano. *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales: Breve análisis del derecho comparado*. En *Revista de Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 17, 2011, págs. 91-118; Martínez, Manuel. *Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. En *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, UNAM, vol. 60, N° 224, México, 2015, págs. 251-278.

³⁶⁹ Declaración de Quito, Primer encuentro continental de pueblos indios, Ecuador, 1990. En: http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php Consultada el 10 de marzo de 2019.

³⁷⁰ Véanse: Cabedo, Vicente. *De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*. Revista Política y Cultura, México 2004, núm. 21, págs. 73-93; Gómez, Magdalena. *Derecho indígena y constitucionalidad* En: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/15015007/38.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDERECHO_INDIGENA_Y_CONSTITUCIONALIDAD.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-

especialmente hoy en el caso de los pueblos aymara, diaguitas, atacameños, mapuches de los derechos del agua. Tampoco lo habrá si no hay reconocimiento de su propia justicia.

Hacia fines del siglo XX y principios del siglo XXI aparece una visión pluralista del derecho, que tiene su primer fundamento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización de las Naciones Unidas; y, en las nuevas Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, México, en las que se incorporan la diversidad cultural, los derechos indígenas y entre ellos la jurisdicción colectiva. Así en estas constituciones se reconoce que los pueblos indígenas tendrán, idealmente, el control de sus instituciones de desarrollo político, social y económico. En esta nueva mirada óptica, los derechos garantizados internacionalmente a los pueblos indígenas y reconocidos por los estados en los nuevos ordenamientos constitucionales de los Estados se atendieron por el principio de la autodeterminación³⁷¹. El derecho a la libre determinación se ha planteado en el derecho internacional para todos los pueblos, “en virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen por ellos mismos, su desarrollo económico, social y cultural”. Es un derecho integral, de una dimensión, política, económica, social y cultural. En caso de estar disponible para la población se tiene el poder de tomar decisiones de orden material y cultural³⁷². La experiencia latinoamericana nos dice que donde se ha reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos, éstos no han optado por la separación ni por la formación de un Estado nacional independiente.

Al negar el Estado, como concretamente lo hace el día de hoy, la propiedad indígena de éstos pueblos sobre sus territorios, el uso ancestral de los recursos naturales o la aplicación de su propia jurisdicción, les está negando su existencia como pueblos y así el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en Chile es sólo formal y no se traduce en políticas concretas donde estas normas reconocidas no sean letra muerta.

3.3. Derecho de libre determinación.

Es una de las condiciones básicas para el desarrollo de los pueblos indígenas y probablemente una de las más combatidas por el Estado de Chile.

La auto determinación se puede definir, como la capacidad y potencia que tiene todo pueblo indígena para organizarse, elegir sus liderazgos o autoridades, generar las normas de resolución de sus conflictos, dirigir sus propios destinos, decidir sobre los asuntos más trascendentales de la vida

Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191205%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20191205T205442Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=fdb0ec42a72e56c78770fa0c08179bfc4174fb74406f75df2b36856f7b3f789 consultada el 21 de octubre de 2019; Martínez, Manuel. *Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. Revista meicana de ciencias políticas y sociales. Vol. 60 n° 224 México, 2015 págs. 251-278; Rueda, Carlos. *El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación*. Estudios Socio-Jurídicos Vol. 10 N°1 Bogotá 2008. Págs. 339-374; Ávila, Luis. *Los caminos de la justicia intercultural*. En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).

³⁷¹ López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y Derechos indígenas en México*, México, Conaculta, 2002, cfr pág. 37.

³⁷² Clavero, Bartolomé. *Geografía jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. México, Siglo XXI, 2008. Cfr. pág. 236.

de su pueblo, de acuerdo a su cultura, su historia, su religión; todo para lograr la armonía y el bien de la comunidad³⁷³.

Esto, está lejos de significar intenciones separatistas, en los hechos es perfectamente posible la convivencia del Estado con estas formas autónomas de organización y gobernanza indígenas. Lo que se demanda e definitiva no es la separación, sino el reconocimiento de sus derechos históricos y el ejercicio de éstos dentro de la nación que habitan, el respeto y reconocimiento de sus autoridades políticas y administrativas y la facultad de administrar según sus propias normas, sus territorios y los recursos naturales que los rodean³⁷⁴.

3.4. Administración de justicia.

Para un completo reconocimiento de los derechos indígenas, es fundamental otorgar validez a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, de manera que, al interior de sus comunidades puedan imponer sus propias normas y regular la convivencia entre sus pares. Es aquí además, donde nace el concepto de derecho propio, pues en un comienzo, se circunscribía el reconocimiento de éste, a reconocer la vigencia de los usos y costumbres de los pueblos indígenas dentro de su territorio; pero, como hemos ido analizando, es acá donde encontramos el derecho consuetudinario, el cual puede definirse como “aquellas reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo indígena y que contribuyen al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir. Estas normas generalmente son elaboradas y transmitidas oralmente u cambian de acuerdo con la evolución de las creencias y valores imperantes en cada comunidad indígena. Por lo tanto son normas que se modifican con el tiempo”³⁷⁵.

Podemos así concluir esta parte con que un reconocimiento del Derecho Propio Indígena, debe abarcar no sólo un reconocimiento de la normativa indígena, sino un conjunto de elementos que permitan un verdadero desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siendo la base

³⁷³ Véanse: Mariman, José. *Autodeterminación. Ideas políticas Mapuches en el albor del siglo XXI*, Lom Ediciones, Santiago, 2012; Figuera, Sorily. *Los Pueblos Indígenas: libre determinación y subjetividad internacional*. RJUAM, Nº 22, II, México, 2010, págs. 105-123; Chávez León, Marxa Nadia. *Autonomías Indígenas y Estado Plurinacional. Proyectos políticos de los movimientos indígenas y campesinos en Bolivia*. En Observatorio Social de América latina, año IX, Nº 24, 2008, págs. 51-71.

³⁷⁴ A vía ejemplar Constitución Política de Colombia 1991: Art. 246. Derecho de grupo a administrar justicia “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.” Art. 329. Derecho de grupo a la propiedad de la tierra “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.” Art. 330. Derecho de grupo a la autonomía política en Colombia “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. Percibir y distribuir sus recursos. Velar por la preservación de los recursos naturales. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. Las demás que señalen la Constitución y la ley.”

³⁷⁵ Aravena, Andrea. *Derecho Consuetudinario y Costumbre Indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial*. En: Actas del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Arica, Chile. 2000. Cfr. Pág. 149.

esencial para este reconocimiento, la existencia de un pluralismo jurídico que permita la convivencia en un plano de igualdad del ordenamiento jurídico positivo junto al derecho indígena.

4. Pluralismo jurídico y derechos indígenas.

La realidad de América Latina parece decirnos que existe una pluralidad de sistemas jurídicos que se sustentan en una diversidad cultural y, por tanto, que debemos aprender a ver el derecho como una construcción social e histórica que se modificará no solo con el tiempo, y el desarrollo de las comunidades, sino de acuerdo al lugar y la cultura que lo crea³⁷⁶.

Si apreciamos esta diversidad podemos constatar a lo menos dos cosas: una, que todos los sistemas jurídicos tienen, dimensiones conflictivas y debilidades y por tanto están sujetos a críticas, particular y especialmente los sistemas legales de los Estados; la segunda razón es que no hay motivos sociológicos, científicos o históricos, para suponer que alguno de estos sistemas es mejor que otro, si bien hay una supremacía de un sistema, el estatal, por sobre los otros, esta supremacía es sólo por la fuerza y el ejercicio de la violencia, cuyo monopolio poseen los estados; pero ello no significa que todos los sistemas jurídicos imperantes no sean valiosos y representen o puedan representar, una enorme riqueza jurídica para nuestras sociedades.

No resulta difícil apreciar que, teóricamente al menos, todos estos sistemas jurídicos plantean valores muy similares, concepciones de orden, organización y o justicia, que casi cualquier sociedad compartiría. La diferencia se produce en la forma como se resguardan estos distintos valores allí es donde hay una diferencia muchas veces muy radical³⁷⁷.

La supuesta superioridad del derecho estatal, por sobre las otras expresiones del derecho, son producto de la dominación, discriminación estructural, del colonialismo y la asimetría de poder con que se han conformado nuestras sociedades. Ésta se reproduce cotidianamente en todos los espacios públicos donde se encuentran estas diversas expresiones en la producción de normas y en la interacción de las colectividades con sus propios individuos y con otras colectividades. Esta noción supremacista de un sistema jurídico sobre todos los otros, es una más de las expresiones de la profunda desigualdad social que en todos los ámbitos, estructura a los países de nuestro continente³⁷⁸.

Por otra parte, es imposible no reconocer el avance en la positivización de los derechos de los Pueblos Indígenas, que marca nuevas reglas en el campo jurídico para enfrentar las situaciones de abuso, despojo e injusticia que históricamente han vivido y siguen viviendo. Sin embargo, también parece imposible no reconocer que este, como muchos otros derechos, no logra ser eficaz. Un derecho eficaz supone que el contenido de la ley se materialice, en la sociedad y supone de esta forma que

³⁷⁶ Véase: Dupret, Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, 2007; Ruiz, Mario. Sociedades Multiculturales y Sistemas Jurídicos: intersecciones y confrontaciones. En *Revista Derechos y Libertades*, N° 32, Época II, 2015, págs. 79-105; Rodrigues, Simone y Domínguez, Carlos. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. En *revista Política y Cultura*, N° 35, México, enero 2011, págs. 49-66.

³⁷⁷ Véanse: Ariza, Rosember. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los Estados constitucionales. En *Revista InSURgência*, año 1, vol.1, N°1, Brasília, 2015, págs 165-194; González, Iván. Justicia comunitaria dentro la justicia ordinaria y su naturaleza en el resguardo de los derechos humanos. En *LEX Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas*, vol. 2, N° 3, Bolivia, 2019, págs. 41-51.

³⁷⁸ Ver: CEPAL. La matriz de la desigualdad social en América latina, I reunión de la mesa directiva de la conferencia regional sobre desarrollo social de América Latina y el Caribe. Santo Domingo 1 de noviembre de 2016. https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/matriz_de_la_desigualdad.pdf

efectivamente se plasme el estado de derecho. Cuando un derecho no es eficaz, el Estado ofrece una salida que consiste en acudir a los tribunales para que se pueda exigir al propio Estado el cumplimiento de lo que dice la ley³⁷⁹.

En un Estado de derecho, se pide a los jueces que hagan que una norma vigente se vuelva eficaz, en términos accesibles, esto es lo que llamamos justiciabilidad³⁸⁰.

En todos los países de América Latina, aunque con diferencias importantes entre uno y otro, hay derechos indígenas vigentes, que aún cuando no complacen a importantes sectores de los movimientos indígenas que los han demandado, ejemplo de ello en México y Ecuador³⁸¹, sí van configurando un nuevo papel político de los pueblos indios en su relación con el Estado. Desafortunadamente, como hemos mencionado, estos derechos no son plenamente eficaces³⁸² y aunque, como veremos, hay muchas resoluciones importantes de altas cortes del continente en la materia³⁸³, su justiciabilidad es aún débil, y peor aún, pareciera que va en retroceso³⁸⁴.

³⁷⁹ Greppi, Andrea, *Eficacia*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III de Madrid, N° 3, 2013, págs. 150-159.

³⁸⁰ Melo, Mario. *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos n° 4 año 3. Sao Pablo. 2006. Págs 31-49.

³⁸¹ En México la reforma constitucional del 2001 fue rechazada por el movimiento indígena, a través de las posturas del EZLN y el Congreso Nacional Indígena (Comunicado del 29 de abril de 2001), así como por diputados de origen indígena, e incluso fue motivo de la presentación de controversias constitucionales presentada por cientos de autoridades municipales.

En Ecuador el 4 de septiembre de 2008, EL Consejo de las Nacionalidades Indígenas de Ecuador, CONAIE, manifestó que no estaba satisfecha porque el proyecto de constitución no iba más allá de la de 1998: “el proyecto de la nueva constitución 2008 no recoge adecuadamente las propuestas planteadas por la CONAIE en torno a nuevos derechos de las nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador”, además de una serie de confrontaciones por el tema de la Consulta y el Consentimiento previo para llevar a cabo proyectos económicos en los territorios indígenas; aún cuando en el referéndum constitucional dieron un sí crítico.

³⁸² Al respecto es posible citar los informes de los dos relatores y la relatora, especiales sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, consultables en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/AnnualReports.aspx>. Los informes de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), consultables en: http://www.dplf.org/es/resources?field_resources_region_tid_i18n=All&field_resources_country_tid_i18n=All&field_resources_topic_tid_i18n=720

³⁸³ Muchas de estas resoluciones se pueden consultar en el “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos indígenas”, consultable en: <http://www.dplf.org/es/resources/digesto-de-jurisprudencia-latinoamericana-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-la>; en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuacion-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades>.

³⁸⁴ Ver por ejemplo el artículo de Rosember Ariza: *Teoría y práctica en el ejercicio de la jurisdicción indígena en Colombia*, (Martínez et. al., 2008) donde expresa cómo la corte más avanzada en la materia ha tenido retrocesos en sus criterios; el de Juan Carlos Martínez: “Oaxaca un paso atrás. Reforma neoliberal y regresión en el reconocimiento de derechos autonómicos de los Pueblos Indígenas: el caso de Tlahuitoltepec”, que muestra cómo ciertos derechos a la autonomía se vuelven incompatibles con las reformas económicas extractivistas que se buscan implementar o el de Rachel Sieder: “Soberanías en disputa: justicia indígena, violencia y efectos de Estado en la Guatemala de Posguerra”, que revisa los límites de este reconocimiento en Guatemala, analizando las concepciones de Estado que subyacen en este modelo de multiculturalismo, ambos en: Sierra, María Teresa; Hernández Rosalía y Sieder, Rachel. Editoras. *Justicia Indígena y Estado. Violencias Contemporáneas*. Flacso. México. 2013.

La pregunta central que hemos lanzado a muy diversos interlocutores, es si la eficacia de estos derechos va en un proceso de avance gradual pero consistente, como podemos suponer siguiendo el principio de progresividad de los derechos, y si la acción de los jueces, como lo apuntan algunos casos emblemáticos, va a ser un factor definitorio en dicho avance. Así lo que nos queda es analizar que ha pasado en la praxis con los derechos de los pueblos indígenas, que innegablemente han sido lentamente reconocidos en tratados, constituciones y leyes internas.

5. “La brecha de implementación”.-

El ex Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, publicó en 2006 su sexto informe temático anual llamado: “*La brecha de implementación*”. Este documento lo que hizo fue mostrar la distancia entre las normas que reconocen derechos a los Pueblos Indígenas y “las realidades cotidianas en las que se encuentran numerosos problemas para el adecuado cumplimiento de estas medidas legislativas”³⁸⁵. Cuestión que se ha hecho una mala práctica de los Estados en relación de inadecuada implementación de sus obligaciones con el derecho internacional en su normativa interna.

En su informe, Stavenhagen describe cómo en los más distintos países del mundo, los Estados han avanzado en el reconocimiento de derechos específicos a los Pueblos Indígenas y han suscrito una serie de prerrogativas especiales para estos pueblos, particularmente, aquellas desarrolladas en el ámbito del derecho internacional. Stavenhagen, señaló que en ese momento existían una serie de problemas que dificultan la implementación de la legislación vigente en países como por ejemplo México, Ecuador, Guatemala, Canadá, Chile, Filipinas, Sudáfrica, Argelia, Namibia, Etiopía y Rusia³⁸⁶.

Se puede decir que hay una constante y esta es que hay una distancia y un conflicto entre las normas jurídicas reconocidas a los pueblos y la eficacia de las mismas. En la misma línea, el informe señala la falta de participación y representación de los pueblos indígenas en las legislaturas nacionales, las contradicciones entre el contenido de ciertas leyes secundarias y los derechos de los indígenas reconocidos en las constituciones, el desconocimiento y la falta de capacitación que la mayoría de los funcionarios, especialmente judiciales, tienen respecto a estas normas.³⁸⁷

En sus conclusiones el ex Relator nos muestra un panorama desalentador y hace una descripción del Estado o de los Estados, que muestra cómo, a pesar de los avances normativos, no hay legislación secundaria que desarrolle estos derechos y que persiste un gran número de normas que contradicen tajantemente los principios constitucionales; que en muchos casos estas contradicciones son alentadas por los propios gobiernos.³⁸⁸

Su conclusión muestra el problema central: “*que en los legislativos los indígenas están sub-representados, los indígenas no proponen, ni deliberan, ni discuten, ni aprueban las leyes que en*

³⁸⁵ Stavenhagen, Rodolfo. 2008. *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*. Quinto informe temático. Págs 115-134. En: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000225613>

³⁸⁶ Stavenhagen, Rodolfo. 2006 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Misión a Ecuador*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6563.pdf>

³⁸⁷ Stavenhagen, Rodolfo. *Quinto informe temático* 2006: Ob. cit., pág. 123.

³⁸⁸ Stavenhagen, Rodolfo. *Quinto informe temático* 2006. Ob. cit., pág. 132.

teoría van a regir sus vidas"³⁸⁹. La conclusión de Stavenhagen se basa en que si bien existe la ratificación de instrumentos internacionales y normas constitucionales éstas se vuelven declarativas, porque no hay un desarrollo de la legislación interna para su efectiva implementación. Esa situación al igual que a Stavenhagen nos hace preguntarnos ¿si en verdad los Estados hoy tienen la voluntad política y la capacidad de cumplir o afrontar los retos que se derivan de sus obligaciones frente a los Pueblos Indígenas y la comunidad internacional?

El informe, también señala que las normas dan reconocimiento a lo cultural pero restringen el acceso a territorios y recursos naturales; hace referencia a contrarreformas que limitan derechos reconocidos con anterioridad; y señala acusados problemas en la administración pública, como la fuerte burocracia, el formalismo rígido y el autoritarismo, entre otros³⁹⁰.

El acertado diagnóstico de Rodolfo Stavenhagen, desde nuestra perspectiva, refleja la problemática de los pueblos indígenas. Frente a los estados y las empresas transnacionales, hoy en América Latina hay casos muy concretos que expresan esta "brecha de implementación, sólo a vía ejemplar puedo citar los casos de:

- El acueducto bicentenario contra la tribu Yaqui y los parques eólicos contra el pueblo Zapoteco del Istmo de Tehuantepec, ambos en México;
- La minería de oro en el pueblo de San Miguel Ixtahuacán -que después de 12 años de explotación y de total destrucción del entorno cerró-, la instalación de la tercera mina de plata más grande del mundo en San Rafael Las Flores, que afecta al pueblo xinka, ambas en Guatemala;
- La construcción de una hidroeléctrica en el río Don Diego que afectaría a los pueblos Kogui y Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta en Colombia;
- La masacre de Bagua, complejo problema provocado por el Estado contra los pueblos Aguaruna y Huambisha en Perú, que termina con el crimen de 23 policías, 10 indígenas y cientos de indígenas heridos;
- La afectación a los pueblos amazónicos de Bolivia con la carretera del territorio indígena y parque nacional Isiboro Sécore TIPNIS, cuestión que ha generado gran conflictividad entre los propios pueblos indígenas que son partidarios y detractores de su construcción;
- La construcción de la represa Belo Monte, que entre otros afecta a la Tribu Paracaná en Brasil;
- La criminalización del pueblo Mapuche en Chile y Argentina.

Frente a este adverso panorama, Stavenhagen hace algunas recomendaciones en la esperanza que en algún momento los indígenas gocen plenamente de sus derechos³⁹¹: Pone el acento en el papel de las legislaciones, las instituciones y los tribunales; en la representación indígena en los órganos de toma de decisiones; en el acceso a la jurisdicción estatal y las posibilidades reales del ejercicio de la jurisdicción propia.

Estas recomendaciones dejan ver la necesidad de lograr una nueva voluntad política de los gobiernos y también de vencer las resistencias de los funcionarios en el ámbito individual. Aunque

³⁸⁹ Stavenhagen, Rodolfo. Quinto informe temático 2006. Ob. cit., pág. 133.

³⁹⁰ Stavenhagen, Rodolfo. Quinto informe temático 2006. Ob. cit., págs. 130-134.

³⁹¹ Stavenhagen, Rodolfo. 2008. Quinto informe temático 2006. Ob. cit., págs. 132-134.

podríamos deducir que, si hay leyes, sin duda insuficientes, que plasman derechos indígenas, hay al menos cierta voluntad del Estado para reconocerlos, la ecuación no es tan simple³⁹².

Si bien hay algunos avances, que dan cuenta de la importancia del derecho internacional y de sus instituciones defensoras de derechos humanos, quizás esto no significa que progresivamente se llegará al objetivo de la vigencia plena de estos derechos. Asimismo, se podría interpretar que el problema puede estar en la superestructura, concretamente en un modelo político, económico, cultural, militar que domina hoy a la humanidad, léase, neoliberalismo que bajo ninguna premisa pondrá la centralidad en los excluidos, sino en el poder y en los poderosos; si a ello sumamos a nivel estadual las resistencias individuales de algunos o muchos funcionarios, la influencia de lobby de la industria extractiva y que es dable suponer que no hay voluntad política de los gobiernos de avanzar en una concreción de sus obligaciones internacionales³⁹³.

Sobre el poder judicial, Stavengahen señala que se ha visto cada vez más implicado en esta problemática porque observa que algunas Cortes nacionales han tenido un protagonismo que da contenido a estos derechos y particularmente, en el ámbito internacional destaca el papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aunque reconoce que tendrían que hacer mucho más. Aun es necesario encontrar la forma de hacer obligatorias sus resoluciones y establecer mecanismos de sanciones a los Estados que persisten en ignorarlas.³⁹⁴

No obstante, su visión de la función judicial es optimista, cuestión que no es compartida por el autor, quien de su dilatada experiencia en la litigación puede concluir que en general los jueces -con contadas excepciones- son deficientes cuando se trata de la aplicación de normas del derecho internacional y/o principios constitucionales, por desconocimiento, inadecuada preparación, convicciones políticas neoliberales y o por falta de convicción en el rol fundamental que deben cumplir en la defensa y respeto de los derechos de los pueblos.

Con respecto a la administración estatal, habla de una internacionalizada cultura burocrática, lenta para los cambios, poco flexible, impermeable a la multiculturalidad, heredera de un pasado asimilacionista y destaca que: "*en su seno se manifiestan frecuentemente actitudes discriminatorias, cuando no racistas, hacia lo indígena*"³⁹⁵. Yo agregaría, hacia él y o la indígena.

A esta problemática expuesta en sus diversos aspectos, habría que sumar un tema fundamental para los Pueblos Indígenas: el territorio, su defensa y salvaguarda, ante los embates de políticas neoliberales que buscan a través de la industria extractiva explotar desmesuradamente recursos

³⁹² Véanse: Donoso, Sebastián; Palacios, Camila. *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*. En *Centro de políticas Públicas UC*. Temas de la Agenda Pública, año 13, N° 103, enero 2018; Martínez, Asier. *El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. La difícil construcción de una política intercultural*. En: Martí, Salvador (ed.) *Pueblos Indígenas y Política en América Latina*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2007, págs. 305-331; Mejías, Blanca. *Pluralismo epistemológico y derechos de los pueblos indígenas ¿Utopías posibles?* En *Revista Nuestra América*. Vol 7, N° 14, 2019. Págs 82-101.

³⁹³ Véanse: Barceló, Víctor. *Los pueblos originarios o indígenas y el capitalismo salvaje*. SERVINDI. Perú. En: <https://www.servindi.org/actualidad/132764>; Rodríguez, Javier. *La lucha por el capital y la lucha por la subsistencia. La violencia del sistema capitalista en los indígenas wichi del Chaco argentino*. En *Revista de Antropología Experimental*, N° 16, Universidad de Jaén, España, 2016. Texto 24: 365-379; Martínez, Julieta. *Indígenas, campesinos y capitalismo: Una radiografía de San Juan Chamula, Chiapas*. En *Revista periferia* Número 20 (2), diciembre 2015. Disponible en: <http://revistes.uab.cat/periferia> Universidad Autónoma de Barcelona.

³⁹⁴ Stavengahen, Rodolfo, 2008 *Quinto informe temático* 2006. Ob. cit., págs. 131-132.

³⁹⁵ Stavengahen, Rodolfo, 2008 *Quinto informe temático* 2006. Ob. cit., pág. 135.

naturales -minerales, petróleo, aire, aguas, plantas- o bien, comercializar y sus prácticas culturales y lugares sagrados; apropiarse y despojar de sus saberes tradicionales, de sus construcciones simbólicas.³⁹⁶

Los saberes y formas económicas de estos pueblos han perdido toda viabilidad frente a la economía global y sus territorios pretenden ser devastados por la minería, las industrias petroleras y otras actividades extractivas. Todo ello, a través de políticas públicas implementadas por los gobiernos nacionales; concesiones o nuevas legislaciones.³⁹⁷

Stavenhagen constata y explica que, en esos casos, no se cumple con el derecho de consultar a los pueblos en todas aquellas medidas administrativas o legislativas que les afectarán, y que se establecen mecanismos unilaterales que no toman en cuenta sus derechos. Así en estos puntos señalados en los párrafos anteriores son relevantes para entender esta distancia entre lo que dice la ley y lo que hacen quienes aplican la ley: el racismo institucional y el modo actual del capitalismo global extractivista, son estructurantes del Estado mismo y plantean el problema central en la realización de estos derechos. Para las burocracias estatales en general, los derechos indígenas son desconocidos, o mal interpretados, porque en su realización median las acciones de funcionarios con marcadas ideas sobre lo que es el desarrollo y la inferioridad de los indios, concepciones que ya tenían lleno el espacio que en teoría cubrirían los mecanismos de reconocimiento de derechos a los Pueblos Indígenas.

A trece años del informe que venimos analizando, los avances son muy pocos, y más bien se constatan algunos retrocesos agudos. Pareciera que el proceso de reconocimiento de derechos colectivos terminó, e incluso las constituciones más avanzadas -Colombia y Ecuador- son sistemáticamente violadas por los mismos Estados que las promulgaron, los despojos siguen, la criminalización también.³⁹⁸

El año 2015, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) y su programa de Pluralismo Jurídico y Vigencia de Derechos más el Centro Profesional Indígena de Asesoría Defensa y Traducción A.C. (CEPIADET), realizaron en Oaxaca, México, el Seminario Internacional “Cerrando la brecha de implementación”. Se convocaron a expertos

³⁹⁶ Véanse: Gatica, Daniel, *El territorio de los pueblos originarios frente a la lógica del neoliberalismo*. En *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias Estado de México, vol 1, 2015, págs. 191-197; Gómez, Juan. *Tierra, Territorio y Autonomía: la lucha política del movimiento social Mapuche en la sociedad neoliberal chilena*. En *Revista Estudios*, Universidad de Costa Rica. N° 22, 2009, págs. 303-312; Figueroa, Verónica. *Tierras y territorios indígenas: dimensiones complejas para las políticas públicas. El caso de la política “Acuerdo Nacional por el desarrollo y la paz en la Araucanía-plan impulso Araucanía” en Chile*. En *Centro de Estudios Interculturales e Indígenas Antropología*, Universidad Católica. Serie Policy Papers, N° 2, 2018.

³⁹⁷ Ramírez, Susana. *Salud, globalización e interculturalidad: una mirada antropológica a la situación de los pueblos indígenas de Sudamérica*. En *Departamento de Antropología*, Universidad Rovira i Virgili, Ciencia y Salud Colectiva, N° 19, 2014, págs. 4061 a 4069; Vanhulst, Julien y Beling, Adrian. *El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad*. En revista *Polis* [En línea], 36 | 2013, Publicado el 16 enero 2014. Disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/9638> consultado el 20 octubre 2019.

³⁹⁸ La excepción es Bolivia, quien bajo la presidencia del presidente Evo Morales, y con naturales críticas y dificultades, ha hecho un esfuerzo por hacer efectivo los compromisos internacionales de su Estado y ha buscado coherencia en las políticas del gobierno con las normas de la constitución del 2009, referidas a los pueblos indígenas.

de Guatemala, Ecuador, Colombia, Panamá, Perú, México, Argentina, Bolivia y Chile para actualizar el contenido del quinto informe temático de Rodolfo Stavenhagen del año 2006, conocido como “la brecha de implementación”, analizar los avances, obstáculos y retrocesos más relevantes que se han presentado en esta década y generar nuevas reflexiones y análisis respecto del fenómeno de la brecha de implementación.

Durante los paneles se discutió sobre los reconocimientos constitucionales, las ausencias o debilidades en el desarrollo de la legislación secundaria y la eliminación de contradicciones normativas. Se abordaron los avances y límites jurisprudenciales y problemas en la implementación de sentencias, tanto de la Corte IDH, como de Cortes supremas de justicia y tribunales constitucionales en América Latina, y se analizaron las políticas públicas con perspectiva intercultural, los dilemas entre el desarrollo y los derechos de los pueblos y las contradicciones entre el asistencialismo y el fortalecimiento de la autonomía de los pueblos. No obstante, al panorama adverso y los pormenores de las situaciones críticas, se pudieron identificar buenas prácticas y contextos favorables para el ejercicio de estos derechos, estrategias para superar dificultades y nuevas ideas para reducir la brecha de implementación, concluyendo que para cerrarla es urgente recoger la participación de los Pueblos Indígenas, revisar los modelos económicos y ser más frontales en las acciones anti-racistas de los gobiernos y la sociedad³⁹⁹.

Lo que a continuación presento, sintéticamente, son los principales diagnósticos, análisis y desarrollos alcanzados en las mesas de trabajo de dicho seminario, así como las propuestas y avances para una agenda actualizada que articule acciones y compromisos que renueven el impulso por cerrar la brecha de implementación. Dichos diagnósticos y análisis me parecen muy acertados y se pueden constituir en un camino, para ir afianzando el largo proceso de conquista y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁰⁰.

Lo primero que se planteó fue que para lograr el objetivo de conservar la diversidad económica, política, social y cultural de América Latina, es de gran relevancia:

- a) Analizar y comprender las transformaciones en la relación entre Pueblos Indígenas y los Estado-nación. En el último cuarto del siglo XX se sucedieron movilizaciones, las organizaciones indígenas emergieron para demandar el reconocimiento a su existencia como culturas y estructuras políticas distintas dentro de los Estados nacionales. Algunas de estas experiencias, que trascendieron por aglutinar un amplio espectro del movimiento indígena de cada país y alcanzar avances sustanciales, como por ejemplo son: el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik en Ecuador, en 1995⁴⁰¹; el Movimiento al Socialismo (MAS)⁴⁰², en

³⁹⁹ Martínez, Juan; Juan-Martínez, Víctor y Hernández, Violeta. *Derechos indígenas, entre la norma y la praxis. Reflexiones a partir del Seminario Internacional: Cerrando la brecha de implementación*. Konrad Adenauer. Colombia. 2018. págs 17-18.

⁴⁰⁰ Larsen, Peter. *La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina*. Instituto de estudios Internacionales y desarrollo. Ginebra, 2016. Disponible en: <https://journals.openedition.org/poldev/2247> consultada el 21 de octubre de 2019; CEPAL. *Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago, 2014. Cfr. Págs 56-63.

⁴⁰¹ Carvajal, Miguel. *Pachakutik: la efímera experiencia de gobierno y las incógnitas sobre su futuro*. En ÍCONOS, N°18. Quito. Flacso-Ecuador, 2004, págs.6-9.

⁴⁰² Aunque es discutible definir al MAS como parte del movimiento indígena boliviano, más en el momento actual, hay suficientes elementos que permiten sostener que, en su primera etapa, este partido aglutinó a la mayor parte de las organizaciones indígenas, que fueron definitivas en el proceso constitucional. De hecho, el discurso

Bolivia, que en 1997 participó por primera vez en elecciones, si bien su constitución como organización databa ya de una década atrás⁴⁰³; el Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México, 1994.

- b) Considerar el fortalecimiento de los movimientos indígenas en América Latina en razón de la maduración de sus propuestas, de su desarrollo organizativo y de su capacidad para incorporar más y mejores herramientas políticas modernas.
- c) Tal como lo caracterizaron algunos autores en los años ochenta, el movimiento indígena⁴⁰⁴, vino a dinamizar distintos procesos democráticos y a plantear abiertamente la necesidad de una nueva y distinta relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas. En esta línea se señala a México como un ejemplo ideal de lo recién dicho, que se expresa en los acuerdos de San Andrés Larráinzar entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional EZLN y el gobierno federal⁴⁰⁵. Académicos, activistas, representantes indígenas, identificados con la defensa y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, consideran este acuerdo como el proceso de diálogo democrático más plural, más horizontal que ha habido en los últimos 50 años en México. Estos acuerdos son una muestra de cuáles son las propuestas, aspiraciones y cosmovisión de los Pueblos Indígenas hechas política para un gobierno o establecidas para cambiar la relación de los Pueblos Indígenas y Estado, en este caso del Estado Mexicano.
- d) Distintas respuestas se dieron a estas luchas y demandas. Los Estados nación han generado legislaciones que reconocen de distintas formas un conjunto de derechos de los Pueblos Indígenas. Aunado a ello, se ha alcanzado un desarrollo jurídico que, teniendo marcadas diferencias en los países de América Latina con población indígena, reconoce, fortalece y protege esos derechos, como lo muestran instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas (DNUPI). Asimismo, después de diecisiete años de discusiones, en junio del 2016, los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos

étnico, vinculado a la representación censal de los indígenas, fueron factores clave para que Evo Morales alcanzara el poder.

⁴⁰³ Zuazo, Moira. *¿Cómo nació el MAS? La ruralización de la política en Bolivia*. Fundación Ebert. La Paz 2009. Págs. 12-14.

⁴⁰⁴ Chantal Barré, Marie. *La Presencia Indígena en los procesos sociopolíticos contemporáneos de Centroamérica*. Nueva Antropología, vol. X, núm. 35, junio, 1989, págs. 9-28 Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México y Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego (Compiladores). (1990). *Entre la ley y la costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁴⁰⁵ Los acuerdos de San Andrés son compromisos y propuestas conjuntas que el gobierno federal pactó con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) para garantizar una nueva relación entre los pueblos indígenas del país, la sociedad y el Estado. Estas propuestas, conjuntas, se enviarían a las cámaras legislativas para que se convirtieran en Reformas Constitucionales. Es decir, el gobierno se comprometió a consultar con el EZLN su propuesta de Reformas, por eso se habla de propuestas conjuntas. El propósito central de estos acuerdos es terminar con la relación de subordinación, desigualdad, discriminación, pobreza, explotación y exclusión política de los pueblos indios. Para esto, se planteó un nuevo marco jurídico que contemplara el reconocimiento en la Constitución de los derechos de los pueblos indios, es decir, no sólo derechos individuales, de personas, sino derechos colectivos, de pueblos (sean tzeltales, purépechas, nahuas, tarahumaras, huicholes, mixtecos o de cualquier otro pueblo indio que habite dentro del territorio nacional).

- (OEA), aprobaron la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁰⁶, mantiene la línea de sostener la necesidad de reconocer derechos específicos a estos pueblos.
- e) Considerar el hecho jurídico que la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, han emitido resoluciones garantistas cuando se ha debido pronunciar sobre reivindicaciones de los pueblos indígenas.

Todos estos elementos, más la discusión filosófica política que hemos retratado, en alguna medida han incidido en los cambios constitucionales que se vienen produciendo.

6. Los cambios constitucionales.

La política del reconocimiento permitió que la mayoría de los Estados nación aceptaran la diversidad cultural coexistente en sus territorios. Se inició entonces un ciclo de cambios constitucionales que marcaron el espectro en que los distintos países de América Latina transitaron en la ruta jurídica para generar nuevos acuerdos con los pueblos y comunidades indígenas. Autores como Raquel Yrigoyen⁴⁰⁷ y José Aylwin⁴⁰⁸, identifican tres etapas en este proceso:

6.1. Constitucionalismo multicultural.

En la década de 1980 y antecediendo la aprobación en 1989 del Convenio 169 de la OIT, en Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) se adoptaron nuevas constituciones políticas en las que se reconoce y protege la diversidad cultural indígena. Estas reformas conceden a los Pueblos Indígenas derechos sobre la tierra y en el caso de Nicaragua, formas de autonomía política en los territorios que habitan. Pese a los avances en este primer periodo no se hace un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico.

6.2. Constitucionalismo pluricultural.

La siguiente etapa se desarrolló en la década de 1990 y hasta 2005. Luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT, numerosos Estados reformaron sus constituciones o adoptaron nuevas,

⁴⁰⁶ Bartolomé Clavero piensa que la DADPI es regresiva y lo fundamenta del siguiente modo: Entre una y otra Declaración, una diferencia que puede ser significativa se produce a continuación del artículo tercero que comparten. Éste es el artículo cuarto de la Declaración de Naciones Unidas: “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”. Y éste es el correspondiente de la Declaración Americana: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni 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”. En: *El difícil reto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. En: <https://www.servindi.org/14/07/2016/el-dificil-reto-de-la-declaracion-americana-sobre-derechos-de-los-pueblos-indigenas>

⁴⁰⁷ Yrigoyen, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. 2011. Págs 139-155. En: César Rodríguez Garavito (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2011.

⁴⁰⁸ Aylwin, José. *Derechos territoriales de Pueblos Indígenas en América Latina: Situación jurídica y políticas públicas*. En García, J. coord., *Derecho Constitucional Indígena*. Con Texto Libros, Resistencia, Argentina, 2012. págs.17-66.

en las que se establecieron un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía, así como derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y prerrogativas de carácter lingüístico y cultural (Colombia, 1991; México, 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994 ; Ecuador, 1998).

Además, en algunas los pueblos fueron reconocidos como sujetos colectivos, como en Colombia, Panamá y Nicaragua. Tales reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza pluricultural, multicultural o multiétnica de los Estados (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994 y 2009; Ecuador, 1998 y 2008).

De particular significación en este segundo ciclo, que ha sido caracterizado por como del constitucionalismo multicultural o multicultural liberal⁴⁰⁹, "... fue el reconocimiento del derecho consuetudinario, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de los sistemas de justicia indígena (México, Ecuador, Colombia y Perú), así como de derechos de representación política especial indígena (Colombia y Venezuela). Junto a ello, derechos de autonomía o autogobierno de los Pueblos Indígenas, mediante diferentes figuras y en distintos niveles (resguardos, entidades territoriales indígenas, circunscripciones territoriales indígenas, municipios), fueron establecidos en las constituciones de Colombia, Ecuador y de México, como lo habían sido establecidos por Nicaragua en 1987"⁴¹⁰

El reconocimiento del pluralismo jurídico en esta etapa fue posible en un contexto caracterizado por varios factores: la demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo y las reformas estructurales del Estado y la justicia.

6.3. Constitucionalismo plurinacional o constitucionalismo dialógico e intercultural.

La aprobación de nuevas constituciones políticas en 2008 en Ecuador, y en 2009 en Bolivia, las que en la parte final de este capítulo analizaremos más latamente, en las cuales: "los Pueblos Indígenas son reconocidos no solo como 'culturas diversas' sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se configura como un "Estado plurinacional". Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que "reconoce" derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman"⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Burguete, Araceli. *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*. 2010 cfr. págs 64-65 en: "La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina", coordinadores: González, Miguel; Burguete, Araceli y Cal y Ortiz-T, Pablo. Flacso . Ecuador.

⁴¹⁰ Aylwin, José. *Los derechos de los pueblos indígenas en américa latina: Avances jurídicos y brechas de implementación*, Universidad Austral de Chile, 2011. Cfr. pág 277. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf

⁴¹¹ Yrigoyen, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*. En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito, coordinador. Editorial Siglo XXI. Argentina, 2011. pág. 149.

Estas constituciones emanaron de asambleas constituyentes elegidas por voto popular, con una clara representación de los Pueblos Indígenas, y ratificadas mediante referéndum con alta participación de la ciudadanía^{412/413}. Estas reformas, se vieron influidas fuertemente por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la jurisprudencia de la Corte IDH, que desde el año 2001 venía reconociendo derechos de los pueblos indígenas en diversas sentencias.

De esta manera, los Pueblos Indígenas exigieron ante el Estado nación, que fueran reconocidos como sujeto colectivo con diversas facultades: la libre determinación, la autonomía política, la jurisdicción indígena, sus sistemas normativos propios, el territorio y su relación con la naturaleza. Con la pretensión de convertirse en un sujeto colectivo que alcance la ciudadanía al lograr el reconocimiento a esos derechos, por lo que podemos señalar que desde Chile hasta México, los pueblos indígenas están en la misma posición, en la búsqueda de reconstruir y replantear el modelo de Estado republicano, en un ejercicio de recuperar las expresiones estatales desde lo comunitario, dentro del movimiento indígena⁴¹⁴.

7. Análisis del derecho de propiedad indígena en las cartas fundamentales y en la jurisdicción constitucional de Colombia, Ecuador y Bolivia.

7.1. Consideraciones previas.

El análisis del derecho de propiedad indígena se hará a partir de la revisión de las constituciones de tres países, estos son: Bolivia, Colombia y Ecuador⁴¹⁵ ya que éstos expresan en sus ordenamientos jurídicos los mayores avances en reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Adicionalmente a ello las razones para considerar a estos tres países son las siguientes:

⁴¹² En Ecuador: El 13 de octubre el Tribunal Superior Electoral completó el escrutinio de las actas; después de dos días abiertos para impugnaciones, el día 16 proclamó los resultados definitivos: el “Sí” obtuvo 63,93% de los votos; el “No” 28,1%; los votos nulos contabilizaron 7,23% y los blancos 0,75%. En: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/Ecuador-referendum-report08.pdf

⁴¹³ En Bolivia, la tasa de participación del Referéndum celebrado el 25 de enero del 2009 batió todos los registros en la historia de los procesos electorales bolivianos, habiendo emitido su voto un 90,26% del electorado registrado. La Constitución Política que se propuso a referéndum fue aprobada con 2.064.397 votos válidos favorables (61,43%). Los votos válidos en contra de la propuesta de CPE sumaron 1.296.175 (38,57%). En: http://eeas.europa.eu/archives/eucom/missions/2009/bolivia/pdf/eucom_bolivia_2009_final_report_es.pdf consultada el 15 de enero de 2019.

⁴¹⁴ Véanse: López, Francisco. *Autonomías Indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su construcción*. Colección Derechos Indígenas, 2006. Disponible en: http://www.cedrssa.gob.mx/files/b/8/17AUTONOMIAS_INDIGENAS_EN_AMERICA.pdf consultada el 20 de agosto de 2019; Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017. Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la política pública Chilena. Centro de Derechos Humanos UDP. Ediciones Universidad Diego Portales, 2017 cfr 245-286; Aguas, Javier y Nahuelpan, Héctor. *Los límites del reconocimiento indígena en Chile Neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche*. CUHSO • Cultura-Hombre-Sociedad, 2019, págs. 108-130.

⁴¹⁵ Benavides Ordóñez, J. *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constitucionales en la región andina*. En *Ius Humani Law Journal*, 5, 2016. págs.173-188. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v5i0.99>; Lascarro, Carlos. *De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIS* Universidad de Caldas Manizales, Colombia 2012, cfr. págs 58 a 69; Viciano, Roberto; Martínez, Rubén. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. IUS. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, págs. 7-29.

América latina, desde mediados de la década de los 80, ha vivido una serie de reformas constitucionales⁴¹⁶, este proceso se produce mayoritariamente después del término de las dictaduras militares; o en medio de las demandas de los movimientos populares en democracia, que buscaban profundizar las transformaciones institucionales que acompañaron el surgimiento de nuevas fuerzas políticas.

Hasta entonces, las reformas constitucionales en el continente se habían caracterizado por poca participación popular, y objetivos programáticos a corto plazo, como las cuestiones relativas a la reelección presidencial o la introducción de las instituciones de la experiencia europea, esto porque una de las consecuencias de la colonización es que la cultura jurídica y las instituciones en América Latina provienen de la tradición jurídica europea y están marcados por su característica elitista, y producto de ello con la invisibilidad de los pueblos indígenas y sus costumbres. Por lo tanto, cuando se produce la independencia de las colonias ésta no tuvo lugar sobre la base de una interrupción significativa en los ámbitos social, económico y político-constitucional. Con el tiempo va a incorporar y adaptar doctrinas capitalistas eurocéntricas económicas del liberalismo y el positivismo. Este último, considerado como la expresión de un nuevo orden político y legal, encontró suelo fértil en la construcción de los Estados, por la elite blanca de origen europeo, que surgen durante este período⁴¹⁷.

El constitucionalismo en América Latina se ha desarrollado desde las tradiciones constitucionales clásicas: la americana y la francesa. Y proporciona una serie de principios universales, como la igualdad y la libertad, en una sociedad estratificada, jerárquica que ha marginado a los pueblos indígenas y que esclavizó descendientes de los africanos en la medida que la dominación de clase y la dominación étnica y racial, derivado del proceso de colonización, están relacionados⁴¹⁸. La lucha anti-capitalista y la lucha anti-colonial logra un impulso en el período que comienza a finales del 80.

Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, países con una gran presencia de culturas tradicionales en sus territorios, vienen a reconocer el pluralismo jurídico constitucionalmente. En contraste con el constitucionalismo convencional, individualista y del estado liberal, sobre el que ha caminado constituciones de América Latina; el pluralismo jurídico rompe con el monismo del Estado nacional y propone una visión multicultural/emancipadora y la perspectiva democrática con un nuevo Estado de Derecho, llamado Pluridimensional⁴¹⁹. El reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos precolombinos se convertirá en la marca líder de lo que se suele llamar el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Esto se refleja particularmente bien en las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia.

En el caso de Ecuador y Bolivia, la contribución de los pueblos indígenas, que han sido históricamente excluidos de los procesos constituyentes, fue fundamental para el desarrollo de una nueva forma de organización del Estado, con el objetivo de la armonía con la naturaleza y la construcción de una nueva convivencia ciudadana. El proyecto constitucional llevado a cabo en estos

⁴¹⁶ En Nicaragua el 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009.

⁴¹⁷ Wolkmer, Antonio; Fagundes, Lucas. *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. En *Revista Pensar*, Fortaleza, Vol. 16, Nº 2, 2011. cfr. pág. 375.

⁴¹⁸ Santos, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural, 2010, cfr. pág. 154.

⁴¹⁹ Wolkmer, Antonio. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo Panor.* Braz. law - Vol 4, Nº 5 and 6 (2016) 392 na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba, p. 143-155, 2010.

países transformó la organización del poder del Estado, con una fuerte participación popular en el proceso. Fueron sus objetivos la integración de los sectores históricamente excluidos y la búsqueda de la realización de los derechos sociales fundamentales y los derechos humanos internacionales. Se basa también en el carácter de descolonización, dando protagonismo a los principios de las naciones indígenas y al proceso intercultural. La plurinacionalidad acaba rompiendo los límites del Estado de derecho y requiere un nuevo marco institucional. Aunque que las características que asumen son diferentes para cada país, algunos autores clasifican los Estados de América Latina según el reconocimiento, en mayor o menor grado, de pluralismo jurídico y derecho indígena: en un primer nivel serían los Estados monistas, que no reconocen los sistemas jurídicos indígenas; segundo, los Estados que aceptan las costumbres jurídicas indígenas antes de los juicios estatales, sin reconocer la jurisdicción de las autoridades indígenas; por último, los Estados que reconocen tanto la ley como la jurisdicción indígena⁴²⁰.

Primero fue la constitución Colombiana de 1991 y más tarde, se promulgaron las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), lo que representa un punto de inflexión en el constitucionalismo latinoamericano, por la participación popular en su desarrollo y el reconocimiento de nuevos derechos para los grupos sociales marginados, hasta entonces, del proceso político.

Para efectos de orden, nos referiremos a tres aspectos: el derecho de propiedad, la incorporación del Convenio 169 en el sistema de fuentes y los derechos a la autonomía.

7.2. Ordenamiento constitucional sobre pueblos indígenas en Colombia⁴²¹.

El 4 de Julio de 1991 se promulga la nueva Constitución Política de Colombia (la que posteriormente será objeto de múltiples reformas)⁴²² según la cual, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizada en forma de república unitaria, en donde el poder público se encuentra separado en tres ramas, Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En lo referente a la propiedad de los pueblos originarios, Colombia ha tenido distintas posiciones. En 1959 la Amazonía Colombiana se creía deshabitada (¿deshabitada, de donde habrá salido ese descubrimiento?) y fue declarada Reserva Natural. El Estado otorgó títulos a colonos, campesinos e incluso a indígenas desplazados por la violencia en las tierras altas. Posteriormente, con la Reforma Agraria de 1961 se reconoció la necesidad de titular los territorios indígenas y de validar los títulos coloniales que la corona española había otorgado a los pueblos indígenas en calidad de resguardos⁴²³.

⁴²⁰ Almeida, Mariana. *A cultura legal emergente latinoamericana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito*. En *Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos*, vol.1, Nº1, junIO 2011, págs. 38-50.

⁴²¹ Aunque el gobierno colombiano ya reconoce 87 grupos indígenas distintos, la Organización Nacional Indígena de Colombia sostiene que hay 102 comunidades indígenas distintas. La población indígena en Colombia alcanzó 2.085.894 personas, según los últimos cálculos del Departamento Nacional de Planeación Colombiano con base en el censo de población del DANE.

⁴²² Después de 1991 y a la fecha (2018) se han producido 46 reformas constitucionales, 5 declaradas inexecutable por la corte constitucional, ninguna de las 46 afecta, a lo menos directamente, derechos consagrados a favor de los pueblos indígenas.

⁴²³ Betancourt, Ricardo y Simmonds, Oscar. O T C A: *El Amazonas en el horizonte de la política exterior Colombiana*. En: *Pap. Polít. Bogotá (Colombia)*, Vol. 18, No. 1, enero-junio 2013, págs. 343-365.

En Colombia la Constitución de 1991, incorpora los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas mediante la figura de los resguardos indígenas, que el Estado tiene la obligación de reconocer, demarcar y titular a favor de cada pueblo.

La Constitución declara que Colombia es “*una nación pluriétnica y multicultural*”, asumiendo la existencia jurídica de sus Pueblos Indígenas.

Establece que las tierras comunales de grupos étnicos y las de resguardos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenable. En sus disposiciones sobre la organización territorial define la figura de Entidad Territorial Indígena en adelante ETI o ETIs⁴²⁴.

Además de la Constitución, hay otras disposiciones legislativas importantes desde el punto de vista de los territorios indígenas: la Ley núm. 160 de 1994, de reforma agraria, el Decreto núm. 2164 del 7 de diciembre de 1995, que estableció un reglamento de tierras para indígenas, y el Decreto núm. 662 de 1977, por el cual se reguló el sistema de áreas protegidas.

Como ya se mencionó en la Constitución de 1991 se profundizó legalmente los derechos indígenas, y se estableció la figura de Entidades Territoriales Indígenas, en adelante, ETIs, como unidades político administrativas asimilables a un municipio. Pero estos derechos, en la actualidad no se han implementado⁴²⁵.

La figura administrativa de los resguardos coloniales⁴²⁶ se cambió de Comisarías a Departamentos. Pero no se constituyeron las ETIs, ni municipios al interior de éstos, por lo recién expresado, sino que se crearon entidades públicas territoriales con personería jurídica, conocidas como Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, en adelante, AATIs.

Las AATIs son entidad de derecho público, creadas por el decreto 1088 de 1993 y están encargada de fomentar y coordinar con las autoridades locales, regionales y nacionales, la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda. Esta entidad está conformada por diez organizaciones regionales indígenas.

A contar del año 2001, las AATIs tienen una mesa permanente de coordinación administrativa que trabaja con el gobierno departamental, examina propuestas y define políticas sobre los territorios de las asociaciones en el Amazonas.

A pesar de éste pequeño avance, en las últimas décadas, se han restringido en la práctica el reconocimiento para los pueblos indígenas de los derechos territoriales y al aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, los que el Estado continúa poniendo en manos de colonos y

⁴²⁴ Constitución Política de Colombia artículos 81 y 329.

⁴²⁵ El Artículo 329 de la Constitución Colombiana indica que las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) se conformarán según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), y serán delimitadas por el Gobierno Nacional, con participación de representantes indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Sin embargo, a la fecha de hoy, más de 27 años de la Constitución, la LOOT no ha sido sancionada. Por ende, en la práctica, las ETIs no han sido reglamentadas.

⁴²⁶ Se entienden los Resguardos Indígenas como una institución legal sociopolítica de origen colonial, conformada por un territorio reconocido de una comunidad de ascendencia amerindia, con título de propiedad inalienable, colectiva o comunitaria, regido por un estatuto especial autónomo, con pautas y tradiciones culturales propias. En: <https://www.datos.gov.co/Agricultura-y-Desarrollo-Rural/Resguardos-Ind-ge-nas/2wvk-ve5b>

megaempresas⁴²⁷.

Por otra parte, la guerra obligó a muchos indígenas a vender sus territorios contra su voluntad y se han construido bases militares cercanas o incluso en territorios indígenas. De esta forma, el conflicto armado y los procesos de colonización y concentración de las tierras que, pese a los acuerdos de paz de 2016, aún continúan y ponen en riesgo el control de los territorios y la autonomía en los resguardos⁴²⁸.

A pesar del avance dado por la Constitución Colombiana de 1991 y de sus leyes complementarias, la comunidad indígena colombiana sigue reclamando tierras que originariamente le pertenecen y actualmente se encuentran en manos de particulares.

7.2.1. El Convenio 169 de la OIT en Colombia.

El Convenio 169 fue ratificado por Colombia el día 7 de agosto del año 1991. Para responder sobre la posición de éste en su ordenamiento jurídico, es necesario analizar el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que trata sobre las normas internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia, ya que tienen fuerza jurídica vinculante e interpretativa en el ordenamiento interno, por encima de la ley pero por debajo de la Constitución (norma normarum). El artículo 53 en su inciso 4 establece una regulación semejante para los convenios internacionales sobre el trabajo.

“Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del

⁴²⁷ Véase: Wagner, Lucrecia. *Defendiendo la biodiversidad: resistencia a megaproyectos en América Latina*. En *Revista Ecología Política* No. 46, Biodiversidad 2013, Fundación ENT Barcelona. cfr págs. 80-84; Gómez, Anahí; Wagner, Lucrecia; Torres, Beatriz; Martín, Facundo; Rojas, Facundo. *Resistencias sociales en contra de los megaproyectos hídricos en América Latina*. En *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, N° 97, 2014, págs. 75-96; Preciado, Isabel. *Derechos Humanos, Megaproyectos y Desarrollo*. Coordinación Editorial Orduz, Natalia. *La Corte Ambiental Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales*. Fundación Heinrich Böll, Bogotá, Cfr págs. 265-277.

⁴²⁸ Osorio, Carlos. *Autonomía Indígena y democracia en Colombia*. En *El Agora USB Revista de Ciencias Sociales*. Bogotá 2017. Págs 105- 127; Cortés, Ana. *Resguardos Indígenas en la conservación: territorios en traslape*, Monografía para optar al título de especialista en estudios del territorio, Universidad Externado Colombia, 2018. Disponible en:

[https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/682/1/DHA-spa-2018-Resguardos indígenas en la conservación territorios en traslape.pdf](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/682/1/DHA-spa-2018-Resguardos%20indigenas%20en%20la%20conservacion%20territorios%20en%20traslape.pdf) consultada en 12 octubre de 2019; Carrión, Claudia. *Retos autonómicos para pensar la paz y los pueblos indígenas en Colombia*. En *Revista Polisemia*, N° 21, 2016. Bogotá. págs 47 - 62.

ámbito de la materia regulada en él.”⁴²⁹

En concordancia con la Constitución, y con la aprobación del Convenio 169, la Ley 21 de 1991, en el artículo 4 ordena adoptar medidas que preserven las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas.

El Artículo 6 de la misma ley, manifiesta que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante los procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que le afecten directamente y establecer los mecanismos por medio de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población.

De igual forma el numeral 3 del Artículo 7 de la ley 21 de 1991 expresa que, 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.

El Artículo 15 de la ley en mención en su numeral 2 señala que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en que medida, antes de autorizar la prospección, explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

A partir del artículo 93, ya citado, y de otras normas de la Constitución, la Corte Constitucional Colombiana ha incorporado el término de bloque de constitucionalidad a su jurisprudencia, dándole un contenido específico⁴³⁰. En particular tratándose del Convenio 169, la Corte se ha referido en numerosas ocasiones a su pertenencia al bloque de constitucionalidad.^{431/432} Entre ellas, se consideró la sentencia C-326 de 2012 por realizar un resumen acerca de las implicancias de dicha cualidad:

“El Convenio 169 de la OIT (...) ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico constitucional según lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 93 superior. En esta línea de

⁴²⁹ Modificado por el Acto Legislativo 1/2001 del Congreso Nacional Colombiano en fueron agregados incisos 3º y 4º.

⁴³⁰ Olano García, Hernán. *El bloque de Constitucionalidad en Colombia*. En *Revista Estudios constitucionales*, año/vol. 3, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2005 págs. 231- 242; Arango Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. En *Revista Precedente. Revista Jurídica*, diciembre 2004. págs. 79-102.

⁴³¹ Sentencias del tribunal constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad: N° T-282-11, T-704 de 2006; C-030 de 2008; C-401 de 2005; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; SU-383 de 2003.

⁴³² En esta misma línea se ha expresado el TC Peruano, entre la jurisprudencia destacaremos lo dispuesto por esta Corporación en la sentencia N° 05427-2009-PC/TC de 30 de junio de 2010, donde señaló que: “Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no solo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento constitucional.”

pensamiento, el Convenio 169 de la OIT pertenece al llamado bloque de constitucionalidad y ha de tenerse en cuenta como canon de interpretación de los derechos constitucionales fundamentales. Debe, por consiguiente, servir de punto de referencia para fijar el sentido y alcance del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas”; la obligación de interpretación “comprende la necesidad de actualizar los contenidos de las normas que acogen derechos constitucionales fundamentales de acuerdo con lo dispuesto por estos tratados (...) abarca, también, la posibilidad de complementar las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno(...) y de adicionar el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio pro homine mencionado atrás”.

7.2.2. Análisis de la garantía constitucional del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en la CPR Colombiana.

La Constitución Colombiana del año 1991 reconoce de la diversidad étnica y cultural, esto necesariamente supone la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales.

Coherentemente con ello en las últimas décadas se ha venido producido un cambio fundamental de concepción en la doctrina jurídica y en la ciencia política, sobre los derechos de las comunidades indígenas. Es por eso que la misma Constitución Colombiana se manifiesta claramente hacia éste cambio, cuyas implicaciones empiezan a tener una trascendencia que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico.

La Constitución Política de 1991 establece cambios fundamentales, a la que preceptuaba la carta anterior, que databa de 1886, principalmente porque ha teniendo en cuenta que la naturaleza de la nacionalidad colombiana supone una pluralidad étnica y cultural, y al mismo tiempo reconoce como un deber del Estado la protección de esa diversidad.

Específicamente en lo referente a las comunidades indígena la Constitución Colombiana comienza, en su artículo 1 definiendo a Colombia como un Estado social de derecho; fija un primer criterio que establece que la organización y administración del Estado será siempre con la intención de hacer prevalecer los derecho sociales de los ciudadanos que forman parte de ese Estado, sin establecer diferencias arbitrarias.

Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Este primer criterio, además se expresa en una forma de ejercicio del poder a través de la democracia y la participación pluralista, que significa que el Estado acepta la diversidad de opiniones, opciones y organizaciones políticas con sus respectivos proyectos, medios y fines, con tal que contribuyan al bien común y respeten los derechos de la persona. Podemos decir entonces que la constitución reconoce que el poder del Estado se encuentra limitado por el respeto de la dignidad humana.

Parece ser un dato sociológico y estadístico el que los pueblos originarios, son minoría en la mayoría de los Estados, pero un Estado que se auto define de la manera que lo expresa el art. 1 en comento, debe darle participación e intromisión en todos los asuntos que hagan referencia a ellos,

incluso, en muchos casos deberá ampliar sus derechos que a los de un simple ciudadano por la sola características de haber sido y seguir siendo una minoría en desventaja.

Artículo 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Lo importante desatacar de éste artículo que se relaciona con el tema de éste trabajo, es en lo referente a que el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derecho y deberes de la Constitución. Al traspararlo a los derechos y principios de los pueblos originarios se debe decir que el Estado es el obligado en garantizarle los mismos, en las condiciones y en el tiempo convenido intentando evitar omisiones o violaciones.⁴³³

Artículo 7. “El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.”

Este principio es un desarrollo específico y necesario de una concepción de la democracia y de la igualdad real integrada a través del reconocimiento de la diferencia, del reconocimiento de la unidad en la diversidad. La pluralidad y la participación son posibles de materializarse mediante este principio específico.

Artículo 10. “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en su territorio. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.”

Artículo 58. “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le ese inherente una función ecológica...”

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.⁴³⁴

Garantiza el derecho a la propiedad privada, ordena que el interés privado debe ceder ante el interés general, le asigna a la propiedad una función ecológica, como parte de su función social y le

⁴³³ Samper, Frank. *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano Tomo II*. Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2006, págs. 761-778.

⁴³⁴ El artículo en cuestión fue modificado de la forma que se expresa por el acto legislativo N°1 de 1999 del Congreso de Colombia.

ordena al Estado proteger y promover las formas solidarias y asociativas de propiedad⁴³⁵.

Principalmente, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende del artículo 329, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles⁴³⁶.

Cuando la propiedad privada es comunitaria, el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad⁴³⁷. Se trata del dominio que tienen las cooperativas y demás organizaciones similares, que sin dejar de ser inalienables, imprescriptibles ni inembargables, tienen como titular a una pluralidad de personas y el bien está destinado a la satisfacción de intereses comunitarios.

Art. 329. “la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo: En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los distintos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.”

Los derechos territoriales en Colombia sobre los pueblos originarios pueden clasificarse en dos grandes grupos:

⁴³⁵ Villa, William. *El Movimiento Social Indígena Colombiano: Entre autonomía y dependencia*. En Betancur, Ana (editora). *Mov. Indígenas en América Latina: Resistencia y nuevos modelos de integración*. IWGIA-Debates 2011. Cfr. págs 42-66; Trujillo-Osorio, Catalina y Escobar-Gómez, Angie. *Restricciones conceptuales del ordenamiento territorial colombiano; usos del territorio y formas de propiedad*. En revista *Entramado* Vol. 11, No. 2, 2015 cfr. págs 24- 29.

⁴³⁶ Herreño, Ángel. *Derecho a la Tierra. Conceptos, experiencias y desafíos. Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia*. En revista *El otro Derecho*, N° 31-32, ILSA, Bogotá, 2004. Cfr. págs. 247-272; Frank Semper. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, págs. 761-778.

⁴³⁷ Gutiérrez, Joaquín. *Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y Su Relación con las Reivindicaciones Territoriales: La Lógica del Despojo o Por Qué el Neoextractivismo es Incompatible con el Derecho de Propiedad Comunitaria de la Tierra de los Pueblos Indígenas. La Importancia del Rol del Estado*. Revista *Derechos en Acción* año 4 n° 11 2019. págs 543-603; Galvis, María y Ramírez, Angela. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Fundación para el debido proceso, Washington DC, 2013. Cfr. págs 227-235.

- a) Los derechos de propiedad reconocidos por la ley, y
- b) los derechos no reconocidos.

Estos últimos están constituidos, en orden descendente, por los territorios tradicionales, es decir, aquellos que originalmente eran de los indígenas; por los territorios históricos-legales, aquellos que en algún momento dado fueron reconocidos por la ley española o la ley colombiana; y por los territorios poseídos, que comprenden tanto donde se caza y pesca.

En los tres casos se trata de espacios geográficos cuya propiedad no es atribuida formalmente a los indígenas.

Una de las críticas de los doctrinarios colombianos sostiene que la figura jurídica del resguardo indígena como forma colectiva de propiedad sobre la tierra no ha tenido controversias, pero si la forma organizacional del cabildo, institución que no corresponde a los modos tradicionales de los pueblos amazónicos y los selváticos.⁴³⁸

Con la disposición del art. 329 se busca regular la forma de conformación y de articulación inter territorial de las entidades territoriales indígenas.

La delimitación de las entidades territoriales indígenas se realiza del siguiente modo:

- 1.- Que primero se expida la ley orgánica de ordenamiento. Territorial.
- 2.- Concepto previo del ordenamiento territorial. La participación indígena en la delimitación.
- 3.- Delimitación del territorio por parte del gobierno.

En el párrafo se establecen mecanismos de articulación entre las autoridades indígenas y los gobiernos departamentales.

Art. 330. "De conformidad con la constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.

⁴³⁸ Arango Ochoa, Raúl y Sánchez Gutiérrez, Enrique. *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*. Departamento Nacional de Planeación. Dirección de desarrollo territorial sostenible. Colombia. 2004.

7. Colabora con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional.
8. Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integre, y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”

En esta norma específica se regula las funciones de las autoridades indígenas. En efecto, diversas funciones de gobierno, administración y defensa de sus intereses, así como mecanismos de articulación con el nivel nacional, les son atribuidas a los consejos conformados libremente según las tradiciones indígenas.

La palabra “consejo” del artículo 330 debería ser interpretada, para ser consecuente con lo expresado por la misma norma, como indicativa y no restrictiva, ya que las comunidades indígenas denominan de diversas maneras a sus autoridades, y tales nombres y formas deben prevalecer.

En el parágrafo se regula concretamente la explotación coordinada de los recursos naturales ubicados en los territorios indígenas.

De acuerdo con el parágrafo del artículo 330 de la CPR Se orientarán los desarrollos legales a evitar los perjuicios a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, especialmente en lo que tiene que ver con los valores que lo diferencian del resto de los grupos humanos que conforman la Nación Colombiana.

La columna vertebral del derecho de propiedad de los pueblos indígenas de Colombia se encuentra en los artículos 329 y 63, el primero de ellos al establecer las características necesarias de tal derecho, entre ellas que el mismo es inalienable, es decir, es un derecho que nadie puede negar, ni usurpar y del cual el Estado (en relación con el artículo 2 y 58 Constitución Política Colombiana) es y debe ser garante.

A su vez, se dice que éste derecho es imprescriptible significando que el mismo no está sujeto ni a plazo, ni a condición para su ejercicio y que en caso de violación el plazo de denuncia para su restauración es imprescriptible.

A su vez, se dice que éste derecho es imprescriptible significando que el mismo no está sujeto ni a plazo, ni a condición para su ejercicio y que en caso de violación el plazo de denuncia para su restauración es imprescriptible. Es el artículo 63 el que le da la condición de inembargable, lo que por su claridad no pareciera ser necesaria mayor explicación. En resumen, las tierras son inalienables (no se pueden negociar), imprescriptibles (no se pueden adquirir o extinguir por prescripción), e inembargables (lo que hace que no puedan ser objeto de gravámenes hipotecarios, u alguna otra forma de garantía que pudiere derivar en un embargo).

Artículo 63. “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

A pesar de que los siguientes artículos que se mencionan no parecen tener vinculación específica con la presente investigación, no es menor señalar que los pueblos originarios tienen derecho al respeto de su identidad cultural, esto implica que se respete su lengua, costumbre y modos de impartir enseñanza y consecuentemente con ello, la constitución política dió especial protección a los valores culturales y sociales encarnados en las comunidades indígenas que aún subsisten en el país. Es decir, da derecho a los grupos étnicos sobre el territorio y la riqueza arqueológica que en él se encuentra. El artículo 72 que más abajo se transcribe, permite inferir qué más allá de la protección a la propiedad sobre las tierras, el estado debe garantizarle esas tierras con todos sus accesorios, aunque esas tierras sean consideradas contienen riqueza arqueológica que normalmente tendrá su origen en la historia y tradiciones de los pueblos asentados en los territorios que la contienen.

La importancia de estos valores se pone de manera directa en el art.7 de la Constitución, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Lo mismo que en el art. 8 que ya anuncia la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación, la que se desarrollará con mayor especificidad en el art. 72.

Art.72. “El patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”.

Finalmente, en relación a vivir en un medio ambiente sano señala la constitución:

Art. 79: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”.

Es decir, las comunidades originarias tienen el derecho de formar parte de esas decisiones, de hacerse escuchar y de que de esa manera se garantice no sólo el derecho a la participación, sino todos los derechos relacionados como el ser escuchado.

Como se aprecia del análisis anterior, el estado Colombiano tiene en su ordenamiento jurídico, empezando por su Constitución, normas que reconocen la jurisdicción, la gobernanza y las tierras y territorios indígenas. Otro desafío es su efectiva implementación, proceso en el que la nación hermana, con claros y oscuros avanza. Chile y su ordenamiento constitucional y legal están a años luz de lo recién expuesto.

Avancemos y veamos ahora la situación del ordenamiento constitucional en Ecuador.

7.3. Ordenamiento Constitucional sobre pueblos indígenas en el Ecuador.-

El movimiento indígena ecuatoriano venía luchando desde los años 80 por el logro del reconocimiento de sus pueblos originarios como Nacionalidades, y por la consiguiente, reconocimiento de la existencia de un Estado Plurinacional, lo que implica admitir oficialmente la diversidad cultural, que se proyecta institucional y políticamente en la estructura del Estado. Esta autodefinición fue reconocida en la Constitución de 2008, que en su artículo 1 inciso 1 define al Ecuador como: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”

Ello lo que refleja es el énfasis político y de interacción cultural que se quiere dar a estos conceptos en la Constitución de 2008, que como ya se dijo declara al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural. Además la Constitución establece, aumenta y enriquece en relación a la constitución de 1998, un catálogo de derechos colectivos y diversas referencias a las culturas indígenas en materias como idiomas, salud, educación⁴³⁹.

En Ecuador, la Constitución establece un número importante de derechos territoriales que los vinculan a los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Se reconoce el derecho a la propiedad de las tierras comunitarias, la posesión de las tierras y territorios ancestrales, la participación en el uso, administración y conservación de los recursos naturales renovables, la consulta sobre la explotación de recursos no renovables que haya en sus territorios, la participación en los beneficios de esta explotación, la conservación del manejo de su biodiversidad, la conservación y el desarrollo de sus formas de convivencia social y política dentro de sus territorios, el derecho de no ser desplazados, de mantener sus conocimientos colectivos sobre los usos y manejos del territorio y la protección de los derechos territoriales de los pueblos en aislamiento en el artículo 57 apartados 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12.⁴⁴⁰ Además, en su artículo 257, se

⁴³⁹ Véanse: Grijalva, Agustín. *El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008*. En *Revista Ecuador debate*, Quito, 2008. Cfr págs. 49-62; Martínez, Rubén. *El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. IUS. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, págs. 264-274; Noguera, Albert. *El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Revista vasca de Administración Pública R.V.A.P.* núm. 83-2009. Págs. 117-147.

⁴⁴⁰ Constitución República del Ecuador 2008. "Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. 13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible

establece la figura de las circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas para ejercer las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente⁴⁴¹.

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones tienen que ver en primer lugar con la inclusión de nuevos derechos colectivos, como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (arts. 57.2-57.3), a mantener sus propias organizaciones (art. 57.15), a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectar a esos pueblos o colectivos (art. 57.17), el derecho a la limitación de actividades militares en sus territorios (art. 57.20), a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, a tener sus propios medios (art. 57.21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57 inciso final).

Por otra parte, algunos derechos colectivos ya establecidos en la Constitución de 1998 fueron ampliados y enriquecidos, por ejemplo, el derecho a conservar las prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad que ya constaba en la Constitución de 1998 (Art. 84.6), que se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar programas de ese tipo en coordinación con las comunidades (art. 57.8). Así mismo, el derecho a participar con representantes en organismos oficiales se amplía al de participar en el diseño de planes y políticas públicas que les afecten (art.

del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. 14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernen, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales. 19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen. 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley. 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.”

⁴⁴¹ Constitución República del Ecuador. Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.

57.16). En otros casos, los derechos colectivos se desarrollan fuera de su sección específica cuando la Constitución de Montecristi⁴⁴² regula temas de salud, educación, patrimonio cultural, etc.

Respecto a la salud, los artículos 32, 57.12, 358, 360, 362 y 363.4 contienen elementos normativos que no solamente reconocen a los sistemas de medicina indígena y ancestral, como en la Constitución anterior⁴⁴³, sino además el mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de integrarlos a la red pública de salud. El artículo 362 es el que desarrolla más extensamente este principio al establecer que “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias”. En definitiva, la importancia de este artículo está en el fortalecimiento del principio de interculturalidad.

En lo relativo a la educación también se fortalece la interculturalidad. Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66-2 de la Constitución de 1998. La nueva Constitución de 2008 en su artículo 28 especifica el principio en estos términos: “Es derecho de toda persona y comunidad a interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.

La Constitución de 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la de 1998. Los cambios más importantes tienen que ver con la participación de las mujeres en los sistemas jurisdiccionales indígenas, así como la vinculación de jurisdicción y territorio (art. 171). Adicionalmente es muy importante la disminución de las restricciones a la jurisdicción indígena, pues la Carta Política de 1998 incluía a la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público, mientras que la de 2008 hace referencia de modo exclusivo a la Constitución y los derechos humanos. En esta misma línea el artículo 189 aclara que los jueces de paz⁴⁴⁴ no podrán prevalecer sobre la justicia indígena⁴⁴⁵.

⁴⁴² Los 130 miembros de la asamblea constituyente iniciaron su trabajo de elaboración de la nueva Constitución en Montecristi que es un cantón de la provincia de Manabí en Ecuador, el 30 de noviembre de 2007 finalizándolo el 24 de julio de 2008.

⁴⁴³ Art 44 de la Constitución del Ecuador de 1998.

⁴⁴⁴ Constitución República del Ecuador. “Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.”

⁴⁴⁵ Véanse: Flores, Daniela. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*. Equipo Jurídico INREDH (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos) Quito. En: http://inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf consultada el 3 de septiembre de 2019; Boaventura de Sousa Santos. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. En: Boaventura de Sousa Santos Agustín Grijalva Jiménez (Editores) en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Ediciones Abya Yala Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012. Cfr. págs 17-22.

Pese a estos y otros avances en materia de derechos colectivos, no fue reconocido de modo explícito el derecho colectivo al autogobierno propuesto por la CONAIE⁴⁴⁶. Por otro lado, las normas constitucionales de integración de circunscripciones territoriales indígenas (art. 257) plantean diversas interrogantes. Tampoco fue aceptado por la Constituyente el planteamiento de reconocer al Quichua y al Shuar como idiomas oficiales al igual que el Castellano⁴⁴⁷.

El proyecto de Constitución de la CONAIE planteaba en relación con la transformación institucional del Estado, la integración de una Asamblea Plurinacional, espacio donde los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieran sus propios representantes, siguiendo los modelos de las cartas política de Bolivia, Colombia y Venezuela. La Constitución de 2008 no adoptó este criterio manteniendo las nociones de representación política de la Constitución de 1998⁴⁴⁸.

Otro debate cuyo resultado fue percibido por varias organizaciones indígenas como fallido, tuvo relación con los efectos de la aplicación del derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, respecto a la explotación de recursos naturales en sus territorios. En todo caso, un análisis constitucional completo sobre esta materia deberá incluir también la normativa internacional pertinente⁴⁴⁹.

7.3.1. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y otras normas de derecho internacional en Ecuador.

⁴⁴⁶ La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador quienes llevaron y presentaron a la Constituyente de Montecristi un proyecto de Constitución.

⁴⁴⁷ Sánchez, Carmen y Burneo, Jemil. *Políticas lingüísticas del Ecuador en relación al idioma Kichwa*. En *Revista de la Universidad Internacional del Ecuador* 2018, Vol 3, No. 5, cfr. 49-51; Giada, Ciliberto. *Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en América Latina, con especial referencia a los pueblos Quechua*. Tesis para optar al Master of Science en Lenguas modernas para la comunicación y la cooperación internacional, Università degli Studi di Padova, Italia, 2018. Cfr. págs 41-55.

Disponible en: http://tesi.cab.unipd.it/62405/1/Giada_Ciliberto_2019.pdf consultada el 30 de septiembre de 2019.

⁴⁴⁸ Andrade, María. *Sistematización de experiencias: proceso de incidencia política de la Confederación de nacionalidades Indígenas de Ecuador Conaie con la propuesta de Estado Plurinacional en la Asamblea Nacional Constituyente periodo 2007-2008*. Tesis para optar al grado de Magister en desarrollo local, mención en movimientos sociales. Universidad Politécnica Salesiana Quito. 2012, cfr. 61-84; Cruz, Edwin. *Redefiniendo la Nación: Luchas indígenas y Estado Plurinacional en Ecuador (1990-2008)*. En *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* Núm. Especial: América Latina (2012). Universidad Complutense de Madrid; Massal, Julie. *El proyecto político indígena ecuatoriano Convergencia y Divergencias con su entorno político*. En *Colombia Internacional*, N° 71, 2010. págs 9-33.

⁴⁴⁹ García, Fernando. *Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana*. En *Anthropologica* Vol.32 N° 32 Lima 2014, págs 71-85; Simbaña, Floresmilo. *Consulta previa y democracia en el Ecuador Chasqui*. En *Revista Latinoamericana de Comunicación*, Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina Quito, núm. 120, 2012, cfr. págs. 4-8; Ponte, María. *Estado multicultural y pueblos indígenas: autonomía y derechos colectivos*. En *Ecuador y su nueva Constitución de 2008, un referente para los pueblos indígenas de América Latina*. Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica. 2010, págs. 2465-2487.

El Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.⁴⁵⁰ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, con el voto favorable de 143 estados, entre ellos Ecuador.

Adicionalmente, el Ecuador ha ratificado la competencia de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha emitido jurisprudencia y contenido de derechos humanos relacionados con la participación en la adopción de decisiones por parte de los Pueblos Indígenas.

Según los Arts. 11 numeral 3, 417, 424, 425, 426 de la Constitución⁴⁵¹, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador forman parte del ordenamiento jurídico, y en virtud de las disposiciones constitucionales citadas al respecto, se concluye que tanto el Convenio como la Declaración también lo integran, y en ese sentido cualquier funcionario o funcionaria del Estado, juez o jueza deberá aplicar la norma y la interpretación más progresista que garantice el efectivo ejercicio de derechos humanos.⁴⁵²

7.3.2. La noción del Sumak Kawsay, “el buen vivir”⁴⁵³.

No es posible referirse a la Constitución del Ecuador sin abordar la noción de ‘buen vivir’⁴⁵⁴ ya que ella tiene un primer fundamento en la relación de los pueblos indígenas con la tierra y en las formas de convivencia económica que éstos han realizado en sus proyectos de comunidades. Este concepto preside la Constitución de 2008 y ya desde su preámbulo aparece al señalar: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”. Luego, se destinan dos títulos de la carta constitucional para referirse a ella, en el Título II, el capítulo segundo se denomina “Derechos del buen vivir”⁴⁵⁵, y el Título VII: “Régimen del buen vivir”.

⁴⁵⁰ Base de datos sobre las normas internacionales aprobadas por Ecuador, página web: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102616

⁴⁵¹ Constitución del Ecuador, sitio web https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

⁴⁵² Art. 11 numerales 3, 4 y 5 de la Constitución del Ecuador 2008.

⁴⁵³ Boff, Leonardo. *¿Vivir mejor o «el buen vivir»*. *América Latina en Movimiento*. En: <https://www.alainet.org/es/active/29839> consultada el 10 de septiembre de 2019.

⁴⁵⁴ Vega, Fernando. *El buen vivir-sumak kawsay en la Constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*. En *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 9, Nº 1, Universidad de Alicante, 2014. págs. 167-194; Pérez Laura; Cardoso, René. *Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo occidental*. En *Revista Contribuciones desde Coatepec*, Nº 26, 2014, págs. 49-66; Handelsman, Michael. *De la dominación al buen vivir: América Latina como proyecto civilizatorio «otro»*. En *Revista Guaraguao* Año 15, No. 38 Barcelona págs. 182-209; Larrea, Ana. *El buen vivir como alternativa civilizatoria*. En: Endara, Gustavo (Coordinador). *Post-Crecimiento y Buen Vivir: Propuestas globales para la construcción de sociedades equitativas y sustentables*. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES-ILDIS) Ecuador 2014. cfr. 237 -254; Guzmán, Guillermo y Polo, Jorge. *La Construcción discursiva del Suma Ecuatoriana Kawsay y su relación con el logro de los objetivos de la buena vida*. En *Análisis político*, vol. 30, Nº 89, Bogotá, 2017, págs. 76-90.

⁴⁵⁵ León, Magdalena. *El ‘buen vivir’: objetivo y camino para otro modelo*. En: http://base.socioeco.org/docs/el_buen_vivir_objetivo_y_camino_para_otro_modelo.pdf consultada el 28 de septiembre de 2019.

Este es un principio ordenador del texto constitucional ya que expresa la intención política de dar un salto cualitativo para lograr una Constitución holística, integral, que propone un nuevo paradigma⁴⁵⁶.

Esta categoría empieza a aparecer en las constituciones del siglo XXI en la región⁴⁵⁷, es sin duda una de las más ricas, de las más contemporáneas en esta fase mundial y generalizada de búsqueda de alternativas. Sintetiza visiones y prácticas ancestrales, debates y propuestas de verdadera transformación, expresa el acumulado de pensamiento crítico y luchas sociales de décadas recientes; junta dinámicas nacionales e internacionales de respuesta al “modelo de desarrollo” y al “modelo de civilización” que ha conducido a la humanidad a una situación ya reconocida como insostenible⁴⁵⁸.

El concepto del “buen vivir”, es inseparable del concepto “diversidad”, ambos esbozan en la Constitución del 2008, un intento para superar el neoliberalismo y para delinear un modelo económico alternativo, en este caso inseparable de otro modelo de sociedad.

Puede decirse que el ‘buen vivir’ aparece como un paradigma alternativo en el nuevo siglo, donde el post-neoliberalismo y post-desarrollo son incapaces de articular una salida o respuesta al momento histórico que vivimos y son el indicio más contundente de crisis y agotamiento. En estos años, las evidencias incontrastables sobre el fenómeno de calentamiento global provocado por el modelo depredador impuesto en casi todo el planeta, han motivado un consenso mundial antes eludido: la necesidad de transitar hacia otros modos de producir, consumir y organizar la vida⁴⁵⁹.

Previamente, la inconveniencia del formato neoliberal con su tesis de mercantilización de la vida a escala global, había llevado incluso a la revisión del Consenso de Washington, para introducir algunos ajustes en el afán de tornarlo viable. El Banco Mundial llegó a señalar: “Han fracasado los intentos de desarrollo basados en el protagonismo del Estado, pero también fracasarán los que se quieren realizar a sus espaldas. Sin un Estado eficaz el desarrollo es imposible”⁴⁶⁰. Estos reacomodos,

⁴⁵⁶ Martínez, Rubén. *Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia*. En *Revista La Tendencia*. 2009 cfr págs. 37-41; Baldin, Serena. *Los Derechos de la Naturaleza: de las Construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico*. En *Revista General de Derecho Público Comparado* N° 22, 2017; Carpio, Jaime. *Los Nuevos Paradigmas de Desarrollo en América Latina. El Sumak Kawsay en Ecuador*. Universidad de Alicante 2015. Cfr. 143-198; Cuesta-Caza, Javier y Góngora-Almeida, Steevens. *Sumak Kawsay en el Ecuador: Un Paradigma Alternativo al Desarrollo*. En *Revista Sarance*, N° 35, Otavalo, Ecuador, 2016. cfr 47-6.

⁴⁵⁷ El concepto aparece en la Constitución Boliviana aprobada en 2007, como “vivir bien”.

⁴⁵⁸ Véase: Sachs, Jeffrey. *La Era del Desarrollo Sostenible: Nuestro futuro está en juego. Incorporaremos el desarrollo sostenible a la agenda política mundial*. Editorial PAIDÓS Empresa. Barcelona. 2016; Saloña, Marta. *Efectos colaterales de un reparto insostenible de recursos*. *Revista De bioética Y Derecho*, 2006, Núm. 7, págs. 1-11; Manfred Max Neef. *Desarrollo a Escala Humana. Concepto aplicaciones y algunas reflexiones*. Icaria Editorial 2006 Barcelona. Cfr. págs 23 -48; Gudynas, Eduardo. *Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi* págs. 83-102, En: Gabriela Weber (editora). *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*. Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito. 2011.

⁴⁵⁹ Consenso que entre los crecientes sectores críticos, han impulsado iniciativas de alcance planetario como el Foro Social Mundial.

⁴⁶⁰ Zurbriggen, Cristina. *La falacia tecnocrática y la reforma del Estado. A 10 años del Informe del Banco Mundial*. En *Revista Nueva Sociedad*, No. 210, Caracas, 2007.

que ocurren desde hace ya dos décadas, indican las incertidumbres que tocan hasta las esferas del poder mundial⁴⁶¹.

El cambio que ahora se busca es al mismo tiempo urgente y profundo. Boaventura de Sousa Santos caracteriza este momento como paradójico: “Por un lado, existe un sentimiento de urgencia, de que es necesario hacer algo ya ante la crisis ecológica que puede llevar al mundo a colapsar; ante desigualdades sociales tan intensas que no es posible tolerar más (...) pero por otro lado, hay un sentimiento casi opuesto: las transformaciones que necesitamos son de largo plazo, son civilizacionales. No es posible cambiar todo ahora, porque para ello no basta tomar el poder; es necesario transformar este Estado moderno, cuya crisis final fue producida por el neoliberalismo (...). Este planteamiento hoy es común en varios países del continente, y quizás también en Europa aunque por razones diferentes”⁴⁶².

Al tiempo que ocurre esta búsqueda, desde el dinamismo de su acción colectiva, la cosmovisión y la práctica de los pueblos indígenas -donde se origina el concepto-, fueron cobrando interés y legitimidad como alternativa ya no sólo para ellos mismos, sino para todas/os. Esto supone un giro en la ‘colonialidad del poder’ que instaló como referentes universales el pensamiento y las políticas producidos en el hemisferio Norte⁴⁶³.

El ‘buen vivir’ en su formulación básica pone el acento en la relación armónica e integral entre los seres humanos y la naturaleza. Dice Alberto Acosta: “El ‘buen vivir’ nace de la experiencia de vida colectiva de los pueblos y nacionalidades indígenas. Busca la relación armoniosa entre los seres humanos y de estos con la Naturaleza... Es un elemento fundamental para pensar una sociedad diferente, una sociedad que rescate los saberes y la tecnologías populares, la forma solidaria de organizarse, de dar respuesta propia...”⁴⁶⁴.

Así el buen vivir se convirtió en la constitución ecuatoriana de 2008 en:

⁴⁶¹ Véanse: Acosta, Alberto. *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Editorial Icaria, Barcelona, 2013; Aguiló, Antoni Jesús. *Globalización neoliberal, ciudadanía y democracia. reflexiones críticas desde la teoría política de Boaventura de Sousa Santos*. En *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*. Euro-Mediterranean University Institute Roma, vol. 20, núm. 4, 2008.

⁴⁶² Sousa Santos, Boaventura de, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, conferencia dictada en la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi, marzo 2008 (texto inédito). Obtenido en Universidad de Otavalo Ecuador (mayo 2019).

⁴⁶³ Véanse: Medeci, Alejandro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*. En *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Universidad de la Plata Argentina, N°3, Octubre 2010, págs. 3-23; Maldonado-Torres, Nelson. *La descolonización y el giro des-colonial*. En *Revista Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Bogotá, núm. 9, 2008, págs. 61-72; Segato, Rita. *La perspectiva de la Colonialidad del Poder y el giro descolonial*. En: Corggio, José y Laville, Jean-Louis (organizadores). *Reinventar la izquierda en el siglo xxi Hacia un diálogo Norte-Sur*. Ediciones Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014, cfr. 175-190.

⁴⁶⁴ Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comp). *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Editorial Universidad Bolivariana, Santiago, 2009, cfr. pág 184.

- Un medio para tener una visión integral que conecta los derechos del buen vivir⁴⁶⁵ y el régimen del buen vivir⁴⁶⁶, a su vez correlacionado con el régimen de desarrollo, la soberanía económica, la participación, derechos y responsabilidades, el ‘buen vivir’ es objetivo de la economía y preside la acción del Estado.
- Responde al desafío de “revertir las condiciones de explotación de las dos principales fuentes de riqueza social: los seres humanos y la naturaleza”⁴⁶⁷. Esta explotación, exacerbada bajo el neoliberalismo, deviene del objetivo central de acumulación inherente al capitalismo, pero a su vez se remite a una disociación entre seres humanos y naturaleza, tiene un antecedente ‘civilizatorio’ que cobija a ese sistema económico, que supone la fragmentación de la vida, la confrontación con la Naturaleza, el no reconocimiento de la común pertenencia a un mismo sistema de vida.
- Permite esbozar una respuesta concreta a la ‘exclusión’ económica y social que se percibe como el fenómeno más acuciante para la mayoría de la población. Esa exclusión tiene dimensiones materiales y simbólicas que se derivan del no reconocimiento o de la estigmatización de las diversas racionalidades económicas, productivas y reproductivas que existen en el país y de sus protagonistas, de la riqueza social y cultural de su sociedad. El ‘buen vivir’ parte, necesariamente, de un reconocimiento positivo de la realidad, valora que lo alternativo ya tiene una expresión presente que debe ser vista y fortalecida; implica una visibilidad de todas las personas y colectividades desde sus aportes y potencialidades, no sólo desde sus carencias.

El reconocimiento y fortalecimiento de las diversidades, de la forma como lo expresa. Esta constitución, parece ser la forma de poner freno al proyecto neoliberal de apropiación y control hacia todos los ámbitos de la vida, que conlleva la eliminación de modos de convivencia, de relación económica y social inseparables de otras formas de relación con la naturaleza.

7.4. Ordenamiento Constitucional sobre los pueblos indígenas en Bolivia.

Bolivia es un estado plurinacional, descentralizado y con autonomías. Está dividida en 9 departamentos. Sucre es la capital y sede del órgano judicial, mientras que La Paz es la sede de los órganos ejecutivo, legislativo y electoral. Tiene como forma de gobierno una República presidencialista.

Históricamente los imperios inca y español conquistaron el territorio hasta que el país se independizó de este último en 1825. Bolivia al haber heredado las tradiciones del mestizaje colonial y las culturas precolombinas es un país multiétnico y pluricultural, rico en la mezcla de tradiciones y folclore de habitantes mestizos, indígenas, blancos descendientes de criollos, afro-bolivianos y en menor proporción migrantes europeos y asiáticos⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Constitución República Ecuador art. 12-34.

⁴⁶⁶ Constitución República Ecuador art. 340-394.

⁴⁶⁷ Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) *La Tendencia, Las Izquierdas y la Constituyente*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Programa Constitucional, Quito, 2007. Cfr. Págs 2 y 3.

⁴⁶⁸ Landivar, Eric. *Indigenismo y Constitución en Bolivia (un enfoque desde 1990 a la fecha)*. En *Revista Boliviana de Derecho* n° 19, La Paz, enero 2015, págs. 470-507.

Recién desde fines de los años sesenta, los pueblos indígenas comenzaron a emerger como nuevos factores de poder y como actores dinámicos de la política nacional. En los noventa, las marchas protagonizadas por las organizaciones indígenas, hicieron llegar sus demandas al Gobierno central. Producto de la movilización, fue el primer reconocimiento de los derechos indígenas con la reforma constitucional de 1995, que destaca el carácter pluricultural y multiétnico del país, así como una serie de reformas legislativas, incluyendo el impulso a la titulación de los territorios indígenas⁴⁶⁹

Los pueblos indígena-origenarios de Bolivia se dividen en dos ramas: Las Etnias de los Andes asentadas en mayor parte en las regiones altiplánicas y valles; y las Etnias de los Llanos Orientales que se localizan en las regiones cálidas al nororiente de la cordillera central y las regiones del sudeste (Gran Chaco).

En el Informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, sobre Bolivia no hace más que reconocer estos hechos:⁴⁷⁰

“Bolivia es un país multiétnico, siendo indígena la mayoría de su población (62%). Desde 2005 el gobierno de Bolivia es encabezado por primera vez por un presidente indígena y el proyecto de nueva Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007 incorpora numerosas disposiciones relativas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas (...)”.

A lo largo de la historia republicana de Bolivia, e incluso antes, los campesinos y pueblos indígenas han luchado tenazmente por su derecho a la tierra. Desde las rebeliones de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, contra la expansión del latifundio, pasando por las tomas de haciendas previas a la reforma agraria, hasta las movilizaciones contemporáneas, la tierra ha estado en el centro de las luchas indígenas y campesinas⁴⁷¹.

La Constitución boliviana de 1994 reconoció a los Pueblos Indígenas sus Tierras Comunitarias de Origen, en adelante TCO⁴⁷², y la nueva Constitución de 2009 reconoce la propiedad colectiva de la tierra, en tanto cumpla con una función social o con una función económica y social (artículos 393 y 397). Según la Constitución, los Pueblos Indígenas tienen derecho al territorio, a recibir tierras fiscales, al aprovechamiento de los recursos renovables, al manejo compartido de áreas protegidas y a ser consultados cuando el Estado vaya a explotar recursos naturales no renovables.

⁴⁶⁹ Informe del Relator Especial -Rodolfo Stavenhagen- sobre “*La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*”. 2007. Cfr. Págs 17-19 En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>

⁴⁷⁰ Stavenhagen, Rodolfo. *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. Misión a Bolivia 2007. págs 1-33. Cfr. Pag 2. En: www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/.../A-HRC-9-11-Add2_sp.doc consultada el 13 de septiembre de 2018.

Sobre La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas del año 2007.

⁴⁷¹ Calderón, F y Dandler, J. *Sobre las luchas campesinas en la historia boliviana. La fuerza histórica del campesinado*. Cochabamba, CERES. Bolivia 1984. Reseña En Revista de Estudios Sociológicos VI, 18, 1988 págs 653-657; Garcés, Fernando. *Los indígenas y su Estado (pluri) nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*, JAINA/FHyCE – UMSS/CLACSO, Cochabamba, Bolivia, 2013.

⁴⁷² Almaraz, Patricia. *Las tierras comunitarias de origen son instrumentos para recuperar el derecho sobre sus tierras*. En: http://cipca.org.bo/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=41&Itemid=33 consultada el 30 de noviembre de 2019.

Además, establece una protección especial sobre los territorios de los pueblos en aislamiento (artículos 30, 31, 349, 352, 385, 388, 394, 395 y 403)⁴⁷³.

Antes de la nueva constitución boliviana (2009) hubo leyes que se referían a la propiedad de los pueblos indígenas, así por ejemplo la ley de reforma agraria, que corresponde al DL 3464 del 2 de Agosto de 1953⁴⁷⁴. Luego vendrían normas como Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria Nº 1715 de 1996, en la que se impulsó un proceso de saneamiento de la propiedad agraria, a cargo del Instituto Nacional de Reforma Agraria, en adelante, INRA. Entre sus principales aciertos se encuentra la creación de una categoría de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, las denominadas “tierras comunitarias de origen” TCO. La Ley reconoció el derecho de los pueblos indígenas al uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, el derecho a la autogestión de las tierras conforme al derecho consuetudinario indígena, y los principios de inajenabilidad e inembargabilidad de las mismas⁴⁷⁵. Diez años después en noviembre de 2006, el Congreso aprobó la Ley de “Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria” Nº 3545, que introduce cambios sustantivos al régimen agrario anterior. Esta Ley favorece el reagrupamiento de la pequeña propiedad agraria, así como la distribución de tierras a los pueblos indígenas que no poseen tierra suficiente o requieren de tierras adicionales para complementar su territorio. Para ello, la Ley incorpora como causal de reversión el incumplimiento de la función económico-social de la propiedad, y toda tierra expropiada por causa de utilidad pública pasa a ser dotada “exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios” que carezcan de tierras suficientes (artículo 43). La nueva política de titulación de tierras indígenas ha brindado sus frutos⁴⁷⁶.

A pesar de los esfuerzos legales reseñados, según el Informe del Relator especial de la ONU de 2007 “...persisten serios retrasos en la tramitación de las numerosas demandas pendientes de titulación de TCO, debido en parte a las limitaciones presupuestarias. En el altiplano y valles de la región andina, donde predomina la pequeña propiedad indígena (entre 1 y 1.5 hectáreas por familia), las organizaciones indígenas denuncian que el proceso de saneamiento no haya conseguido realmente consolidar el derecho propietario, y que, en muchos casos, las superficies reconocidas a estos pueblos son insuficientes o no reflejan sus territorios tradicionales”.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Véanse: López, Pabel. *Defensa de territorios indígenas en las tierras bajas de Bolivia: derechos colectivos, neoextractivismo y autonomía*. En *e-cadernos*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal CES Nº 28, 2017 págs. En: <http://journals.openedition.org/eces/2473> consultado el 15 de agosto de 2019; Morales, Evo. *La Tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la Tierra*. Ediciones Diplomacia por la vida. 2006. Cfr 51-54.

⁴⁷⁴ DL 3464 del 2 de agosto de 1953 que crea la reforma agraria por el presidente de la época Víctor Paz Estenssoro, esta ley en su capítulo VI se refiere a la restitución de Tierras a pueblos indígenas y en el XI a las tierras de la comunidad indígena.

⁴⁷⁵ Colque, Gonzalo (Director). *Informe 2010 Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia Entre la Loma Santa y la Pachamama*. Editor: Fundación TIERRA, La Paz Bolivia. Cfr. págs. 9 a 16; Gómez Leyton, Juan Carlos (Editor). *Bolivia hoy: ¿Una Democracia Poscolonial o Anticolonial?*. En Seis estudios y una bibliografía seleccionada 1990-2016. CLACSO, Ediciones Escaparate 2016. Cfr. págs. 11-26.

⁴⁷⁶ Fornillo, Bruno. *¿Existe una reforma agraria en la Bolivia del Movimiento al Socialismo?* En *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Nº 42, Quito, 2012, págs. 153-166; Sanjines, Esteban. *Las condiciones jurídicas de acceso a la tierra para campesinos e indígenas en Bolivia* Fundación TIERRA-Bolivia 2013. En: <https://porlatierra.org/docs/Oodr6enB.pdf> consultada 20 de septiembre de 2019.

⁴⁷⁷ Stavenhagen, Rodolfo. *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. Misión a Bolivia 2007. págs 23-75. Cfr. Pag 36. En:

No obstante lo recién señalado se han producido importantes progresos en lo referente a los derechos de los pueblos indígenas sobre la propiedad de sus tierras, debido a las normas que al respecto integran la nueva Constitución Política de Bolivia, vigente desde el 7 de febrero de 2009, fecha en la que fue promulgada por el Presidente Evo Morales tras ser aprobada en un referéndum con un 90,24% de participación.

7.4.1. Importancia en la Constitución Boliviana de las temáticas políticas en relación a los pueblos indígenas.

También parece importante hacer una breve alusión a temáticas al reconocimiento de derechos políticos de los pueblos indígenas, en consideración a los naturales efectos que tiene en relación a la tierra y los territorios de los pueblos originarios.

Así el Artículo N° 211-I establece que los pueblos eligen a sus autoridades a través de las formas que culturalmente le son propias, textualmente señala el artículo en comento. “Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección”.

El artículo recién transcrito, introduce el derecho político de los pueblos indígenas. Recordemos que los derechos políticos son aquellos derechos que permiten a los ciudadanos intervenir en la vida política de un Estado formando parte de la democracia representativa. La gran novedad acá está dada por el reconocimiento del derecho a elegir a sus representantes de acuerdo a sus formas, es la gran novedad ya que les permite a los pueblos originarios participar en la integración, conformación y legitimación del gobierno desde el reconocimiento de su cultura y su organización política, haciendo posible que mantengan sus costumbres electivas. De todas maneras, considero que la forma de la elección siempre deberá adecuarse a un sistema democrático y libre.

En esta misma línea avanza el artículo N° 292, al señalar que: “Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley”.

Claramente el artículo 292 hace referencia a la autodeterminación de las comunidades indígenas siempre y cuando se encuentre en el marco legal del Estado boliviano. Esto en perfecta concordancia con el artículo N° 179-II que con absoluta claridad pone en un plano de igualdad a “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

El poseer jurisdicción propia con igual jerarquía que la ordinaria se traduce en la posibilidad de autodeterminarse como pueblo, es decir, de establecer su propia organización, sus características propias de formas de gobierno, sus específicas estructuras sociales, administrativas, económicas conforme a sus usos y costumbres, así mismo de tener sus propias autoridades tradicionales, de guiarse bajo sus normas y códigos de comportamientos y de sancionar las conductas que los miembros de la comunidad realicen en contra de su propia organización sociocultural.

www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/.../A-HRC-9-11-Add2_sp.doc consultada el 13 de septiembre de 2018.

La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, dentro de un ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Considero que le corresponde al legislador la obligación de regular las formas de coordinación de la jurisdicción de los pueblos originarios con el sistema judicial nacional.

Hechas las consideraciones anteriores a continuación analizaremos la propiedad de los pueblos originarios en la Constitución de Bolivia del 2009.

7.4.2. Análisis de la garantía constitucional del derecho a la propiedad en Bolivia.

La Constitución Boliviana declara en su artículo primero la naturaleza intrínseca del Estado Boliviano, en el se describen los pilares fundamentales en los que se constituye el Estado. Pero, ya en su preámbulo, la Constitución de Bolivia (2009) establecía los principios generales de lo que debe ser el Estado:

“(…) El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos (…).”

Es decir, sin decirlo en forma expresa, hay un reconocimiento de la población indígena y sus reivindicaciones.

Consecuentemente con lo establecido en su preámbulo, hay diversos artículos referentes a la propiedad de los pueblos originarios, estos son:

Artículo N° 2. “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

En este artículo 2 se establece claramente el reconocimiento de que las tierras son originariamente de los pueblos indígenas y que si se garantiza el acceso y la posesión de esos territorios se garantiza subsidiariamente el resto de los derechos mencionados (autonomía, autogobierno, etc.)

Artículo N° 289. “La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

En el artículo anteriormente nombrado se establece que se entiende por autonomía indígena, diciendo que la misma consiste en su autogobierno. Por autogobierno se comprende la negación absoluta de un gobierno en las que las minorías deciden sobre la totalidad de la sociedad, es decir, donde personas supuestamente) mejor calificadas deciden el camino a seguir de una comunidad. En sí, autogobierno implica el ejercicio del gobierno de forma individual en todos sus aspectos, tanto en la vida pública como en la privada; es la posibilidad de elegir libremente y de forma consciente las normas que pensamos que son correctas y justas y después aplicarlas a las actividades diarias.

En el art. 30-I se define que es una nación y pueblo indígena originario y campesino.

Artículo N° 30-I. “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.(...)”

En éste artículo, se establece que los pueblos indígenas son una Nación y que los mismos son originarios campesinos. Al plasmar la raíz originaria y especificando que son anteriores a la invasión se determina la preexistencia de los pueblos, reconociendo su preeminencia sobre esas tierras y la imposición de una cultura no propia del pueblo boliviano.

En el mismo artículo romano II número 4 se establece que los pueblos tienen el derecho, “Art 30 II-4: A la libre determinación y territorialidad.” Lo que debe entenderse específicamente, como aquellos derechos de los pueblos de tomar las decisiones sobre los asuntos que afectan a su vida y cultura.

El artículo 30 romano II N° 5. Se señala el derecho: “A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”.

En esta misma línea de reconocimiento están los derechos a la titulación colectiva de su tierra y territorios⁴⁷⁸. “A la participación de los beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios”⁴⁷⁹; “a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”⁴⁸⁰.

Por su parte los territorios ancestrales son la base de la autonomía indígena así lo establece el Artículo N° 290 que señala:

“I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley.

II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley”.

El precedente artículo continúa con lo dicho por el artículo 289 en lo referente a la autonomía indígena. Plasmando que la misma necesita de sus territorios ancestrales para poder realizarse. Por

⁴⁷⁸ Art 30 II N° 6 Constitución Política de Bolivia.

⁴⁷⁹ Art. 30 II N° 16 Constitución Política de Bolivia.

⁴⁸⁰ Art. 30 II N° 17 Constitución Política de Bolivia.

autonomía se entiende como la condición del individuo de que nadie dependa en ciertos conceptos. Parte de la autonomía se relaciona con voluntad, independencia, libertad, responsabilidad.

Los pueblos indígenas han ayudado a forjar una teoría política sobre la autodeterminación⁴⁸¹ porque considera la libertad y la igualdad no solo en términos de individuos y Estados sino también en términos de las diversas identidades culturales y órdenes políticos y sociales coexistentes. Según esta teoría política, la libre determinación no implica un estado independiente para cada pueblo, pero tampoco se deja a los pueblos sin estado con tan solo los derechos individuales de los miembros de esos grupos. Por el contrario, los pueblos como tales, incluidos los pueblos indígenas, con sus propios tejidos orgánicos sociales y políticos, deben ser participantes plenos y en igualdad en todos los niveles de construcción y funcionamiento de las instituciones de gobierno bajo las que viven⁴⁸².

Al referirse a territorios ancestrales, especifica sobre qué tierras ha de desarrollarse su autonomía y su gobierno propio. Esas tierras en que antes de la invasión ellos desarrollaban sus vidas, aquellas de que en definitiva siempre fueron propietarios, no aquellas tierras que les fueron “dadas” o “entregadas” con posterioridad a la conquista y a conveniencia de los conquistadores.

Artículo N° 291-I.

“Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley.

La Asamblea Legislativa Plurinacional tiene competencia para agregar territorios a los municipios indígenas originarios campesinos o modificar sus límites”.

La Constitución le delega a la Asamblea Legislativa Plurinacional la posibilidad de agregar nuevos territorios a las comunidades indígenas o modificar los límites de los ya devueltos. De todas formas y si se respeta el espíritu con que se ha escrito esta Constitución, esto nunca debería significar que esas eventuales modificaciones de límites fueran en contra de los derechos reales ya adquiridos por los pueblos, sino que si se modifican los mismos deberán ser para ampliar los derechos no para restringirlos.

7.4.3. El Convenio 169 de la OIT en Bolivia.-

Finalmente señalar, brevemente, que sucede con el Convenio 169 de la OIT. En el caso de Bolivia⁴⁸³, éste fue ratificado con fecha 11 de diciembre del año 1991, y la cuestión relativa a su posición dentro del ordenamiento jurídico boliviano, viene definida por el artículo 410 II de su

⁴⁸¹ Pérez Villar, Carmen. *El derecho de autodeterminación de los pueblos*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII*. Perspectiva Universidad Católica de Valparaíso 1997. págs 473-481. Cfr. Pág. 477.

⁴⁸² Vargas, Sorily y Ariza, Andrea. *Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano*. En *Revista de Estudios Sociales* N° 53 Julio 2015, Bogotá 2015, págs 65-75. Cfr. Págs. 70 y ss.

⁴⁸³ Véanse: Landívar, Eric. *Indigenismo y Constitución en Bolivia (un enfoque desde 1990 a la fecha)*. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, Santa Cruz, 2015, págs. 470-507; Clavero, Bartolomé. *Nota sobre el sistema de Autonomías en la Constitución de Bolivia*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 85, 2009, págs. 187-199; Quiroz, Carmela; Bazán, J. Fernando. *Normatividad constitucional comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico, en el marco de los estándares del Convenio n° 169 de la OIT*. En *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, volumen 11, N° 13, Cajamarca Perú, 2016. Cfr págs. 95 a 103.

Constitución⁴⁸⁴.

Así el Convenio 169 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad⁴⁸⁵, y en este sentido el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha señalado que:

“De las normas antes glosadas (Convenio 169, Declaración y normas constitucionales) que conforman el bloque de constitucionalidad, de conformidad al art. 410 de la CPE, se extrae que los pueblos indígena originario campesinos tienen derecho:

1. A las tierras, territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido;
2. A poseer, utilizar y controlar dichas tierras y territorios;
3. A que el Estado garantice el reconocimiento y protección jurídica de dichas tierras y territorios, incluidos los recursos existentes en ellos”⁴⁸⁶

Además ha puntualizado que al formar parte del bloque de constitucionalidad “tienen rango constitucional y son de aplicación directa.”⁴⁸⁷

Hemos revisado en el presente capítulo como el multiculturalismo, el pluralismo jurídico y esbozos del derecho propio indígena, tienen cada vez mayor expresión en la normativa latinoamericana y muy concretamente en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia; de modo que hoy aparece como posible estructurar una sociedad donde efectivamente se produzca un reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios.

Ahora avanzaremos al capítulo III y final de esta tesis, donde veremos cual es la situación de Chile en relación a la propiedad indígena, comparando éste con las normas del derecho internacional, de la jurisprudencia de la Corte IDH y del Derecho comparado. Así pasaremos en el último capítulo a revisar el régimen de propiedad en Chile, la situación del pueblo Rapa Nui y las principales normas que regulan el tema de la propiedad respecto de este pueblo para finalizar respondiendo si existe un régimen de propiedad en Chile compatible con la propiedad ancestral y si no existe ¿cuál o cuáles son las incompatibilidades de este régimen, con el derecho internacional y con el reconocimiento de la propiedad ancestral?

⁴⁸⁴ Artículo 410 II Constitución Política de Bolivia. “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.”

⁴⁸⁵ Véanse: Núñez, Cayetano. *El Principio Autonómico en el texto constitucional Boliviano de 2008*. En UNED. *Teoría y realidad Constitucional* N° 24, Madrid 2009 cfr. págs 582 y 583; Goitia, Carlos. *La supremacía constitucional en Bolivia*. En *Foro Revista de Derecho* N° 12 Quito 2017. Págs. 181-220; Vargas, Nataly. *Los tratados internacionales de Derechos Humanos en la nueva constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Págs 329-342. En: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.329-342.pdf consultada el 23 de septiembre de 2019.

⁴⁸⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Bolivia (25 de octubre de 2010) Rol 2003. Acción de amparo constitucional.

⁴⁸⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Bolivia (16 de octubre de 2006) Rol 2056. Acción de inconstitucionalidad abstracta.

CAPÍTULO III

Régimen de propiedad chileno y propiedad ancestral del pueblo Rapa Nui

A continuación, a partir de la forma como el pueblo Rapa Nui entiende la propiedad, sumado a las normas internacionales y la jurisprudencia internacional que se ha analizado, plantearemos ¿cuáles son los problemas que éstas miradas le plantean al orden jurídico chileno. ¿Qué valor tiene estos desarrollos internacionales en nuestro orden jurídico? y ¿Cómo compatibilizar el concepto de propiedad indígena con el concepto de propiedad inscrita de nuestro Código Civil?

En la segunda parte del capítulo profundizaremos en el caso del pueblo Rapa Nui y analizaremos críticamente la compatibilidad de las normas sobre propiedad que resultan vigentes en la norma chilena, en relación a este pueblo.

1. Régimen de propiedad, compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral indígena.

Una de las principales cuestiones que se plantean en el momento de revisar las compatibilidades o incompatibilidades del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos es el de la recepción y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos en el derecho nacional. Cuando se hace referencia a la recepción, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas. Respecto a esta cuestión han existido debates académicos y jurisprudenciales; mi posición es que los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse en Chile y las consecuencias prácticas que trae esto para nuestro sistema de protección de derechos fundamentales es o debe ser que las normas del derecho interno deben inclinarse ante las normas internacionales de derechos humanos.

1.1. Régimen de propiedad chileno.-

Como lo anunciamos en este apartado, lo que haremos será analizar, muy brevemente, el régimen de propiedad en el derecho chileno, responderemos si existe un régimen de propiedad en Chile compatible con la propiedad ancestral; si es que existe ¿cuál o cuáles son las compatibilidades de este régimen, con el derecho internacional (derecho sobre la propiedad indígena, que ya analizamos en el capítulo I de esta tesis) y cuáles son las incompatibilidades del régimen jurídico chileno con la propiedad ancestral⁴⁸⁸.

Desde ya adelantamos, lo que se demostrará, que hay una abierta contradicción en el derecho chileno frente al tema de la propiedad indígena, ya que por una parte integra a su ordenamiento normas del derecho internacional que la reconocen y por otra, encontramos en él normas y resoluciones judiciales que son incompatibles con las normas del derecho internacional sobre propiedad ancestral,⁴⁸⁹ y veremos que, no obstante lo anterior, si nuestra judicatura interpretara el

⁴⁸⁸ Véanse: Meza-Lopehandía, Matias; Sierra, Lucas; Ribera, Teodoro; y Salazar, Francisca. *Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Anuario de Derechos Humanos*, (6), 2010, cfr. 62-67; D'Ávila Lopes, Ana María; Barreto Lima, Martonio Mont'Alverne (Organizadores) *A Internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na América do Sul*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017; Art. de Herrera, Cristobal. *El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en Chile. Tres hipótesis explicativas a su domesticación*. Cfr. págs 61 a 71; Núñez, Manuel. *La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional*. En *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXX, N° 1, 2017, págs. 205 -233.

⁴⁸⁹ En los hechos las constituciones chilena y uruguaya, no contienen normas que aludan a los derechos de los pueblos indígenas.

conjunto de la normativa existente del modo que lo viene haciendo la Corte HDH, interpretación que por lo demás resulta obligatoria de acuerdo a la doctrina que ha desarrollado la Corte IDH de Control de Convencionalidad,⁴⁹⁰ sí podrían ajustarse al derecho internacional sobre propiedad ancestral.

Hacemos la prevención de que no se trata acá, de hacer un esfuerzo investigativo sobre la propiedad y sus características, ya que este punto es suficientemente conocido por los letrados y por los no letrados que leen esta tesis. Se trata de dejar sentados cuáles son los principios básicos sobre propiedad, el reconocimiento en la Constitución Política de la República 1980 de la propiedad privada y la importancia que da el Código Civil a la propiedad registral, esto es la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces como modo de acreditar la posesión de estos bienes⁴⁹¹.

A continuación veremos cuáles son las normas constitucionales y legales sobre el derecho fundamental a la propiedad y las que refieren directa o tangencialmente a la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas.

1.2. Breve reseña de la historia constitucional y legal chilena sobre los pueblos indígenas. El Estado de Chile no ha reconocido a nivel constitucional a los pueblos originarios⁴⁹², al no hacerlo, no

⁴⁹⁰ Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 2199 ; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151. En: Control de Convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁴⁹¹ Barcia, Rodrigo. *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2014, N° 22, págs. 367-390; Larroucau, Jorge. *Acciones reales y estándares de prueba*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 21, N° 2, 2015, pág. 109.

⁴⁹² Como anticipábamos, el caso de Chile se distingue por su lento avance. Se observa la ausencia de una cláusula constitucional que reconozca a los pueblos originarios, pese a que se ha discutido en el Congreso por 24 años y la aprobación del Convenio 169 demoró diecisiete años. Desde el punto de vista de la teoría de los recursos de poder, intuitivamente se explica esta circunstancia. Como el balance de poder ha favorecido a las fuerzas conservadoras de derecha desde el retorno de la democracia, y como aquellas han sido las más renuentes a tal reconocimiento, es plausible esperar que este cambio se haya concretado. Aunque tanto la población indígena (10%) como el movimiento indígena que la sustenta son significativos, los avances institucionales han sido lentos producto de este bloqueo. Pese a que la coalición de centro-izquierda (Concertación) que gobernó Chile entre 1990 y 2010 presentó varios proyectos de ley para materializar tal reconocimiento, siempre se encontró con la oposición de la derecha que, o tenía la mayoría de una de las Cámaras o mantenía un importante poder de veto (el quórum para la aprobación de una reforma de esta naturaleza era muy alto: dos tercios de ambas Cámaras). La resistencia es coherente con una postura ideológica conservadora y nacionalista que valora la “unidad de la nación” y con fuertes intereses económicos, dadas las iniciativas productivas que afectan

reconoce un hecho, la existencia de la diversidad cultural, étnica y la multiculturalidad⁴⁹³ que aportan los pueblos originarios al Estado, cuestión a la que ya nos hemos referido en el capítulo II de esta tesis. Un reflejo de esto es que, ninguna de las Constituciones que ha tenido el Estado de Chile ha considerado siquiera la existencia de los pueblos indígenas.

El Estado de Chile no ha reconocido a nivel constitucional a los pueblos originarios⁴⁹⁴, al no hacerlo, no reconoce un hecho, la existencia de la diversidad cultural, étnica y la multiculturalidad⁴⁹⁵ que aportan los pueblos originarios al Estado, cuestión a la que ya nos hemos referido en el capítulo II de esta tesis. Un reflejo de esto es que, ninguna de las Constituciones que ha tenido el Estado de Chile ha considerado siquiera la existencia de los pueblos indígenas.

Lo ocurrido se debe una opción contradictoria⁴⁹⁶, ya que desde un primer momento se impusieron, tanto en los ensayos constitucionales como en las Constituciones los principios jurídicos y políticos de la igualdad ante la ley y la unidad del Estado⁴⁹⁷. Contradictoria, ya que no se ve por qué y cómo la igualdad y la unidad del Estado tendría que necesariamente colisionar con el reconocimiento de la diversidad.⁴⁹⁸ Se confunde de algún modo el principio de la igualdad, con la

territorios indígenas. El debate adquiriría así tanto una dimensión ideológica como otra económica, y de ahí su importancia. En: Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. Fuentes, Claudio y de Cea, Maite. Perfiles latinoamericanos, Flacso. México.

⁴⁹³ Figueroa, Verónica. *La realidad de los pueblos indígenas en Chile: una aproximación sociodemográfica para contribuir al diseño de políticas públicas pertinentes*. En *Revista Anales séptima serie* N° 3 Santiago 2012. Cfr. Pág. 140.

⁴⁹⁴ Como anticipábamos, el caso de Chile se distingue por su lento avance. Se observa la ausencia de una cláusula constitucional que reconozca a los pueblos originarios, pese a que se ha discutido en el Congreso por 24 años y la aprobación del Convenio 169 demoró diecisiete años. Desde el punto de vista de la teoría de recursos de poder, intuitivamente se explica esta circunstancia. Como el balance de poder ha favorecido a las fuerzas conservadoras de derecha desde el retorno de la democracia, y como aquellas han sido las más renuentes a tal reconocimiento, es plausible esperar que este cambio se haya concretado. Aunque tanto la población indígena (10%) como el movimiento indígena que la sustenta son significativos, los avances institucionales han sido lentos producto de este bloqueo. Pese a que la coalición de centro-izquierda (Concertación) que gobernó Chile entre 1990 y 2010 presentó varios proyectos de ley para materializar tal reconocimiento, siempre se encontró con la oposición de la derecha que, o tenía la mayoría de una de las Cámaras o mantenía un importante poder de veto (el quórum para la aprobación de una reforma de esta naturaleza era muy alto: dos tercios de ambas Cámaras). La resistencia es coherente con una postura ideológica conservadora y nacionalista que valora la "unidad de la nación" y con fuertes intereses económicos, dadas las iniciativas productivas que afectan territorios indígenas. El debate adquiriría así tanto una dimensión ideológica como otra económica, y de ahí su importancia. En: Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. Fuentes, Claudio y de Cea, Maite. Perfiles latinoamericanos, Flacso. México.

⁴⁹⁵ Figueroa, Verónica. *La realidad de los pueblos indígenas en Chile: una aproximación sociodemográfica para contribuir al diseño de políticas públicas pertinentes*. En *Revista Anales séptima serie* N° 3 Santiago 2012. Cfr. Pág. 141.

⁴⁹⁶ En los siglos XIX y XX el constitucionalismo latinoamericano no hizo referencias a los derechos de los pueblos indígenas, en los últimos treinta años ello cambió, se hizo más frecuente el reconocimiento expreso de los pueblos indígenas en las cartas fundamentales de la mayoría de los países de América Latina. Pero esto duró hasta el 2009 con la constitución de Bolivia. No obstante ello hoy hay quince constituciones latinoamericanas que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

⁴⁹⁷ Castillo, Eduardo. *Pueblos indígenas: normas constitucionales y derecho internacional*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Temuco, 1990, págs. 38 - 41.

⁴⁹⁸ Aguilar, Gonzalo, Laffose, Sandra, Rojas, Hugo, Steward, Rébecca: *Modelos de Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina*. En *Serie Estudios*, Vol. III, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile. 2009. Disponible en:

uniformidad y se desconoce que lo plural no sólo genera verdadera unidad, sino que enriquece las visiones que surgen desde el Estado de la forma de construir una sociedad para todos.

Desde el inicio de la vida republicana en Chile el trato de los pueblos indígenas tuvo como base la política de asimilación⁴⁹⁹. Lo que implicaba la incorporación del grupo minoritario y cultural, diverso al grupo cultural dominante, exigiéndole el uso del lenguaje de la mayoría y la conformidad con el grupo mayoritario, con el consiguiente abandono de sus tradiciones y valores propios.

La asimilación puede adoptar múltiples formas, puede imponer medidas coercitivas, como por ejemplo prohibir determinadas prácticas de un grupo cultural o el uso de su idioma o dialecto; la imposición de un tratamiento estrictamente igualitario, que ignore de modo absoluto las diferencias culturales; finalmente puede consistir en un trato diferenciado por parte del Estado, en que la pertenencia al grupo cultural supone una condición disminuida como sujeto de derecho⁵⁰⁰.

La asimilación se funda en una serie de premisas no siempre declaradas. En primer lugar, se asume la superioridad de la cultura dominante, caracterizando a los indígenas como seres incapaces de apreciar aquello que mejor les convenga⁵⁰¹. En segundo lugar, a favor de la asimilación se esgrimen como argumentos las leyes de la evolución que habrían determinado la desaparición de los pueblos indígenas.⁵⁰²

Un reflejo de lo recién dicho está en las distintas disposiciones legales y reglamentarias que se dictaron desde el año 1813 a 1828 y que establecieron una asimilación jurídica entre los indígenas y los demás habitantes del Estado.

Así, en el año 1813, bajo la vigencia del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, se dictó la primera norma en favor de las personas pertenecientes a un pueblo indígena. En virtud de la misma se reconoció a los indígenas como “habitantes libres de Chile”, con iguales derechos que los demás ciudadanos y con una especial protección respecto de los deslindes de sus propiedades. En 1818 se decretó que respecto de los indios no cabe hacer diferencia alguna, sino denominarlos “chilenos”⁵⁰³.

<https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81lisis Comparado del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indigenas en Ame%cc%81rica Latina%20 Dec%202010 CPPF Briefing Paper f.pdf>

⁴⁹⁹ Boccara, Guillaume y Seguel Ingrid. *Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso Mapuche)*. En *Revista de Indias*, vol. LIX, num. 217, París, 1999, págs. 759-764.

⁵⁰⁰ Anaya, James. *Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Ediciones Trotta, Madrid. 2005 págs. 40-48.

⁵⁰¹ Stavenhagen, Rodolfo. *Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina Araucaria*. En *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, vol. 4, Nº 7, 2002; Jiménez, Yolanda. *Exclusión, asimilación, integración, pluralismo cultural y “modernización” en el sistema educativo mexicano: un acercamiento histórico a las escuelas de educación pública para indígenas*. En *Revista de Investigación Educativa*, Nº 12, Veracruz, 2011, págs. 1-24.

⁵⁰² Prado, Maximiliano. *La cuestión Indígena y las exigencias de su reconocimiento*. En *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado. 2003. Cfr. Pág 25.

⁵⁰³ Boccara, Guillaume y Seguel Ingrid. Ob. Cit . págs. 745-747.

En el marco de la Constitución Provisoria de 1818, el Director Supremo, Bernardo O'Higgins, mediante Bando Supremo de 1819, reconoció a los indígenas como ciudadanos chilenos y libres, con igual voz y representación que todos los ciudadanos del Estado y con plena capacidad jurídica.

Por su parte, vigente la Constitución de 1823, se dictó una disposición por la cual se reconoció en perpetua y segura propiedad todo lo poseído por los indígenas y se fijó un procedimiento para la pública subasta de las tierras restantes⁵⁰⁴.

Fue mientras regía la Constitución de 1828 que se produjo un vuelco en cuanto a la postura asimilacionista antes mencionada. El período que comenzó con esta Constitución se caracterizó por una normativa de prohibiciones, manifestada en la dictación del decreto de 28 de junio de 1830 por el cual se ordenó llevar a efecto la liquidación de los pueblos de indios que aún se mantenían, sacando a remate todos los terrenos sobrantes, de los que el Estado se haría dueño⁵⁰⁵.

Bajo la Constitución de 1833, se dictó la ley que creó la Provincia de Arauco, autorizando al Presidente de la República para reglamentar el gobierno de las fronteras y la protección de los indígenas. En virtud de esta disposición se establecieron una serie de decretos que fijaron los procedimientos para la enajenación de terrenos indígenas, estableciendo que toda compra de terrenos a indígenas o de ellos requería la intervención de un funcionario estatal. "Esta legislación, de carácter aparentemente protectora de los indígenas, viene a establecer la incapacidad jurídica de los mismos, para la celebración de actos y contratos sobre sus tierras, poniendo término al período de igualdad jurídica instaurado a comienzos de la República." Se inició así el período proteccionista, estableciendo de alguna forma la incapacidad jurídica del indígena⁵⁰⁶.

A través de la ley de 4 de diciembre de 1866, el Estado de Chile se auto entregó atribuciones para tratar los terrenos indígenas al sur del Biobío como fiscales, facultando a las autoridades a rematarlos a particulares para su colonización. No importando si dichos terrenos se encontraban en posesión histórica por comunidades Mapuches. La misma norma creó la Comisión Radicadora de Indígenas, cuyo objeto fue ubicar a los mapuches en terrenos de su pertenencia, dando lugar a la radicación de la propiedad indígena.⁵⁰⁷

En Chile se reconoció el derecho de propiedad siguiendo las tendencias de las proclamaciones del derecho de propiedad liberal. No obstante ello será en 1855 con la dictación del Código Civil en que se plasmará la abolición del mayorazgo, instaurado en Chile por la influencia del estado colonial

⁵⁰⁴ Monniere, Paulette, *Implicancias constitucionales de la ley 19.253*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, cfr. pág. 23.

⁵⁰⁵ Jara, Alvaro. *Legislación Indigenista de Chile. Ediciones especiales del Instituto Indigenista Interamericano*, México D. F., 1956, Cfr. págs 29-30.

⁵⁰⁶ Aylwin, José y Castillo, Eduardo. *Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia*. Documento de Trabajo, 3, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990, cfr. pág. 5.

⁵⁰⁷ La ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno en 1881 y el sometimiento definitivo de los mapuches a las autoridades y leyes nacionales, junto con facilitar el camino para la colonización de sus territorios, vino a poner en marcha el proceso de radicación de este pueblo en comunidades o reducciones a través del otorgamiento de los denominados "títulos de merced". Aylwin Arturo, *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual*, en Serie de Documentos, 1, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ay11a.html>

español así como el resto de las instituciones que impedían la libre circulación de los bienes en particular de los inmuebles.⁵⁰⁸

La constitución de 1833, concebía la propiedad como un derecho absoluto, que tenía como objetivo proteger a los propietarios de los actos estatales que pudieran significar un menoscabo en su derecho⁵⁰⁹. Adicionalmente no sólo reconocía la propiedad individual sino también la propiedad comunitaria, cuestión que está en perfecta sintonía con la concepción de los pueblos indígenas de propiedad comunitaria de la tierra. Textualmente señalaba el art 12 N°5:

“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares ó comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea , ó del derecho que á ella tuviere , sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso ó enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, ó se avaluare á juicio de hombres buenos.”

Este dato es importante toda vez que el 9 de septiembre de 1888, cuando se materializa el pacto de voluntades entre el Capitán de Corbeta Policarpo Toro, como representante del Estado de Chile y el Rey Rapa Nui Atamu Tekena, en ese momento hacen aplicable a Rapa Nui las normas constitucionales de 1833⁵¹⁰. Por o que las normas sobre propiedad legales y constitucionales debieron ser aplicadas en defensa de la propiedad ancestral del pueblo Rapa Nui, no lo fueron. Esto porque no hay que olvidar que a esa fecha, 1833, no existía la propiedad registral en Chile la que sólo nace con el Código Civil en 1855, este antecedente es importante de considerar ya que el pueblo Rapa Nui, como todos los propietarios de bienes raíces en Chile de la época, no tenían inscritas sus propiedades⁵¹¹. Además el acuerdo de voluntades hace soberano a Chile en la tierra de Hotu Matua y ello significará que todas las disposiciones constitucionales legales y reglamentarias que resulten pertinentes deberán ser aplicables a este nuevo territorio.

Mediante ley de 4 de diciembre de 1866, el Estado de Chile tuvo atribuciones para tratar los terrenos indígenas al sur del Biobío como fiscales, facultando a las autoridades a rematarlos a particulares para su colonización. También se creó la Comisión Radicadora de Indígenas, cuyo objeto fue ubicar a los mapuches en terrenos de su pertenencia, dando lugar a la radicación de la propiedad indígena. “La ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno en 1881 y el sometimiento definitivo de los mapuches a las autoridades y leyes nacionales, junto con facilitar el camino para la

⁵⁰⁸ Fuentes, Jessica. *El derecho de propiedad*. DER Ediciones .Santiago 2018. Cfr. pág. 204.

⁵⁰⁹ Constitución Política de 1833 artículo 12 n° 5.

⁵¹⁰ Carrasco, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución de 1833*. Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874.

⁵¹¹ Véase: Zárate, Santiago. *Claudio Antón de Luzuriaga y el registro inmobiliario chileno*. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XL, Valparaíso, 2018, págs. 391-403; Bercia, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, cfr. págs. 137-140; Sepúlveda, Marco. *Inscripción, posesión y dominio: El caso chileno y la calificación registral de la Cláusula maldita o perversa*. En *Revista Fojas*, 2017. Disponible en: <http://fojas2017.cliqueable.cl/articulos/inscripcion-posesion-y-dominio-el-caso-chileno-y-la-calificacion-registral-de-la-%E2%80%99Clausula-maldita-o-perversa> consultada el 30 de agosto de 2019.

colonización de sus territorios, vino a poner en marcha el proceso de radicación de este pueblo en comunidades o reducciones a través del otorgamiento de los denominados "títulos de merced"⁵¹².

En 1927, se dictó la ley 4.169, que fijó las normas para la división de las comunidades indígenas que tuvieran el título de merced y de radicación como colonos de los indígenas que no conformes con la cuota, eligieren ese estado.

Por su parte, la Constitución del 1925, en relación a la propiedad, traería cambios, ya que si bien continua centrada en la inviolabilidad del derecho, se caracteriza por contener un importante número de cláusulas económicas sociales, es decir, menciones a limitaciones a que está sometida la propiedad en orden al interés social y general.⁵¹³ Sin mencionarlo expresamente, en el texto constitucional se introduce la doctrina de la función social de la propiedad, cuyos efectos se verán reflejados décadas más adelante con el proceso de la reforma agraria, entre los años 1950 y 1970, que justamente se funda en la función social de la propiedad, para la liberalización de la tierra que se encontraba en manos de grandes latifundistas para pasar, por la expropiación, a manos de los pequeños campesinos⁵¹⁴.

En 1930, se dictó la ley 4.802 que creó los Juzgados de Indios⁵¹⁵, quienes de oficio dividirían comunidades indígenas; y se estableció el procedimiento para su liquidación. En 1961, la ley 14.551 estableció el régimen legal de la propiedad indígena, instaurando normas sobre inembargabilidad de bienes indígenas, prohibición de enajenar, radicación de crédito indígena, exención de impuestos y expropiación de terrenos de comunidades indígenas por el Presidente de la República.

Sólo en 1966 se dictó la ley 16.441, conocida como ley pascua que reconoció como chilenos a los miembros del pueblo Rapanui otorgándoles derechos civiles y políticos.

En 1972, se dictó la ley 17.729, que por primera vez en la legislación chilena propuso una definición individual de indígena, creó el Instituto de Desarrollo Indígena⁵¹⁶, estableció normas sobre educación y fomento cultural e hizo extensible el mecanismo de expropiación contemplado en la ley de reforma agraria para la recuperación de tierras mapuches⁵¹⁷.

⁵¹² Aylwin, Arturo. *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual*. En *Serie de Documentos 1*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. En: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ay11a.html>

⁵¹³ Constitución Política de 1925 artículo 10 n° 10.

⁵¹⁴ Brahm, Enrique. *Propiedad sin libertad. Chile 1925-1973*. Santiago, 1999. Cfr. pág. 261.

⁵¹⁵ Esta ley creó cinco Juzgados de Indios, que procederían de oficio a dividir las comunidades de Indígenas que tengan título de merced otorgado por arreglo a las leyes de 4 de Diciembre de 1866 y posteriores. Estos juzgados conocerían en única instancia: de las cuestiones sobre estado civil, derechos hereditarios y sobre todo otra cuestión que se suscite dentro del juicio de partición; y en primera instancia: de las cuestiones sobre dominio, posesión, tenencia o prestaciones mutuas relacionadas con los terrenos a que los antedichos títulos se refieran y que se ventilen con particulares, sean estos demandantes o demandados. En segunda instancia conocerían, por vía de apelación o de consulta, de éstas últimas materias las Cortes de Apelaciones correspondientes a la jurisdicción en que estuvieren ubicados los inmuebles.

⁵¹⁶ Albizú, Francisco. *El indigenismo de la Unidad Popular (Chile 1970-1973)*. *Estado y Nación entre reformismo y realidad*. Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM. Disponible en URL: <http://journals.openedition.org/alhim/5116>

⁵¹⁷ Véanse: Subercaseaux, Bernardo. *Política y cultura. Desencuentros y aproximaciones*. En *Revista Nueva Sociedad* N°116 1991, págs. 138-145; Ruiz, Carlos. *El pueblo mapuche y el gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular*. Disponible en: <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/doc-152.pdf> consultada el 10 de agosto

“Esta legislación constituye en todo sentido una excepción con respecto a la legislación anteriormente dictada en Chile sobre indígenas, tanto por cuanto viene a poner freno al proceso de despojo de sus tierras ancestrales del cual éstos han sido víctimas, como por cuanto a través de sus normas se reconoce la calidad de los indígenas en forma independiente de su relación con la tierra.”⁵¹⁸.

En 1974 comenzó el período de la dictación de los decretos leyes que en su mayoría legislaron modificando o complementando la ley 17.729. El más relevante es el Decreto Ley 2.568 que reguló el proceso de división de comunidades, prohibió la enajenación de hijuelas resultantes de la división por veinte años, autorizó su arriendo, lo que en la práctica derivó en los arriendos por noventa y nueve años⁵¹⁹.

Durante 1979 se dicta el Decreto Ley 2885, que entre otras cosas reconoció para los Rapanui el derecho a pedir la posesión regular de las tierras que poseían y facultó al poder ejecutivo de la época a la entrega de títulos gratuitos de dominio a los miembros del pueblo rapanui.

Finalmente, durante la Constitución Política de 1980 se han dictado una serie de leyes y decretos referidos a la situación legal de los pueblos indígenas. Así en 1990 se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas CEPI⁵²⁰, organismo asesor del Presidente de la República; en 1991 se creó la Comisión de Educación y Cultura Indígena⁵²¹ como órgano asesor del Ministerio de Educación; en 1993 se dictó la ley 19.253, llamada “ley indígena”, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, la que será tratada como el aporte legislativo más importante en Chile sobre la materia.

La Constitución Política de la República de 1980 representa una tendencia a fortalecer y o reforzar el derecho de propiedad, ya que se persigue a través de ella: fortalecer la garantía del derecho de propiedad; sin implicar un nuevo concepto de derecho a la propiedad, más bien acrecentando los

de 2019 Camacho, Fernando. *Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile*. En *Pensamiento Crítico* revista electrónica de historia, Universidad Autónoma de Madrid, Nº4, 2004. Disponible en: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:520467/FULLTEXT02.pdf> consultada el 20 de agosto de 2019.

⁵¹⁸ Aylwin, José y Castillo, Eduardo, (1990) Ob. cit., pág.11.

⁵¹⁹ Los efectos que provocó el D.L. 2.568 en la comunidad mapuche a través de la entrega de títulos individuales dejó al mapuche en una situación de doble desprotección. Primero, como pequeño campesino, el mapuche tiene que enfrentar un libre mercado que no suele tomar en cuenta al individuo como ser humano y donde el pequeño carece de protección contra el grande. Entregado a tal mercado (tanto de trabajo como de tierras), el campesino no tiene grandes opciones. O bien puede intentar rentabilizar en algo su pequeño pedazo de tierra, o puede venderlo y trabajar para otro. Ninguna opción es recomendable. Pero el mapuche también queda desprotegido de otra manera. Que, con la entrega de títulos individuales, el mapuche pierda su identidad legal como indígena y, por lo tanto, su protección como integrante de una comunidad y cultura específica. El tema de la “protección” del indígena y su diferenciación de la población mayoritaria surge con frecuencia, y abarca varias cuestiones. Primero surge la cuestión de la capacidad del indígena y el por qué de su protección. Históricamente, era común tratar a los indígenas como “niños” o “inocentes”, vulnerables a las estafas de los colonizadores. De allí surge el “Protector de Indígenas” y la legislación que da a los indígenas el mismo estado legal que los menores de edad. En Bengoa, José y Valenzuela, Eduardo. “Economía Mapuche: Pobreza y subsistencia en la sociedad mapuche contemporánea,” PAS, Santiago, 1984, cfr. págs. 24-26 y 32.

⁵²⁰ DS Nº 30 del 17 de mayo de 1990 de la Secretaría General de Gobierno.

⁵²¹ DS Nº 636 de 16 de abril de 1991 del Ministerio de Educación.

resguardos⁵²². Los bienes sobre los que se ejercía, toda clase de bienes corporales e incorporeales⁵²³, las facultades de uso, goce y disposición⁵²⁴, y si bien admite la existencia de limitaciones a la misma, éstas son de muy estricta aplicación⁵²⁵, al reconocer la función social de la propiedad da a los particulares más garantías ante una expropiación, la que requerirá de acuerdo previo entre las partes, en caso contrario, la misma debe ser al contado y en dinero efectivo⁵²⁶.

La regulación que contiene la CPR de 1980, sobre la propiedad, marca una vuelta o revaloración de los principios clásicos del derecho de propiedad⁵²⁷. Lo que se buscaba era que las transformaciones políticas, culturales y jurídicas que significó el gobierno de la Unidad Popular encabezado por el Presidente Salvador Allende, que entre otras cosas agudizó la doctrina de la función social de la propiedad, no se volviera a repetir en la historia de Chile.

Es por ello que la norma reconoce como único mecanismo de privación de la propiedad la expropiación, dicho concepto se refiere no sólo al derecho mismo, sino también al bien sobre el que recae o a los atributos o a las facultades esenciales del dominio.

La gran novedad sobre el derecho de propiedad es lo establecido en el art 19 n° 26 de la CPR⁵²⁸ que refleja el contenido esencial del derecho y que parece, por su redacción, desdejar la doctrina de la función social del derecho de propiedad.

Sin lugar a dudas el propósito de los redactores de la constitución es crear barreras a a cualquier intento de proyecto socialista similar al que representó el gobierno de la Unidad Popular e instaurar a sangre y fuego un modelo político, económico y cultural de libre mercado. Ello se refleja entre otros por los derechos fundamentales que consagra: el libre acceso al dominio de toda clase de bienes; la libertad de empresa, que limita la intervención del estado en actividades empresariales; la participación de particulares en la provisión de prestaciones de salud y de seguridad social; la no discriminación arbitraria que el estado debe en materia económica.⁵²⁹

Señala la Constitución que asegura a todas las personas “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales*”⁵³⁰.

El objeto de la norma es resguardar la propiedad ya constituida, sobre un amplio tipo de objetos.

⁵²² Aldunate, Eduardo y Olmos Jessica. *El Concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional chilena y la Teoría de las garantías del Instituto*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII*. Valparaíso. 1997. págs 195-221 cfr. Pág. 214.

⁵²³ Constitución Política de la República 1980. Art 19 N° 24 inciso 1.

⁵²⁴ Constitución Política de la República 1980. Art. 19 N° 24 inciso 2.

⁵²⁵ Montory, Gonzalo. *Las Intervenciones Legales en el Derecho de Propiedad. Criterios para su adecuada calificación*. Tesis para optar al grado de Doctor Pontificia Universidad Católica de Chile 2014. Págs. 35-47 profesor Peñailillo, Daniel.

⁵²⁶ Constitución Política de la República. Art 19 N° 24 incisos 3 al 5.

⁵²⁷ Cordero, Eduardo. *La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno*. En *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XIX N°1, julio 2006, págs. 125-148.

⁵²⁸ Constitución Política de 1980. Art 19 N° 26.- “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

⁵²⁹ Constitución Política de 1980. Art. 19 N° 9, 18, 21, 22, 23.

⁵³⁰ Constitución Política de 1980. Artículo 19 N°24 inciso 1.

La doctrina ya había establecido que sobre los derechos o bienes incorporeales sí existe un derecho de propiedad, en la CPR del 1980⁵³¹ esto queda positivado. De lo dicho se colige que no es el derecho de propiedad, en el sentido estricto, el único que puede ser objeto de protección sino que también los derechos de otra naturaleza pues, sobre ello, sí existe un derecho de propiedad. En efecto, sobre estos derechos de otra naturaleza, personales o reales de tipo diferente a la propiedad, existe también un derecho de dominio garantizado⁵³².

Como ya se señaló más arriba el artículo 19 N° 24 inciso 1 de la Constitución Política de la República aseguró a todas las personas: el derecho de propiedad, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, dando de esta forma continuidad a la garantía de la propiedad sobre los derechos, que se encontraba tácita mente expresado en las constituciones de 1925 y de 1833.

Así el artículo 12 N° 5 de la Constitución de 1833 se aseguraba:

“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades”

Al hacer referencia a “todas” incorporaba la propiedad sobre las cosas incorporeales. En esta misma dirección fue establecida esta garantía en la constitución de 1925, en el artículo 10 N° 10⁵³³. Por su parte el Acta Constitucional N° 3, de 1976, , agregó la frase “sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales”. Que duda cabe que este es el antecedente directo de la actual disposición⁵³⁴

Esta inclusión tuvo una intencionalidad jurídica y política en orden a proteger la propiedad sobre las cosas incorporeales como derechos, por ejemplo respecto de las concesiones mineras⁵³⁵ con las consecuencias que hoy todos conocemos.

La disposición constitucional que se comenta se debe concordar, con el artículo 583 del Código Civil que establece:

“Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Este artículo del Código Civil a su vez se ve concordado con el artículo 565 el que señala:

“Los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

El artículo recién citado incorpora dos conceptos: bien y cosa. La “doctrina ha distinguido ambos conceptos, señalando que la expresión cosa tiene ante todo un sentido material: todo lo que es

⁵³¹ Ferrada, Juan. *La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas*. En *Revista de Derecho Universidad Austral* Vol. 11.2000, págs.47-53; Navarro, Enrique. *El Estado Empresario a la luz de la Constitución del 1980*. En *Revista de Derecho Público* Vol. 62. 2000. Págs 32-47; Ríos, Lautaro. *Razón y Fuerza de la Constitución de 1980*. En *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16, núm. 2 1989, págs. 325-336.

⁵³² Apuntes de Derecho Civil profesor José Miguel Icaros págs 10 a 17 en: <http://www.josemiguelicaros.cl/v2/wp-content/uploads/2014/11/Los-Objetos-del-Derecho.pdf>

⁵³³ Este artículo fue reformado por la Ley 16.615, asegurando la Constitución: “el derecho de propiedad en sus diversas especies”, manteniéndose tácitamente señalada la garantía a esta forma de propiedad. Lo que si concuerda con los artículos 583 y 584 del Código Civil, parece obtener mayor fuerza esta forma de propiedad.

⁵³⁴ Guzmán, Alejandro. *Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, cfr. págs. 235-236.

⁵³⁵ Vergara, Alejandro. *La propietarización de los derechos*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen XIV, 1991-1992, cfr págs. 285-288.

o existe. Cuando la cosa es susceptible de apropiación se denomina bien. Las cosas, jurídicamente son bienes, no porque sean útiles al hombre, sino porque pueden ser apropiadas. Debe señalarse que la posibilidad o susceptibilidad de apropiación es la que confiere tal carácter, aunque la cosa en un momento no tenga 'propietario', lo que convierte a una cosa en un bien es la posibilidad de que pueda integrar el patrimonio de un sujeto. Así, el artículo 565 de Código Civil lo que hace es describir la composición del patrimonio (en cuanto él comprende los bienes), lo cual puede deducirse del uso de la expresión consisten en el sentido de se componen"⁵³⁶.

De este modo se puede afirmar que no todas las cosas son bienes, sino sólo aquellas que componen el patrimonio, pudiendo señalar como ejemplo de cosas incorporales que no constituyen bienes los derechos de la personalidad debido a su carácter extrapatrimonial. Ahora bien, para mejor comprensión de lo que se desarrolla, el artículo 565 inciso 3° habría que concordarlo con el artículo 576 que dispone:

"Las cosas incorporales son derechos reales o personales"

Así no hay duda que el concepto jurídico de cosa incorporal sólo puede referirse a derechos, como algo que no puede ser tocado o percibido por los sentidos. Al margen de la discusión doctrinal sobre el tema es el reconocimiento constitucional a la propiedad sobre derechos, realizada en el artículo 19 N° 24, lo que cobra su real importancia al considerar que se encuentra amparada, según lo dispone el artículo 20 de la CPR, por el Recurso de Protección, que permite recurrir a los tribunales de justicia en reclamo de las providencias necesarias para su restablecimiento o debida protección ante cualquier privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, causado por acto u omisiones que revistan carácter de arbitrarios e ilegales.

Este reconocimiento constitucional es esencial cuando consideramos el derecho de los pueblos indígenas sobre su tierra y territorios, más aún cuando consideramos el especial vínculo espiritual que éstos tienen con la tierra y al no tener los pueblos indígenas su propiedad inscrita podríamos asimilarlo a estos derechos de propiedad de otra naturaleza.

Como ya lo anunciamos en párrafos anteriores, el inciso segundo del numeral en comento señala: "sólo 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"⁵³⁷.

Esta norma consagra una reserva legal en cuanto a normar por esa vía - de ley- a lo menos las siguientes materias:

- Los modos de adquirir el dominio, que son aquellos actos o hechos jurídicos de los que se desprende la radicación en el patrimonio de un individuo de determinado derecho, de manera originaria o no.
- Los modos de uso, goce y disposición de la propiedad; esta norma constitucionaliza los atributos del dominio, de manera que se facilita una eventual alegación en cuanto a que se afectaría la propiedad si, una norma de rango inferior al legal establece límites o modos al ejercicio de sus facultades.

⁵³⁶ Fuentes, Jessica. *El derecho de propiedad en la Constitución y en la jurisprudencia*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 1998, cfr. pág. 40.

⁵³⁷ Constitución Política de 1980. Artículo 19 n°24 inciso 2.

- Las obligaciones y limitaciones derivadas para el derecho de propiedad de su función social.

1.3. La situación de los Tratados Internacionales y su aplicabilidad en Chile.-

Este es un tema de suma trascendencia, para materializar la aspiración de los pueblos indígenas de que se les reconozca sus derechos ancestrales sobre su tierra, toda vez que es en los instrumentos internacionales, como se analizó latamente en el capítulo primero de esta tesis, donde se encuentra el principal fundamento jurídico que da razón a la alegación de los pueblos originarios. Por lo que discutir sobre la jerarquía de los tratados en nuestro ordenamiento constitucional debería tener importantes consecuencias en cuanto a la aplicación de éstos en los casos concretos que llegan a conocimiento de los tribunales y a las decisiones políticas que sobre el tema adopta el estado.

Dicho esto, son conocidas las distintas posiciones que se sustentan respecto de su grado o jerarquía, por lo que haremos una breve relación de éstas, aun cuando reiteramos que no es el objeto central de esta tesis.

1.3.1. La reforma al art. 5 de la Constitución Política de la República.

Probablemente fue la modificación constitucional al art. 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República la que agilizó la discusión⁵³⁸, la que se mantiene hasta hoy, sobre la Jerarquía de los Tratados y la Interdependencia de estos con las normas del derecho chileno, muy específicamente de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

⁵³⁸ Según Francisco Cumplido fue El rechazo de la mayoría de los ciudadanos a la nominación del dictador Pinochet Ugarte como "Presidente de la República, en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, lo que abrió la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los partidos políticos integrantes de la Concertación por la Democracia, opositora al gobierno militar, el partido Renovación Nacional que lo apoyaba y el propio gobierno militar, para introducir reformas a la Constitución Política de 1980, con el fin de que hubiera gobernabilidad democrática. Tal reforma constitucional debía ser aprobada por el procedimiento previsto en la Constitución de 1980 para el período de transición, es decir, voto favorable de la Junta de Gobierno y aprobación por plebiscito. La Concertación de Partidos por la Democracia después del resultado del plebiscito de 1988, estimó posible que su candidato a la Presidencia de la República tendría muchas probabilidades de ganar. Al mismo tiempo, consideró que, habida cuenta del sistema de reforma constitucional establecido en las normas permanentes de la Constitución de 1980, no existía posibilidad real de reformas oportunas y no podría cumplir su programa, provocando una grave ingobernabilidad. La misma situación se podía deducir de los altos quórum para la modificación de las leyes orgánicas constitucionales. Por otra parte, la integración del Consejo de Seguridad Nacional auguraba decisiones controvertidas. Había, pues, que entrar a una negociación que permitiera un acuerdo con el gobierno militar, lo que evidentemente implicaba que, como en toda negociación, cada parte tuviera un interés que deseaba realizar, además de existir un objetivo común compartido. Opino que este último se refleja en los términos siguientes: Concertación, gobierno militar y Renovación Nacional estábamos de acuerdo, a esas alturas del proceso político, en la necesidad de caminar hacia una democracia en forma gradual, que permitiera recuperar la confianza, pero erradicando todo tipo de violencia y sin los extremismos de otras épocas. Para la Concertación era vital reforzar los derechos humanos, romper lo más posible el «cerrojo constitucional» de la Constitución de 1980 y suprimir o atenuar el poder de seguridad". Cuestiones que claramente no se lograron si se analiza la realidad política posterior. En La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. Revista *Ius et Praxis* · año 9 n° 1. Talca 2003.

El profesor Francisco Cumplido, refiriéndose al punto y al origen de la reforma al artículo 5 de la CPR señaló:

“Cuando en la Concertación de Partidos por la Democracia estudiamos la situación de los derechos humanos en la Constitución de 1980, concluimos que había un avance en materia de derechos civiles, respecto de Constituciones anteriores, pero un franco retroceso en derechos políticos, económicos y sociales. Para nosotros, los negociadores de la Concertación, habría sido mucho más técnicamente preciso proponer la adecuación de la Constitución, respeto de cada derecho, a los tratados internacionales sobre la materia, pero nos encontramos con que debíamos concordar la reforma en un tiempo muy breve. En la Comisión de la Concertación, encargada de proponer las reformas constitucionales a la Constitución de 1980, se había aprobado una modificación al artículo quinto, en que se establecía la incorporación de los derechos asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile, como por la costumbre internacional y por los principios generales de derecho internacional. Renovación Nacional y el gobierno militar plantearon que aludir a la costumbre y a los principios generales creaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Nosotros no insistimos en nuestra posición, porque estimamos que tanto la costumbre, como los principios generales del derecho internacional tendrían siempre plena aplicación.

Así, con el fin indicado se convino en agregar al artículo quinto mencionado un inciso segundo, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Recordamos, los negociadores de la Concertación, que Chile había ratificado la Convención de Viena sobre los tratados y, por consiguiente, existían normas sobre vigencia, aplicabilidad e interpretación de los tratados pertinentes al caso concreto.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue ratificada por nuestro país el 9 de abril de 1981, promulgada por Decreto Supremo N° 381, del mismo año, publicado en el Diario Oficial de 2 de junio de 1981. En consecuencia, la referida Convención era, a la fecha de la reforma constitucional al Art. 5° de la Constitución, un tratado vigente y de plena aplicabilidad. Cualquiera que fuera la interpretación que posteriormente los tribunales efectuaran, debían tener en cuenta lo dispuesto en la Convención, particularmente en los artículos 27, 31, 38, 53, 64 que regulaban y regulan la prohibición a los Estados de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado; la interpretación de buena fe de los tratados, en especial, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin; el caso que una norma de un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional, reconocida como tal; el carácter imperativo de una norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), en cuanto esa norma no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General; la nulidad de todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General, y la disposición que establece que si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”⁵³⁹

⁵³⁹ Cumplido, Francisco. *La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma*. Doctrina y jurisprudencia. *Revista ius et praxis* año 9 · nº 1 Talca 2003. Págs.. 365-374. Cfr. 367-368.

La definición institucional al respecto no ha ocurrido, lo que da un amplio margen para que la solución se resuelva por la vía interpretativa⁵⁴⁰ y es la Constitución la que debe definir la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero ello no ha ocurrido⁵⁴¹, por lo que se hace más relevante la posición de la doctrina frente a la reforma de 1989 al artículo 5 de la CPR del 80.

1.3.2. Doctrina sobre el sentido de la reforma.

Como se verá la opinión de la doctrina sobre el sentido y el alcance de la reforma es muy distinta:

Así, el Prof. Humberto Nogueira Alcalá sostiene que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tendrían la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico.⁵⁴²

El Prof. Nogueira sostiene que las características de la constitucionalización de los derechos humanos a través de los tratados internacionales es compartida, también, por los profesores Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Claudio Troncoso, Enrique Evans, entre otros⁵⁴³.

El Prof. Emilio Pfeffer, señala al respecto «que si las normas contenidas en un tratado internacional dejan de ser aplicables de acuerdo al Derecho Internacional, ellas ya no forman parte del Derecho Interno, salvo que se refieran a derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados, ya no podrían desconocerse por el mandato contenido en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución».⁵⁴⁴

El Prof. José Luis Cea Egaña, afirma: “que la obra del Constituyente debe ser interpretada en el sentido de infundir el máximo de realización a lo que preceptúa el art. 5° inc. 2°, que es una Base Institucional”. “Esas disposiciones (se refiere al Derecho Internacional Convencional) fueron concebidas y redactadas con la intención que el art. 5° tuviera jerarquía formal y sustantiva material de Constitución”. Agrega que, el *ius cogens* tiene un carácter supraconstitucional, es decir, jerarquía superior a la Carta Fundamental. “Un Estado no puede invocar ninguna razón legítima para atropellar el principio de la buena fe, el cumplimiento de los tratados y tantos otros principios de *ius cogens* que son fundamentales en una convivencia civilizada”. Sin perjuicio de lo anterior, a su juicio, la reforma de 1989 se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como tales, a los que se encuentran contenidos o articulados en tratados, estimando un tanto bizantina la discusión en cuanto a lo que si considera el Constituyente son los derechos como tales o el documento jurídico en el cual dichos

⁵⁴⁰ Henríquez, Miriam. *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 6, N° 2. Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile 2008. págs. 73-119. Cfr. pág 113.

⁵⁴¹ Núñez, Manuel. *La función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXII, Valparaíso, 2009, págs. 487-529. Cfr. pág 510.

⁵⁴² Nogueira, Humberto. *Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos*. En *Revista de Derecho Público Vol 63 Santiago 200*. págs 115-162. Cfr.129-130.

⁵⁴³ Nogueira, Humberto. *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista. Ius et Praxis* N° 2, Año 2. Talca 1997. Págs.9-62. Cfr. 29.

⁵⁴⁴ Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Constitución Política de la República y tratados internacionales*. *Revista Ius et Praxis*, Año 2 N° 2 . Talca 1997 págs. 63-72.

derechos se encuentran articulados. Por último, es interesante destacar que el autor sostiene que el derecho convencional se incorporó a la Constitución de 1980, por la reforma de 1989, en términos globales y automáticos, no solamente el vigente a la fecha de la reforma, sino que se abrió a todos los tratados que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos⁵⁴⁵.

Una opinión diferente tiene el Prof. Lautaro Ríos Álvarez, que reconociendo el mérito de la reforma en cuestión, en cuanto dinamiza la declaración que los derechos humanos constituyen un límite del ejercicio del poder, la desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos con la suprema jerarquía de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados de derechos humanos tuvieran rango constitucional «*per se*» y, atentarían también en contra del mecanismo rígido de reforma de la Constitución.⁵⁴⁶

El Prof. Mario Rossel Contreras, junto con aceptar que el artículo 5° de la Constitución consagra la incorporación automática de los tratados sobre derechos humanos, requiriendo sólo para ello la ratificación, aboga por incorporar un capítulo de la Constitución al Orden internacional, que resuelva expresamente, con precisión todo lo relativo a la materia⁵⁴⁷

El Prof. Jorge Enrique Precht Pizarro⁵⁴⁸, refiriéndose a un razonamiento del profesor don Alejandro Silva Bascuñán, señala que es verdadero en cuanto constata un hecho: la voluntad restrictiva del reformador de 1989 de limitarse a los tratados internacionales ratificados por Chile, pero es incompleto el razonar del profesor Silva, porque el legislador chileno reformador de 1989 fue un cazador cazado en su propia red y la jibarización que pretendió no puede reducir lo irreductible. Si es así, los negociadores de la Concertación logramos el objetivo previsto.

1.3.3. Jerarquía de lo tratados.

Si a todo lo expresado hasta ahora sobre la jerarquía de los tratados, sumamos el hecho de que los tribunales recurren tímidamente, pero cada vez con mayor frecuencia, a las normas internacional para fundar y resolver los casos que enfrentan, tenemos sobre la mesa los elementos que nos permitirán resolver la jerarquía de los tratados.

El hecho de que el derecho internacional de los Derechos Humanos no haya alcanzado un nivel de evolución en su aplicación tiene como fundamento, entre otros, que el juez nacional parece carecer de los argumentos y del conocimiento necesario de la normativa internacional para su aplicación en los fallos que dicta y lo más importante que el derecho internacional de los derechos humanos expresa una política que muchas veces no es compartida por los jueces. Ejemplo claro de ello fue la triste colaboración que -con muy honrosas excepciones- nuestros jueces otorgaron a la

⁵⁴⁵ Cea, José Luis. *Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República*. En *Revista Ius et Praxis*, Año 2 N° 2. Talca 1997 págs. 81-92.

⁵⁴⁶ Ríos, Lautaro. *Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. En *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 2, N° 2, 1997. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 1997. págs. 101-112.

⁵⁴⁷ Rossel Contreras, Mario. *Constitución y tratados de derechos humanos*. *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, N° 2, Talca. 1997, págs. 113-119.

⁵⁴⁸ Precht Pizarro, Jorge. *Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho Interno chileno*. *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Talca. 1997 págs 121-154.

dictadura cívico militar durante 1973 a 1990⁵⁴⁹. No existiendo estos argumentos y el compromiso político para aplicar el derecho internacional, el recurso a la normativa internacional implica que ésta se preferirá solo en algunos y determinados casos por sobre la ley interna. Escasamente para argumentar a favor de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas, sin embargo hay excepciones.⁵⁵⁰

El profesor Nogueira, parece reflexionar en el sentido distinto al destacar que en América Latina, por regla general, se refuerza “la fuerza normativa de los derechos asegurados por tratados internacionales de Derechos Humanos”⁵⁵¹.

La reforma introducida en 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución abrió una discusión que, si bien ha avanzado y evolucionado, está lejos de ser zanjada.

“Tras la reforma constitucional de 2005, introducida por la ley N° 20.050 publicada en el D.O. de 26 de agosto de 2005, la discusión se centró en la posibilidad de controlar por vía inaplicabilidad los tratados internacionales o la de utilizar las normas internacionales como parámetro de control de constitucionalidad”⁵⁵².

La postura del Tribunal Constitucional ha sido contradictoria, por lo que no solo no ha contribuido a terminar con la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales y otorgar certeza a los operadores del sistema jurídico, sino que ha hecho más dificultosa la discusión, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 346 de 8 de abril de 2002, ante un requerimiento presentado por treinta y cinco diputados⁵⁵³, el Tribunal Constitucional estableció su doctrina al respecto. En los considerandos 59° a 75° de la mencionada sentencia, se ocupa de revisar ampliamente la discusión doctrinaria del momento. Para tomar su decisión el Tribunal Constitucional sigue de cerca los planteamientos del profesor Lautaro Ríos en el sentido de que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos no tienen rango constitucional⁵⁵⁴. Concluye el Tribunal Constitucional que “no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que

⁵⁴⁹ Se estiman en 9000 los recursos de amparo presentados ante el poder judicial, de los cuales se acogieron no más de 10 y esas personas en cuyo favor se admitió el recurso aún permanecen desaparecidas. Archivo de la Vicaría de la Solidaridad. 2016.

⁵⁵⁰ Por unanimidad, la Corte Suprema falló a favor de las comunidades aymaras de Chusmiza y Usma-gama en un litigio que duró más de 12 años y rechazó el recurso de casación interpuesto por la empresa Embotelladora Chusmiza. Sentencia Rol 2840-2008 de fecha 25 de noviembre de 2009, rechaza casación en el fondo y forma en contra de la sentencia Rol 817-2006 de la Corte de Apelaciones de Iquique.

La Corte Suprema acogió un recurso de casación y otorgó a la comunidad indígena Mulluri el uso y aprovechamiento de aguas de dos vertientes ubicadas en la comuna de Camarones, región de Arica-Parinacota. Sentencia del 6 de abril de 2017 en causa Rol N° 45848-2016.

⁵⁵¹ Nogueira, Humberto. *El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el período 2006 – 2010*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 39, N° 1, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. págs. 149-197, cfr pág. 152.

⁵⁵² Núñez, Manuel. *La función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXII, Valparaíso, 2009, págs. 487-529. Cfr. pág 510.

⁵⁵³ Requerimiento formulado por diversos diputados de la derecha política, con el objeto de que el tribunal declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, de acuerdo al artículo 82, n°2, de la Constitución Política de la República.

⁵⁵⁴ Ríos, Lautaro. Ob.cit pág 110 «Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos». En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 2, N° 2, 1997. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 1997. págs. 101-112.

emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”⁵⁵⁵.

A partir de esta sentencia se ha sostenido que el Tribunal Constitucional “se resiste sistemáticamente a reconocer jerarquía constitucional a dichos tratados, a partir de la preeminencia del principio de supremacía de la Constitución”⁵⁵⁶. Sobre esta decisión del Tribunal Constitucional el profesor Nogueira señalaba:

“El fallo de mayoría parece sostener que las normas de Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales estarían comprendidos, desde el punto formal, en el nivel intermedio entre los preceptos legales y la Constitución, con lo que se desnaturaliza el artículo 5º inciso 2º y la reforma constitucional de 1989, cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una verdadera mutación constitucional por vía interpretativa”⁵⁵⁷.

Continúa su análisis expresando que “los votos de mayoría y minoría reflejan la evidencia de dos enfoques y concepciones de interpretación constitucional y de concepto de Constitución opuestas”⁵⁵⁸. Adicionalmente se puede agregar que esta discusión se da en el ámbito jurisdiccional, administrativo y doctrinal, así lo expresa en su obra citada el profesor Núñez diciendo: “la lectura de la reciente jurisprudencia judicial, especialmente de la constitucional, e incluso de cierta jurisprudencia no jurisdiccional, permite advertir como una tendencia consolidada la notoria apertura de nuestros operadores jurisdiccionales y administrativos hacia dichas fuentes no nacionales de argumentación”⁵⁵⁹. Cuestión que parece altamente discutible dado lo razonado hasta ahora.

Por su parte la profesora Henríquez hace una distinción entre las distintas etapas que habría tenido la jurisprudencia frente al tema, así distingue.⁵⁶⁰

- a) La primera fase, que se da entre los años 1980-1989, en la que se aplican categorías propias del derecho interno, considerando que “los tratados tenían el mismo valor y jerarquía que la ley”⁵⁶¹.
- b) La segunda fase, desde el año 1989 hasta el año 1994; en ella se aprecia una abierta contradicción en como falla la Corte de Apelaciones de Santiago, que sostuvo la preeminencia de la Convención Americana de Derechos Humanos- por sobre la legislación chilena, (tanto en materias vinculadas a la ley de cheques como a deudas previsionales) con el criterio de la Corte Suprema, que consideraba que en la ley de cheques la Convención era compatible con la legislación interna y en las deudas

⁵⁵⁵ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 346 – 2002, considerando 74.

⁵⁵⁶ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 491.

⁵⁵⁷ Nogueira, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia*. En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 9, N° 1, 2003. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 2003. págs. 403-466.

⁵⁵⁸ Nogueira, Humberto (2003). Ob. Cit., 432.

⁵⁵⁹ Núñez, Manuel. *Introducción al concepto de Identidad Constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los Derechos de la Persona*. En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 14, N° 2, 2008. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 2008. págs. 331-372. (pág. 333)

⁵⁶⁰ Henríquez, Miriam. *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 6, N° 2, 2008. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008. Págs. 73-119.

⁵⁶¹ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 81.

previsionales consideraba que el empleador que no entera las cotizaciones previsionales incurre en un ilícito penal y por ello no se aplica la regla de la Convención que se refiere a deudas civiles.

Lo mismo sucede en casos vinculados a la aplicación del DL de amnistía⁵⁶², la Corte de Apelaciones de Santiago los resuelve «aplicando preferentemente los tratados por sobre la ley interna, con base en el rango supralegal de los mismos»⁵⁶³, pero este criterio no es sostenido por la Corte Suprema, y nuevamente evitando resolver el tema de la jerarquía, y resuelve en sentido contrario, aplicando la amnistía a violadores de derechos humanos, argumentando que no se daban algunos supuestos fácticos para la aplicación de convenios internacionales, no es vano decir que tampoco emite pronunciamiento de fondo sobre la jerarquía de los tratados.

- c) La tercera fase, comprende desde los años 1994 a 2005, etapa en que “la Corte Suprema reconoce igual jerarquía a los tratados que a las leyes, resolviendo el conflicto entre los tratados y la ley de amnistía por el criterio de la temporalidad. Sin embargo, a partir de 1998 reconoce que los tratados de Derechos Humanos son jerárquicamente superiores a la leyes comunes, pero jerárquicamente inferiores a las leyes de orden público”⁵⁶⁴. Nuevamente la discusión se centra en casos sobre deudas previsionales y sobre la aplicación del DL de amnistía. En el primer caso la jurisprudencia se expresó en el sentido de que “cuando la Corte Suprema identificó la incompatibilidad entre el Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 12 de la ley 17.322⁵⁶⁵, le atribuyó mayor jerarquía al tratado que a la ley”⁵⁶⁶. Por su parte, el Tribunal Constitucional, como una forma de sostener la constitucionalidad de medidas privativas de libertad en casos de deuda de cotizaciones previsionales descontadas a los trabajadores, señaló que “no se está en presencia de una prisión por deudas, sino que ante una apropiación indebida del empleador de dineros que son propiedad de los trabajadores”⁵⁶⁷.

En esta fase la Corte Suprema aborda el tema de la jerarquía, pero introduce una distinción entre leyes ordinarias y de orden público, ubicando a los tratados internacionales de Derechos Humanos justamente entre ambas. Es decir, el tratado estará

⁵⁶² El DL 2191 del 18 de abril de 1978 concedió amnistía a todas las personas implicadas en actos delictivos en calidad de autores, cómplices o encubridores, cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, sin hacer una distinción entre los delitos comunes y aquellos cometidos con motivación política.

⁵⁶³ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 92.

⁵⁶⁴ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 96.

⁵⁶⁵ “Artículo 12º El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales...”

⁵⁶⁶ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 95.

⁵⁶⁷ Nogueira, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 10, Nº 2, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012. pp. 57-140. Cfr. pág. 117.

sobre las leyes ordinarias pero bajo las leyes de orden público las que tienen un estatus superior a las ordinarias.

- d) La cuarta fase que comienza a partir de 2005, el criterio recién descrito es abandonado, y comienza la clara aplicación de los tratados por sobre las leyes, lo que se traduce en que se deja de aplicar el DL de amnistía. “Claramente la decisión de los tribunales en este sentido señala el reconocimiento de una mayor jerarquía de los tratados sobre la legislación interna”⁵⁶⁸. Además en esta etapa se aprecia que junto a los tratados, la misma jurisprudencia reconoce a las normas de *ius cogens* “preeminencia sobre las disposiciones internas”⁵⁶⁹. Esto se expresa en que la Corte de Apelaciones de Santiago menciona el “control de convencionalidad que impone la Corte Interamericana a los tribunales de justicia chilenos en el caso Almonacid Arellano”⁵⁷⁰. En esta etapa, se observa como los tribunales superiores aplican los tratados internacionales de Derechos Humanos por sobre la ley interna, en algunos casos mencionando su rango constitucional y en otros haciendo referencia a su mayor jerarquía respecto de la legislación interna.

Esta nueva posición también se ve reflejada en algunos fallos del Tribunal Constitucional, así “después de la reforma de la ley N° 20.050”⁵⁷¹ el criterio hermético del Tribunal Constitucional parece mantenerse aunque comienzan a advertirse gérmenes de cambio, particularmente en el ámbito de la nueva inaplicabilidad”⁵⁷².

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 740-07”⁵⁷³ el profesor Nogueira advierte que el Tribunal Constitucional “posibilita a los jueces ordinarios aplicar el ‘control de convencionalidad’ que exige la Corte Interamericana a los jueces nacionales”⁵⁷⁴, advirtiéndole que ello no es sinónimo de control de constitucionalidad, cuestión que queda reservada al Tribunal Constitucional y no corresponde por ende al juez de la instancia”⁵⁷⁵. En la sentencia Almonacid Arellano”⁵⁷⁶ la Corte Interamericana señala, en su considerando 124, que los jueces están obligados “a velar porque los efectos de las

⁵⁶⁸ Henríquez, Miriam. Op. Cit., pág. 100.

⁵⁶⁹ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 107.

⁵⁷⁰ Henríquez, Miriam. Op. cit., pág. 111.

⁵⁷¹ Ley promulgada el 26 de agosto de 2005 y que hizo importantes reformas al texto constitucional de 1980.

⁵⁷² Núñez, Manuel (2009) Ob. Cit., pág. 497.

⁵⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional respecto de la inconstitucionalidad del D.S. N°487/2007 del Ministerio de Salud, que establece normas nacionales sobre regulación de la fertilidad (“Píldora del día después”).

⁵⁷⁴ Nogueira, Humberto. *El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006 - 2010*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 39, N° 1, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. pp. 149-197.

⁵⁷⁵ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., págs. 154-155.

⁵⁷⁶ Los hechos del caso se desarrollan en el contexto de la dictadura militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente.

*disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin*⁵⁷⁷, y agrega ampliando el concepto “El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁷⁸, abre el control de convencionalidad a toda norma jurídica interna, sin distinguir su naturaleza.

Para evitar la contradicción entre normas internas, especialmente las constitucionales, con la Convención, una solución puede ser interpretar las primeras conforme a la normativa internacional ya que hoy parece no haber discusión en que el derecho internacional trascendió a las fronteras del Estado.

Una de las fórmulas constitucionales para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es la llamada cláusula de interpretación conforme. Que podríamos definir como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección.

En América Latina países como Bolivia⁵⁷⁹, Colombia⁵⁸⁰, Perú⁵⁸¹ y México⁵⁸²,⁶¹ adoptan este modelo interpretativo. Estos países se insperan en la cláusula de interpretación conforme, contenida en el artículo 10.2 de la Constitución democrática española de 1978, que señala: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.
http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es

⁵⁷⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros con Chile. Considerando 154 primera parte.

⁵⁷⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos del 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros con Chile. Considerando 154 parte final y 155.

⁵⁷⁹ Constitución de la República de Bolivia de 2009, art 13 IV. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”

⁵⁸⁰ Constitución de la República de Colombia de 1991, art 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁵⁸¹ Constitución de la República de Perú de 1993 en el la cuarta disposición final y transitoria señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁵⁸² Constitución de los Estados Unidos de México 2011. Artículo 1, párrafo segundo: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”

Norma que aparece en el artículo 16.2 de la Constitución de Portugal (1976) "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos".

Se trata de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la norma internacional, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales. Lo mismo en el caso contrario ya que « en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el art. 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al derecho internacional. En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del art. 1º CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH »⁵⁸³.

La interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional una vez que son debidamente incorporados. Esto implica, a partir de la experiencia española, construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un bloque de constitucionalidad⁵⁸⁴, de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme. En definitiva "el parámetro de mínimos fijado ... podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados"⁵⁸⁵.

Otro dato cada vez más relevante es que en la resolución de conflictos, se usan distintas fuentes de derecho y se produce el diálogo entre los jueces, sin importar a que jurisdicción pertenecen⁵⁸⁶.

El control de convencionalidad, exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un ejemplo de esto, ya que "el constitucionalismo contemporáneo, al menos en Occidente, se caracteriza por la progresiva interrelación entre las fuentes internas y aquello que puede identificarse con el término Derecho no nacional"⁵⁸⁷. En ese sentido hoy ya no es de extrañar que el Tribunal Constitucional chileno no se limite a las fuentes internas de Derecho, sino que recurra también a otros instrumentos.

⁵⁸³ Queralt, Argelia. *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*. En *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007, págs. 435-470, cfr. pág. 439.

⁵⁸⁴ Ferrer, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 9, Nº 2, 2011, págs. 531 - 622.

⁵⁸⁵ Queralt, Argelia. Ídem cfr. pág. 438.

⁵⁸⁶ Aguilar, Gonzalo. *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar. El rol del diálogo judicial en la construcción de un derecho común de los derechos humanos*. Librotecnia. Santiago. 2014, Págs. 191-246.

⁵⁸⁷ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 488.

La profesora Galdámez destaca que el Tribunal Constitucional ha ido incorporando progresivamente no sólo referencias a tratados internacionales, sino también a derecho y jurisprudencia extranjera, tendencia en la que distingue dos etapas: la primera entre los años 2006 y 2007 que denomina “la etapa de las referencias escasas al derecho y jurisprudencia extranjeras”⁵⁸⁸; y la segunda, denominada “uso creciente de la técnica del derecho comparado”⁵⁸⁹ que la ubica entre los años 2008 y 2010. No parece haber discusión en que esto lo hace el TC para llenar los vacíos de la doctrina nacional, por ejemplo, en materia de igualdad ante la ley, se puede observar como en los últimos años el Tribunal Constitucional ha ido dando contenido a esta garantía constitucional sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y especialmente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

La posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional de los Estados determina “la internacionalización de la Constitución y la constitucionalización del derecho internacional”⁵⁹⁰. En nuestro medio se observa igualmente una tendencia a la internacionalización, y por ello resulta “fácil advertir cómo nuestros órganos legislativos, administrativos y judiciales desarrollan los mandatos constitucionales a partir de premisas cada vez menos nacionalistas y cada vez más internacionalistas”⁵⁹¹. La independencia de los Estados tiene una base en las relaciones, más que sobre la idea tradicional de soberanía exclusiva y excluyente.

El profesor Nogueira señala que con posterioridad a la sentencia del Tribunal constitucional Rol 346 éste sí utiliza tratados internacionales, dándoles un valor a lo menos igual al de la Constitución. Entre los años 2007 y 2010 “hay un uso del derecho internacional de los Derechos Humanos moderado, con distinta intensidad y objeto por parte del Tribunal Constitucional”⁵⁹² inclusive en casos en que los requirentes no invocan de forma acertada el derecho internacional.⁵⁹³ En un sentido similar se pronuncia Núñez, quien señala que “en la jurisprudencia de inaplicabilidad es posible advertir una larvada forma de conexión entre la infracción a los convenios internacionales y el artículo 5 Constitución Política”⁵⁹⁴, idea que reitera al señalar que “la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se está abriendo a la utilización de fuentes internacionales como parámetros de constitucionalidad”⁵⁹⁵.

Cabe advertir que entre los años 2007 y 2010 las materias en las cuales el Tribunal Constitucional recurrió a los tratados internacionales fueron, según el profesor Nogueira, las siguientes: “a) el caso de la prisión por deudas; b) el derecho a la identidad personal; c) el derecho a la revisión de la sentencia penal o derecho al recurso; d) la presunción de inocencia, y e) la prohibición de reformatio in pejus”⁵⁹⁶.

Concordamos parcialmente, ya que en propias palabras del profesor Nogueira “las sentencias del Tribunal Constitucional han pasado desde una prescindencia del derecho internacional de los

⁵⁸⁸ Galdámez, Liliana. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 39, N° 1, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. págs. 189-223. (pág.192).

⁵⁸⁹ Galdámez, Liliana (2012) pág. 193. Ob. Cit., 56.

⁵⁹⁰ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., pág. 153.

⁵⁹¹ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 488.

⁵⁹² Nogueira, Humberto (2012) ob. cit., pág. 159.

⁵⁹³ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., pág. 160.

⁵⁹⁴ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 525.

⁵⁹⁵ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 547.

⁵⁹⁶ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., pág. 162.

derechos humanos como regla general ... a un uso moderado y tímido de las normas jurídicas internacionales⁵⁹⁷. Me parece claro, sobre la base de la serpenteante jurisprudencia que realiza, que no hay una real convicción en el TC por el uso de normas de derecho internacional, las usa pero para fundamentar sus convicciones, no para marcar una nueva jurisprudencia de respeto de los derechos en el caso de los pueblos indígenas; más todavá cuando es un tribunal eminentemente político que lo que busca es proteger un modelo de organización social que se funda en el derecho de propiedad, derecho que es sólo para algunos y dentro de éstos “algunos” no se encuentran los pueblos originarios.

La ya antigua discusión entre monistas y dualistas ha llevado a que el debate sobre los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos en nuestro medio sea sobre la jerarquía de los mismos en relación a las normas constitucionales: ¿tienen jerarquía infraconstitucional, constitucional o supraconstitucional?

“El discurso del pluralismo constitucional renuncia a sostener a priori la existencia de una relación jerárquica entre sistemas, limitando la aplicación de dicho principio a la relación entre normas específicas⁵⁹⁸. El desafío entonces es dejar de lado esta discusión, puesto que “las fuentes internas y las fuentes internacionales de derechos se retroalimentan”⁵⁹⁹.

“Actualmente hemos sido testigos de una relación mucho más estrecha entre los sistemas internacional y nacional, en donde ya no sólo se busca que el sistema internacional actúe en subsidio del sistema interno, ni tampoco complementando las normas internas de los Estados. Podemos ver que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo constitucional de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial. ... esta relación es recíproca, entendiendo que no sólo es el sistema internacional el que aporta normas, estándares y principios a los ordenamientos jurídicos de cada Estado, sino que también, en el último tiempo, los aportes del derecho interno al sistema internacional han enriquecido el desarrollo jurisprudencial de los órganos internacionales⁶⁰⁰.

Del mismo modo constituye un criterio de interpretación de los derechos humanos, la retroalimentación recíproca entre el derecho del Estado y el derecho internacional de los derechos humanos que determina que el juez debe interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando éste fije un estándar de protección superior al derecho nacional; a su vez, el tribunal internacional debe considerar el derecho nacional que complementa o mejora el derecho internacional. Por lo que se puede hablar de una verdadera retroalimentación entre el derecho internacional y el derecho interno y vice versa, el derecho internacional remite al derecho interno y por otro reenvía al mismo derecho internacional cada vez que el derecho interno o un tratado resulten más generosos o benévolos en relación con la CADH⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., pág. 182.

⁵⁹⁸ Núñez, Manuel (2009) Ob. cit., pág. 507.

⁵⁹⁹ Nogueira, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia*. Ed cit, 2003.

⁶⁰⁰ Nash, Claudio. *Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos*.

En: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142629/Relacion-entre-el-Sistema-Constitucional-e-Internacional.pdf?sequence=1> consultada el 4 de septiembre de 2019. Cfr. pág 4.

⁶⁰¹ Bidart, Germán. *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1994, cfr. pág 84.

El control de convencionalidad puede ser un camino para asegurar una aplicación armónica del derecho vigente, considerando tanto sus fuentes internas, internacionales como así también las supranacionales⁶⁰². Por ello, para fundamentar lo recién expresado haré un breve parentesis para explicar en qué consiste y cuales son los fundamentos del control de convencionalidad.

Se podría señalar que el fundamento normativo del control de convencionalidad se encuentra en los arts. primero y segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen obligaciones para los Estados que adhieren a ella. El artículo primero, establece dos: *respetar* los derechos que se establecen en la Convención, y *garantizarlos* sin discriminación alguna. Por su parte el artículo segundo obliga a los Estados a " ...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"⁶⁰³.

La primera manifestación más o menos expresa de este control está presente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. gobierno de Chile", del 26 de septiembre de 2006, en ella estableció en el marco de la Convención Americana sobre derechos humanos, el "control de convencionalidad", si bien se refiere a una « especie de control », éste se presenta como una herramienta que puede ser eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Así mismo será un instrumento que sirva para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos humanos y constitucionales.

Esta especie de control de convencionalidad surge de los considerandos 124 y 125 de la sentencia recién referida que señalan: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de ley es contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad.

Entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

El considerando 125 agrega: "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969".

⁶⁰² Nogueira, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo 2006-2011*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 10, N° 2, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012, pág. 78.

⁶⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) art.2.

Esta doctrina fue repetida, en forma idéntica por la Corte IDH en los casos " la Cantuta vs. Perú", sentencia de 29 de noviembre de 2006, consid. 173, y el caso "Boyce y otros vs. Barbados", de 20 de noviembre de 2007, consid. 78.

Posteriormente La Corte IDH ampliará dicha jurisprudencia y formula algunas especificaciones en el considerando 128 del caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Sentencia de 24 de noviembre de 2006, En ésta alude directamente al control de convencionalidad que lo define como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así estableció que: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de ley es contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

Esta jurisprudencia se ha ratificado por ejemplo en el caso "Fermín Ramírez" y "Raxcacó Reyes vs. Guatemala" (considerando 63), de 9 de mayo de 2008.

Junto a los artículos 1 y 2 de la CADH, hay fundamentos jurídicos del Control de Convencionalidad en el art 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, estos son:

- (i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe;
- (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas.

El Control de Convencionalidad lo practica la Corte Interamericana cuando en sus sentencias descarta normas nacionales, incluso constitucionales, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica. A eso se lo ha denominado "control de convencionalidad en sede internacional", para diferenciarlo del que imperativamente asigna a los jueces domésticos en "Almonacid Arellano" y los demás fallos posterior es que ya mencionamos, que aluden al "control de convencionalidad en sede nacional"⁶⁰⁴.

En "Almonacid Arellano" y en las sentencias que lo siguen, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces nacionales del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento "a fortiori", llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional.

En la sentencia del caso de "Trabajadores cesados del Congreso", se interpreta que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad. El fallo señala que debe hacer este doble control.

En principio, las dos sentencias de la Corte IDH que citamos, someten al control de convencionalidad a las leyes incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica. Pero también

⁶⁰⁴ Rey, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. México. 2008, cfr. págs. 48 y 49.

refieren a las *normas jurídicas internas*, o simplemente a las *normas internas*, que se encuentren en igual situación de confrontación.

Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica nacional (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) , está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma* y, por ende, está sometida a dicho control.

Está igualmente comprendida la Constitución de los Estados la que no está exceptuada en las sentencias citadas las que parten tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de *todo* el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, la condición de *supraconstitucionalidad*. Por ello, como en el caso de " la última tentación de Cristo", la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución opuesta al Pacto, lo que efectivamente hizo nuestro país⁶⁰⁵.

Esta debe ser la principal crítica que la doctrina del control de convencionalidad enfrenta. Pero es bueno que se plantee y resuelva nítidamente. A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que, axiológicamente, el bien común internacional se erige como un valor superior al bien común de un Estado, y que por tanto obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al Pacto sobre la Constitución.

Entonces el "control de convencionalidad", procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre las normas de los Estados miembros que se le oponen y ello supone que:

a) se busca la correspondencia de las normas internas con las normas de la CADH y también con la *interpretación* dada a esas reglas por la Corte Interamericana. Sin distinguir según lo señala la sentencia "Almonacid Arellano", entre interpretaciones vertidas en sentencias o en opiniones consultivas. Entonces las bases del control se hacen por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, *más* la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana.

b) en los hechos, esta postura supone una *interpretación mutativa por adición* realizada sobre el CADH por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo⁶⁰⁶. El tribunal ha agregado *algo* al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado⁶⁰⁷. La interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.

c) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, asume los roles de una Corte de Casación supranacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica. Sin que en nuestra interpretación importe reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales, sino una ampliación de su esfera en consideración, como ya se señaló, a que el control de convencionalidad es una tarea de todos los jueces.

⁶⁰⁵ García, Sergio (coordinador). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México UNAM, 2001, Cfr. 764 y 767.

⁶⁰⁶ CADH art. 67.

⁶⁰⁷ Sagues, Néstor. *La interpretación Judicial de la Constitución*. 2º Edición Buenos Aires Editorial Lexis Nexis, 2006, cfr. págs. 42 y ss.

d) si bien en la sentencia « trabajadores cesados del congreso » el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, considerando 2⁶⁰⁸, amplía la doctrina, pues, se aplicaría con relación a cualquier tratado y el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante, no puede estimarse que sea la Corte IDH la que ha querido proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado. Por lo que en principio, a la Corte Interamericana no le tocaría tutelar a otros tratados, fuera de la CADH y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado. Pese a ello, la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede referirse también a la interpretación de cualquier tratado internacional concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos⁶⁰⁹.

“La internacionalización del diálogo de los jueces es la manifestación de la desnacionalización del diálogo»⁶¹⁰, este “se desarrolla en un espacio en que las fronteras nacionales, culturales, lingüísticas retroceden cada día un poco más”⁶¹¹, ya que “el derecho constitucional vigente en un determinado Estado no nace nunca de manera aislada en la mente del constituyente o del legislador”⁶¹².

Particularmente no soy muy optimista, al mirar la jurisprudencia analizada desde esta nueva óptica, ya que más que contradecir su postura anterior, en el sentido de que los tratados de Derechos Humanos tienen rango infraconstitucional, no estoy tan convencido de que el Tribunal Constitucional al resolver recursos de inaplicabilidad en base a tratados internacionales, lo que haga sea asumir el paradigma del pluralismo constitucional, o que en palabras del profesor Nogueira, “despeja el tema de la jerarquía normativa reemplazándolo por el de la aplicabilidad preferente de la norma más protectora de los derechos o menos restrictiva de ellos”⁶¹³. Tengo la convicción que enfrentado a temas de derechos de los pueblos indígenas siempre, o casi siempre, fallará en contra de ellos ya que en su rol de protector de la constitución no permitirá que se “vulnere” uno de sus bienes más preciados: el derecho de propiedad, (que en sus concepciones políticas, es sólo para algunos, nunca para los pueblos originarios)⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) “2. En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”.

⁶⁰⁹ CADH art. 64

⁶¹⁰ Nogueira, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo 2006-2011*. ed.cit., pág. 57.

⁶¹¹ Ídem, pág. 58.

⁶¹² Nogueira, Humberto. *El uso del derecho y jurisprudencia constitucionales extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010*. En *Estudios Constitucionales*. Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago Vol. 11, N° 1, 2013, págs. 221-274. Cfr. págs. 222-223.

⁶¹³ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., pág. 185.

⁶¹⁴ Véanse: Fuenzalida, Sergio. *Desarrollo de la Jurisprudencia en Chile sobre la Consulta Indígena: Los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*. En *Revue Québécoise de droit international*, L'État de droit en Amérique Latine et au Canada, marzo 2015, págs. 149-177; Galdámez, Liliana. *Comentario Jurisprudencial*: en América Latina et au Canada, marzo 2015, págs. 149-177.

El profesor Nogueira, recurre para responder esta pregunta al “bloque constitucional de derechos”⁶¹⁵ el que “...está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último. Basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos especialmente, en estos dos últimos, su preámbulo.”⁶¹⁶

Estima que ello es lo que ocurre en el período 2007-2010 en el cual el Tribunal asume “atributos y garantías de los derechos contenidos en el derecho convencional de los Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad de derechos”⁶¹⁷. En nuestra opinión es más que eso, puesto que el bloque de constitucionalidad considera disposiciones que se han incorporado de algún modo al ordenamiento nacional, mientras que la idea de pluralismo constitucional invita a abrirse a considerar fuentes no nacionales y fuentes que, si bien no son vinculantes, pueden ilustrar la interpretación de las que sí lo son.

Observa Nogueira que “*la permeabilidad del orden jurídico nacional a las decisiones internacionales se ha acrecentado en el sistema interamericano como también en el sistema europeo de Derechos Humanos*”⁶¹⁸, cuestión que nos da para pensar que el pluralismo constitucional está pasando de ser un mero discurso, a una forma de abordar la solución de problemas jurídicos que está

La Consulta a los Pueblos Indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca Roles N°s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, Acumulados. En Revista de Estudios Constitucionales, año 11, N° 1, 2013, págs. 621-632; Contesse, Jorge y Lovera, Domingo. El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de Derecho Público UDP, págs. 127-151; Meza-Lopehandía, Matías. La Jurisprudencia del Multiculturalismo en Chile: la Consulta previa Indígena ante Tribunales. En Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 69, 2016, págs. 13-52; Meza-Lopehandía, Matías. El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy, Los pueblos indígenas y el derecho Santiago, LOM págs. 337-439. Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 2009. A/HRC/12/34. Disponible en: <http://goo.gl/le2KBU> consultada el 25 de julio de 2019; Fuenzalida, Sergio. La función administrativa discrecional y la Consulta Indígena. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, año 24, N° 2, 2017, págs. 181-210; Correas, Oscar. Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM. Ediciones Coyoacán, 2005; Correas, Oscar. Pluralismo Jurídico. Otros horizontes, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM, Ediciones Coyoacán, 2007.

⁶¹⁵ Nogueira, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia.* En Revista Ius et Praxis, Año 9, N° 1, 2003.

⁶¹⁶ Nogueira, Humberto. *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia.* En Revista de Estudios Constitucionales vol.13 N° 2 Santiago. 2015 <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-52002015000200011>

⁶¹⁷ Nogueira, Humberto (2012) Ob. cit., cfr. pág. 162.

⁶¹⁸ Nogueira, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011.* 2012, Ed.cit., pág. 79.

comenzando a ser utilizada por los tribunales, tanto en Europa como en nuestro continente. “*El conocer y usar la jurisprudencia extranjera e internacional no vinculante, además de la propia, posibilita la expansión y riqueza de la argumentación constitucional, fortaleciendo la calidad argumentativa de las sentencias*”⁶¹⁹.

No es tan evidente que los jueces no se encuentren obligados a considerar la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, más aún si se considera el principio del control de convencionalidad, además que al recurrir a ellas enriquecen sus fallos, con argumentos más universales en que fundarlos, además supone la incorporación de nuevos argumentos jurídicos que amplien los elementos de juicio lo que amplía la posibilidad de que la resolución de los conflictos adquiera otra mirada al considerar el derecho y la jurisprudencia internacional.

Parece claro que en Chile no existe este diálogo judicial que lleve a los jueces a cambiar su criterio y por lo tanto la forma como fallan, sino que más bien el uso de fuentes del derecho internacional, cuando se usa, busca afirmar criterios sobre decisiones judiciales ya tomadas. Si bien esto no esté ocurriendo en el medio nacional, parece innegable el uso de tratados internacionales por parte de los tribunales, no así al derecho extranjero, ni al derecho comparado. La idea de pluralismo constitucional implica asumir una pluralidad de fuentes en y ello puede significar una superación de la discusión así ir superando la discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Finalmente podemos resumir diciendo que, en principio el Tratado Internacional, es una fuente autónoma del derecho, aún cuando debe someterse a los trámites de una ley y tiene la misma fuerza una vez que ha entrado en vigencia. Por lo tanto, tiene la capacidad de modificar o derogar las disposiciones legales o reglamentarias que sean contrarias a lo previsto por él.

Sin embargo, a la inversa, la ley no tiene la misma capacidad, ya que la Constitución expresamente nos señala que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”⁶²⁰.

Cuestión distinta ocurre respecto de los TI que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pues estos establecen un límite sustantivo a la soberanía del Estado, conforme lo dispone el inc. 2º del art. 5 CPR. Siendo así, se ha sostenido la mayor jerarquía que tendrían estos TI en el ordenamiento jurídico, llegando a postular su rango constitucional.

En relación a este rango jurídico de los tratados el TC, adoptando una posición intermedia, ha señalado que los Tratados Internacionales que reconocen derechos fundamentales tienen una posición intermedia entre la Constitución y la ley. En definitiva, proyectan jerarquía. Pues bien, dos cuestiones que es necesario tener presente al momento de examinar el tema de los TI: la intangibilidad de los TI respecto de la ley y su mayor jerarquía cuando reconocen derechos fundamentales respecto de la ley.⁶²¹

⁶¹⁹ Nogueira, Humberto. *El uso del derecho y jurisprudencia constitucionales extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010*. 2013, Ed. cit., pág. 224.

⁶²⁰ Constitución Política de la República 1980. Art. 54 N° 1.

⁶²¹ Entre otras, Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°115/1990 y Rol N° 346/2002, especialmente sus Considerandos 59º y ss.

Si ha ello sumamos, el reconocimiento constitucional del art. 5 inc.2 de la CPR de 1980, respecto de las normas de derechos humanos, dentro de las cuales se encuentran las normas sobre propiedad indígena, completamos un cuadro que desde el derecho positivo aparecería como claro y preciso. Existen normas en el derecho chileno que permitirían al estado actuar conforme a los lineamientos que desde el año 2000 viene marcando la Corte IDH. Esto tampoco puede estimarse contradictorio con la idea de que pese a ello aún existen importantes insuficiencias de las que se darán cuenta más adelante en el presente capítulo.

No obstante lo anteriormente dicho, se da la gran contradicción de que el reconocimiento de las normas de derechos humanos dentro de la estructura normativa del Estado, no parece suficiente para que éste la aplique a través de sus instituciones, haciendo primar en su regulación de los hechos, siempre el derecho común estatal. Por lo que en lo práctico, lo político y lo jurídico, el derecho chileno no reconoce el título indígena, cuya fuente es la ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios.⁶²²

Con las observaciones recién anotadas, se puede concluir que el régimen jurídico chileno aún se caracteriza por la falta de reconocimiento del derecho internacional, existen tímidos esbozos de su aplicación lo que hace más complejo el reconocimiento del título indígena, de la manera que establecen los estándares internacionales, aún estando reconocidos por Chile los tratados de derechos humanos que le dan fundamento.

1.4. ¿Régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral?

Por lo analizado hasta ahora, y sin temer caer en contradicción con lo planteado en los capítulos anteriores, tenemos la convicción que en estricto rigor no existe un régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral. Decimos que no hay un régimen jurídico ya que el Estado no ha armonizado sus normas de derecho interno, tanto a nivel constitucional, como legal y reglamentario, con las normas del derecho internacional aprobadas por Chile⁶²³

Lo que reafirma esta posición es que el Estado ha tomado la decisión política de desconocer la aplicación de normas que ha hecho suyas, convirtiendo el reconocimiento e integración a nuestro ordenamiento jurídico en un mero acto declarativo, sin que se materialice efectivamente en un avance en las reivindicaciones sobre su tierra de los pueblos originarios.⁶²⁴

La única posibilidad de reconocimiento de la propiedad ancestral en las leyes internas se encuentra en el artículo 12 numeral 2 de la ley 19.253, al cual nos referiremos más adelante en el presente capítulo, no obstante lo señalado, este artículo puso barreras a este título, primero exigiendo una posesión actual, real y efectiva, cuestión que no da cuenta del hecho que los pueblos indígenas

⁶²² Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno*. Revista *Ius et Praxis*, volumen 11 n°1 Talca. 2005. Págs. 269-295.

⁶²³ Existen a lo menos 2 tratados aprobados por Chile que están en sintonía con los derechos de los pueblos indígenas estos son: Convenio 169 de la organización Internacional del trabajo; Convención Americana de derechos de los derechos Humanos; Además de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos indígenas y de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶²⁴ En este sentido es muy importante el proceso de consulta que se inició a través del DS 241 de fecha 3 de abril de 2019 del Ministerio de Desarrollo social, que busca modificar la ley 19.253 particularmente en lo referido a la propiedad de la tierra indígena, pero no en la línea de dar cumplimiento con las normas del convenio 169 de la OIT, si no de “liberalizar” el uso y goce de las tierras.

en Chile han perdido sus tierras y territorios a lo largo de la historia y en segundo lugar, exigiendo una posesión inscrita lo que constituye un elemento ajeno a la costumbre indígena.⁶²⁵

Si existiera un régimen chileno de propiedad ancestral, éste estaría conformado por las normas de derechos humanos que han sido reconocidas por el Estado de Chile y que de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la CPR forman parte de nuestro ordenamiento constitucional⁶²⁶ y por la propia Constitución Política que asegura la protección del derecho de propiedad⁶²⁷, sin excluir de ella a los pueblos indígenas, ya que de ser así se establecería una discriminación arbitraria claramente violatoria del artículo 19 numeral 2 de la CPR.⁶²⁸

1.5. Las normas del Código Civil.

Es importante señalar expresamente, que esta tesis no pretende, ni ha pretendido hacer un análisis exhaustivo de la propiedad desde la óptica del derecho civil y o del derecho constitucional⁶²⁹, no obstante ello no podemos dejar de señalar que la propiedad privada tiene una especialísima protección en el artículo 19 numeral 24 de la CPR, y es uno de los principios fundamentales que inspiran el ordenamiento constitucional chileno⁶³⁰. Lo que acá haremos será una brevíssima mención de los elementos más básicos contenidos en el Código Civil y de la prueba del dominio, cuestiones que resultan importantes dejar sentadas para contrastar la situación específica de la propiedad del pueblo Rapa Nui sobre su tierra.

El dominio o también propiedad, está tratado en el título II del Libro II del Código Civil, se ha definido como “el derecho real en una cosa corporal, (hoy sabemos que en las cosas incorporeales también hay propiedad), para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”⁶³¹

Con la entrada en vigencia del Código Civil, en 1857, se establece el régimen jurídico de la propiedad, vigente hasta hoy, donde se dispuso que toda transferencia de dominio debía perfeccionarse mediante la inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo⁶³²; lo propio debía ocurrir al fallecimiento de una persona, ordenando que los herederos no podían disponer de los bienes raíces sin que mediara una inscripción a nombre de

⁶²⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, 11 (1) 2005, cfr. págs. 260 y 270.

⁶²⁶ Véanse: Cordero, Eduardo. *La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno*. En *Revista de Derecho*, Vol. XIX N°1, Valdivia 2006, págs. 125-148; Nogueira, Humberto. *Jurisprudencia el principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional*. En *Revista Ius et Praxis* · Año 9 · N° 1 Talca 2003.

⁶²⁷ Constitución Política 1980, art 19 n° 24 “...el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”

⁶²⁸ Constitución Política 1980, art. 19 n° 2 inciso final: “... ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

⁶²⁹Ruiz-Tagle, Pablo. *Dogmática sobre la propiedad constitucional y civil en Chile*. En *Revista de Derecho y Humanidades*, (24) 2014. Págs 21-58.

⁶³⁰ Cea, José. *Derecho Constitucional chileno Tomo II*. Ediciones UC de Chile. 2012, Cfr. págs.. 563-580.

⁶³¹ Véase: Art.582 del Código Civil; Ruiz Tagle, Pablo . *La propiedad en Chile y sus dilemas*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 51 Valparaíso dic. 2018. Págs.199-230. Cfr. Pág. 205.

⁶³² Art. 686 del Código Civil.

todos ellos⁶³³, finalmente, las sentencias que declararan la prescripción adquisitiva de inmuebles sólo serían oponibles a terceros en virtud de su inscripción⁶³⁴. Si se considera que un bien raíz sólo puede cambiar de dueño en virtud de un título traslativo de dominio, de su transmisión por causa de muerte o por medio de la prescripción adquisitiva, parecía obvio que al cabo de algunos años todos ellos debían estar inscritos⁶³⁵. No obstante, hasta el día de hoy existen inmuebles que no se hallan inscritos y que, sin embargo, han pasado de mano en mano, sin antecedentes registrales.

1.5.1. La prueba del dominio⁶³⁶.

En Chile el dominio se prueba a través de la posesión y la prescripción. En efecto, si tuviera que acreditarse el dominio directamente, sería necesario retroceder a cada uno de los dueños anteriores, puesto que bastaría que uno solo de ellos no lo fuera, para que tampoco pudiera corresponder este derecho al que lo invoca. En consecuencia, quien adquiere un inmueble se transforma en poseedor inscrito del mismo, razón por la cual, al cabo de un plazo máximo de diez años (prescripción extraordinaria), será dueño, aún en el supuesto que lo haya adquirido de quien no era el propietario anterior. Para proteger al poseedor inscrito, nuestra ley civil dispone, perentoriamente, que contra título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces⁶³⁷, y fija los únicos casos en que es posible cancelar una inscripción de dominio⁶³⁸. De este modo, “inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos”, máxima aspiración del redactor del Código Civil, estampada en su célebre mensaje.⁶³⁹ “La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor. Como el registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable que la inscripción”⁶⁴⁰.

1.5.2. Finalidades y requisitos de la inscripción conservatoria.

Como ya se expresó, la inscripción conservatoria se ha constituido en una de las principales dificultades que encuentran los pueblos indígenas al reclamar el reconocimiento de la propiedad sobre sus tierras y territorios, ya que el estado antepone el título inscrito por sobre el derecho

⁶³³ Art. 688 del Código Civil.

⁶³⁴ Art. 2513 del Código Civil.

⁶³⁵ Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de los derechos reales*. Tomo I. Bienes. 6ª ed., Temis, 2001.

⁶³⁶ Peñailillo, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Editorial Thomson Reuters. 2ª edición, Santiago, 2019; Mejías, Claudia. *Derecho Real de Dominio y Acción Reivindicatoria- Posesión y Acciones Posesorias*. Der Ediciones. Santiago, 2018; Vial del Río, Víctor. *La Tradición y la Prescripción como modos de adquirir el dominio*. Ediciones UC, 3ª Edición, Santiago, 2009.

⁶³⁷ Art. 2505 del Código Civil.

⁶³⁸ Art. 728 del Código Civil.

⁶³⁹ Rodríguez Grez, Pablo. *La propiedad raíz en Chile* En: <http://www.cadri.org/la-propiedad-raiz-en-chile-por-pablo-rodriguez/> consultado el 20 de marzo de 2018.

⁶⁴⁰ Bello, Andrés. Mensaje Código Civil. Bello, Andrés. *Repertorio americano: Textos escogidos*. Iván Jaksic (editor), Penguin Random House, 2019.

ancestral que por esencia no está inscrito, por lo que es necesario apuntar las finalidades que esta tiene en el derecho chileno, para comprender la lógica discursiva del estado y sus instituciones al respecto.

La inscripción conservatoria tiene las siguientes finalidades:

A. Finalidad de tradición. La inscripción es la única forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales sobre bienes raíces, salvo la servidumbre y el derecho real de herencia. La inobservancia a este requisito en principio trae aparejada la no transferencia de los derechos del tradente al adquirente. En todo caso, de no ser factible la inscripción por un hecho imputable al tradente, el adquirente-acree- dor podrá pedir la resolución del contrato bilateral del que emana la obligación de efectuar la tradición con indemnización de perjuicios.

B. Finalidad de publicidad. La inscripción da publicidad a la propiedad raíz, sus limitaciones y gravámenes, de modo que da a conocer el verdadero estado de la fortuna territorial. Para algunos autores, la función de publicidad es diferente a dejar constancia de la historia de la propiedad raíz. Ejemplos de esta función son la inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva sobre inmueble (artículo 689 del C.C.) e inscripciones para disponer de derechos hereditarios sobre inmueble (artículo 688 del C.C.).⁶⁴¹

La sanción a la inobservancia del artículo 689 del C.C. es la inoponibilidad frente a terceros (artículo 2513 del C.C.), a excepción de la sanción a la infracción del artículo 688 del C.C., que será analizada más adelante.

La inscripción cumple una función de solemnidad respecto de ciertos actos jurídicos. En estos casos, su omisión acarrea la nulidad absoluta. Estos son la inscripción de los derechos que emanen de una donación de bienes raíces entre vivos (artículo 1400 del C.C.); de un usufructo (artículo 767 del C.C.); uso y habitación constituidos en inmuebles por acto entre vivos (artículos 812 y 767 del C.C.); de un censo (artículo 2027 del C.C.) y un fideicomiso que comprende bienes raíces (artículo 735 del C.C.).

En el derecho civil chileno la inscripción es entonces requisito (artículo 724 del C.C.); garantía (artículos 728.2o, 730.2o y 2505 del C.C.) y prueba (artículos 924 y 925 del C.C.) de la posesión del dominio y demás derechos reales sobre cosa corporal inmueble y este es un requisito que los tribunales dan primera importancia para resolver sobre las pretensiones de reconocimiento de la propiedad de la tierra de los pueblos originarios. Resolución que siempre, tratándose de litigios sobre derechos sobre la tierra, opera a favor del hombre blanco o del estado.

2.- El caso del pueblo Rapa Nui.

Como ya se anticipó, en el desarrollo de esta tesis, se ha analizado el concepto de propiedad ancestral y se ha focalizado la investigación, desde el derecho a propiedad del pueblo Rapa Nui.

⁶⁴¹ Hernández Empananza, Domingo. *Estudios sobre reforma al Código Civil y Código de Comercio, Cuarta Parte*, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2003, cfr. pág. 218.

Lo primero que resulta necesario tener en cuenta es que si bien se desconoce con exactitud la fecha cuando se produjo el poblamiento de Rapa Nui,⁶⁴² este es en los primeros siglos de la era cristiana⁶⁴³.

Este fenómeno marca un hecho histórico que sin duda tiene consecuencias jurídicas de primera importancia: los primeros poseedores del territorio de Isla de Pascua fueron los Rapa Nui y de acuerdo a su concepción de propiedad es el pueblo el dueño de la tierra de te pito o te henua⁶⁴⁴

La forma de su establecimiento, de acuerdo a lo que nos dice la historia, fue después de un largo peregrinaje por el océano Pacífico, dirigido por el primer Ariki⁶⁴⁵ Hotu Matu'a, quien lideraba la búsqueda de un lugar donde las catástrofes naturales no asolaran más a su pueblo.⁶⁴⁶

Producido su asentamiento en Rapa Nui, las tribus mantienen su organización primigenia, esto es, se organizan jerárquicamente, tienen su propio territorio y jefe y, a su vez, al interior de estas, se establecen ure⁶⁴⁷ que también presentan una fuerte estratificación social: en la base del sistema estaban aquellos que no pertenecían a la familia real (tribu de los Miru) los *uru manu*, quienes entregaban sus tributos en alimentos y trabajo para la manutención de la aristocracia y el culto; también se encargaban de las actividades agrícolas, marítimas y artesanales. Sobre ellos estaban los *tangata ma'ori* o sabios, los guerreros o *matato'a*, los sacerdotes que, en parte, eran miembros de la familia real o *ariki paka*, y el rey *ariki mau*. Todos los linajes de una tribu reconocían diferentes grados de parentesco con el ancestro común⁶⁴⁸.

2.1. La "propiedad" de la tierra para el pueblo Rapa Nui.

No era un tema que ofreciera gran dificultad, ni implicaba tampoco permanentes modificaciones, ya que era fundamentalmente la tradición la que ordenaba su forma y o destinación y "era o bien heredada o asignada por sus jefes, estando sus límites definidos generalmente por promontorios rocosos u otras anomalías del terreno, e incluso por piedras naturales cuya forma peculiar movía a creer que podía entrañar poderes sobrenaturales. Cada uno de estos hitos habían sido sacralizados por sacerdotes y jefes, cada terreno llevaba un nombre propio y su dueño tenía el derecho de establecer prohibiciones (rahui) sobre su uso o sobre la recolección de recursos naturales que se encontraran circunscritos a él, como eran su costa y el mar adyacente"⁶⁴⁹.

⁶⁴² Es más conocida como Isla de Pascua para los chilenos continentales y Easter Island para los extranjeros.

⁶⁴³ CONADI *Informe de la Comisión Verdad Histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas*. Editado por el Comisionado Presidencial para asuntos Indígenas Santiago, 2008 pág. 261-302. Cfr. Págs 264, 265. En http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf

⁶⁴⁴ El ombligo del mundo

⁶⁴⁵ Rey, en lengua Rapa Nui.

⁶⁴⁶ Es en Rapa Nui donde nacen sus hijos y los de su hermana Avareipua, que serán la base de la forma como se distribuirá la tierra de la isla, a través de la formación de dos Mata: Ko tu'u Aro ko te Mata Nui en el norte y oeste y Ko tu'u Hotu 'Iti, ko te Mata 'Iti hacia el sur y este.

⁶⁴⁷ Linajes, en lengua Rapa Nui.

⁶⁴⁸ CONADI *Informe de la Comisión Verdad Histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas*. Editado por el Comisionado Presidencial para asuntos Indígenas Santiago, 2008. Cfr. pág. 263. En: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf

⁶⁴⁹ Edwards Eastman, Edmundo. *La propiedad de la tierra en Rapa Nui entre 1868-1930*, En Cristino, Claudio; Fuentes, Miguel (editores). *La Compañía Explotadora de Isla de Pascua. Patrimonio, memoria e identidad en Rapa Nui*. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2011 Santiago cfr. pág. 183.

Aún cuando los deslindes de los territorios de cada tribu, estaban claramente delimitados, dentro de ellos la propiedad, uso, tenencia de la tierra era comunitaria.

El capitán Pedro Pablo Toro, Agente de Colonización, en el año 1893 hace las siguientes observaciones respecto de la propiedad de la tierra “no existía el derecho particular y permanente de la propiedad, propiamente tal, ya que ‘cada individuo cultiva y siembra un pedazo de terreno que abandona después de las cosechas para tomar otro después’”.⁶⁵⁰

“La tierra nunca se convierte realmente en una propiedad personal, mucho menos en la propiedad de un grupo de parientes..., no es una posesión individual de una persona sino que aquellos que ocupan sus terrenos se ven a sí mismos como cuidadores o administradores de la tierra para su respectiva parentela”⁶⁵¹.

El actual Presidente del Consejo de Ancianos Rapa Nui, don Carlos Edmunds Paoa⁶⁵² ha reiterado lo dicho por su antecesor don Alberto Hotus Chávez, quien en muchas ocasiones expresó que:

“...el pueblo de Rapa Nui tiene su propia cosmovisión de la tierra, en el sentido que ella constituye el útero y la placenta, es decir, la madre [...] para los pascuenses resulta imposible tener un título de dominio sobre ella. [...] en la cultura pascuense, no se concibe que se enajene la tierra, ya que ella es del pueblo de Rapa Nui. De esta forma, cuando el pascuense muere, vuelve a la tierra que es su madre”⁶⁵³.

Para los Rapa Nui, especialmente los más ancianos/nas, la propiedad sobre la tierra en su concepción más clásica y occidental es algo totalmente ajeno e impensado para su forma de concebir la vida y la propiedad. Ellos se preguntan ¿Cómo ponerle valor a algo que no se comercializa, que no se vende? ¿Cómo tratar como un objeto al henua⁶⁵⁴, la madre, el kaiña⁶⁵⁵?, del mismo modo declaran que:

“...la relación con la tierra es espiritual, ella no nos pertenece, nosotros pertenecemos a ella, la tierra se pertenece a sí misma, ella nos permite nuestra supervivencia, usarla y entregarla para su uso a nuestra descendencia y así de generación en generación, pero la tierra no se vende. No se vende lo que no nos pertenece.”⁶⁵⁶

Esta cosmovisión refleja, vivencialmente, la forma como el pueblo Rapa Nui entiende la propiedad sobre las tierras.

⁶⁵⁰ Toro, Pedro Pablo, *Isla de Pascua* (Santiago, 1893), III, p. 205, cit. por Claudio Cristino, Andrés Recasens, Patricia Vargas, Lilian González N., y Edmundo Edwards. *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*. Instituto de Estudios Isla de Pascua (Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile. Santiago, 1984, cfr. pág. 25.

⁶⁵¹ Mc Call, Grant. *Rapa Nui. Tradición y Supervivencia en Isla de Pascua*. Traducción de Betty Haoa Rapahango, 1998 cfr. pág. 54. (Son fotocopias que se encuentran en el Museo de Rapa Nui)

⁶⁵² Entrevista del autor a Carlos Edmunds Paoa. Hanga Roa, septiembre 2017 “La tierra es el kaina, la madre, el Rapa Nui clásico no concibe la tierra como un medio de comercio”.

⁶⁵³ Alberto Hotus Chávez, citado por el Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, don Mario Orellana Rodríguez en su informe a la Comisión Especial de Asuntos Indígenas, en Primer Informe Comisión Especial de Asuntos Indígenas (30 junio 1993). Cuenta en Sesión 10, Legislatura 326, en Historia de la Ley nº 19.253, cfr. pág. 295.

⁶⁵⁴ Tierra, en idioma Rapa Nui.

⁶⁵⁵ Útero, en idioma Rapa Nui.

⁶⁵⁶ Conversaciones del tesista con don Felipe Pakarati y don Alberto Hotus. Mayo 2010.

A continuación haré sobre la base del relato oral de don Alberto Hotus Chávez⁶⁵⁷, Carlos Edmunds Paoa⁶⁵⁸ y Edmundo Edwards⁶⁵⁹ obtenido de diversas conversaciones sostenidas con el autor, durante el año 2007, 2008 y 2009, una síntesis de la situación de la propiedad en Rapa Nui desde el siglo XVIII en adelante:

Se puede decir que a contar de mediados del siglo XVIII se produce un cambio de la organización política y la propiedad de la tierra en Rapa Nui, por a lo menos dos factores:

El primero, se produce a mediados del siglo XVIII con un estado de guerra —tanto general como de carácter local— que asoló a la isla, probablemente con el objeto de controlar los recursos agrarios.

No obstante, sabemos por medio de la tradición oral que la isla estaba dividida en ese entonces en dos confederaciones de tribus llamadas Ko Tu'u Aro y Ko Tu'u Hotuiti, que agrupaban a diez clanes o mata, y que a su vez se encontraban segmentados en muchos linajes o ure.

Cada linaje tenía un ancestro deificado representado por una estatua o moai, la cual se encontraba erigida sobre un altar (ahu) ubicado en su territorio y que constituía al mismo tiempo el centro focal del acontecer religioso y un símbolo del estatus de sus propietarios. Era a estos ancestros deificados que se invocaba para solicitar ayuda y poderes generativos (mana) y así asegurar cosechas afortunadas, abundancia de peces y bienaventuranza. Estos dioses tutelares estaban encargados de velar sobre los territorios de los linajes, y servían a su vez para demostrar la propiedad de la tierra.

La propiedad de la tierra de los linajes era o bien heredada o asignada por sus jefes, estando sus límites definidos generalmente por promontorios rocosos u otras anomalías del terreno, e incluso por piedras naturales cuya forma peculiar movía a creer que podía entrañar poderes sobrenaturales.

Cada uno de estos “hitos” habían sido sacralizados por sacerdotes y jefes, cada terreno llevaba un nombre propio y su dueño tenía el derecho de establecer prohibiciones (rahui) sobre su uso o sobre la recolección de recursos naturales que se encontraran circunscritos a él, como eran su costa y el mar adyacente.

Como consecuencia directa de la guerra, la situación recién descrita varía y muchos territorios tradicionales cambiaban constantemente de dueño, al ser repartidos entre los vencedores, e incluso clanes completos o partes de ellos fueron desalojadas de sus territorios y transferidas a los de sus nuevos amos, en calidad de esclavos, de modo que resulta difícil reconstituir con precisión los territorios ancestrales de los diferentes grupos.

El segundo se produce entre los años 1862 y 1866, y lo desencadena la llegada a la ínsula, a fines del año 1862 y a comienzos de 1863, de una flota compuesta por 24 barcos esclavistas peruanos, quienes se dedican a secuestrar y esclavizar a un número que fluctuaba entre las 1.500 y las 1.800 personas. Entre sus víctimas se encontraban el Ariki Mau, jefe principal de la Isla y su hijo primogénito y futuro sucesor, numerosos jefes menores, sacerdotes y otras personas de rango, (Tangata Honui). A fines de 1863, fueron repatriados algunos rapanui que habían contraído la viruela

⁶⁵⁷ Primer Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui.

⁶⁵⁸ Actual Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui.

⁶⁵⁹ Investigador Pacific Islands Research Institute.

y la tuberculosis, enfermedades que se propagaron rápidamente, particularmente la viruela, que causó estragos, sumiendo a la isla en un caos tan profundo que en cortos meses fue causa de la pérdida total, definitiva e irrecuperable, de la cultura local .

En 1864 llega a la isla el hermano de la orden de los sagrados corazones de Jesús, Eugenio Eyraud, quien se instaló a vivir en Hanga Roa en el terreno perteneciente a un isleño llamado Torometi, el mismo predio donde se encuentra construido hoy día el actual Hotel Hanga Roa . En aquella época gran parte de la costa aledaña a Hanga Roa había quedado despoblada, al igual que el resto de la isla, debido a la magnitud de las epidemias. Estimó la población total en unas 1800 a 2000 personas. Seis meses después Eyraud regresó a Valparaíso.

En 1866 la Misión Católica de la congregación de los Sagrados Corazones SSCC se estableció definitivamente en la isla y para entonces la población había descendido a la mitad, y se encontraban enfermos la otra mitad por una epidemia de tuberculosis que provocaba la muerte de entre 20 a 35 personas por mes . También dan cuenta los misioneros que entre los isleños recientemente fallecidos o los que fueron raptados se encontraban todos los sacerdotes rapanui, así como también la mayoría de los jefes y personas ilustres, hecho que favoreció la conversión.

Los misioneros construyeron una pequeña iglesia, una casa parroquial y bodegas a un costado de la bahía, a unos 100 metros de la costa, dando origen a la que denominaron Villa de Santa María de Rapanui, y que constituye la actual Hanga Roa. Para poder catequizar a los rapanui y cuidar de los sobrevivientes, los misioneros invitaron a todos los restantes habitantes de la isla a radicarse con ellos.

A mediados de 1868, algunos habitantes de Anakena, y las poblaciones de Tongariki y de Akahanga, comandadas por sus jefes Haara y Roma, llegaron portando todas sus pertenencias. Al igual que los habitantes de Vaihu y Hanga Oteo.

Posteriormente, en 1870, todos los que se habían negado a aceptar este ofrecimiento fueron obligados por los isleños conversos, por medio del ejercicio de la fuerza, a abandonar las tierras y territorios que habían ocupado hasta ese momento. En algunos casos, como consecuencia del celo excesivo de los conversos, exacerbado por la resistencia que presentaron algunos a abandonar su tierra, las casas fueron quemadas y las plantaciones saqueadas. Los nuevos allegados fueron afincados en los alrededores de la Iglesia, donde se encuentra el actual campo de fútbol y también en las zonas aledañas de Moeroa y Hanga Piko. De este modo toda la población de la isla terminó afincada en Hangaroa y Vaihu, donde los misioneros construyeron una segunda misión⁶⁶⁰.

Los terrenos de Hangaroa pertenecían de hecho y en derecho a determinados linajes, pero por medio de esta acción de los misioneros los propietarios legítimos fueron despojados de sus derechos ancestrales y la tierra fue compartida con los nuevos allegados, pero como la población era muy pequeña y todos eran conversos recientes, aparentemente no hubo reclamo.

Numerosos linajes se habían extinguido a raíz de estas epidemias, y muchas tierras de la isla se encontraban desiertas o abandonadas, y su propiedad era discutida por los posibles herederos y por otros que se hacían pasar por tales. Este hecho fue aprovechado por los misioneros, que entre los años 1868 y 1870 crearon un “Consejo de Estado de Rapanui”, con el objeto de legitimar la compra de tierras que habían efectuado la Misión y un francés radicado en la isla, el capitán Dutroux Bomier,

⁶⁶⁰ Englert, Sebastián. *La tierra de Hotu Matu 'a. Historia, Etnología y Lengua de la Isla de Pascua*. Imprenta y Editorial San Francisco, Padre las Casas, Chile, 1948.

quien había adquirido la mitad del volcán Rano Kau, habitaba en Mataveri y había establecido para dichos fines una sociedad con Brander, un comerciante de Tahiti.

A los isleños nunca les fue refrendada la propiedad sobre sus tierras, y solo eran reconocidos como dueños legítimos al venderlas.

Tanto los misioneros como Brander, premunidos de documentos firmados con una cruz y en idioma francés, inscribieron posteriormente estas recientes adquisiciones en el Conservador de Tierras de Tahiti.

Así los misioneros adquirieron 635 hectáreas en la zona de Hanga Roa, y Bornier gran parte del resto de la isla. A partir de 1870 este “Consejo de Estado de Rapanui” dejó de sesionar y desde entonces Bornier empezó a adquirir tierras por su cuenta, sin que las compras fueran refrendadas por los misioneros. Como aparentemente Bornier pretendía atribuir una mayor superficie a algunos de los predios que había adquirido, Monseñor Jaussen, cabeza de la Iglesia Católica en Tahiti, presentó un recurso de amparo a favor de algunos rapanui afincados en Tahiti y en Mangareva, aduciendo que las propiedades adquiridas no correspondían a los territorios que se pretendía inscribir como propios¹⁰, o como sucedía en otros casos, la tierra había sido adquirida a menores o a familiares del propietario que no tenían derecho sobre ellas. Al percibir lo complejo de estas peticiones y ante la imposibilidad de resolver localmente las distintas demandas, el Juez se declaró incompetente y el caso pasó a la Corte de Apelaciones de Burdeos, en Francia, donde esta causa iba a languidecer hasta 1893. Debido a cruentas disputas entre los misioneros y Dutroux Bornier, a partir de 1869 los misioneros recibieron órdenes de abandonar la misión y regresar a Tahiti, lo que hicieron en 1871. Llevaron consigo 328 isleños y Bornier, por su parte, embarcó a otros 243 a Tahiti, para que trabajaran en las tierras de su socio C. Brander. En la isla solo quedaron 175 habitantes, de los cuales 55 eran mujeres, repartidos en la costa oeste de la isla en las localidades de Hangaroa, Hanga Piko y en Mataveri. Este fue el registro más bajo de habitantes de la isla, y a pesar que existen otras cifras menores, no se encuentran refrendadas por los misioneros, quienes mantenían al día un censo de la población.

La gran mayoría de los rapanui que se radicaron en Tahiti y Mangareva murió al corto tiempo debido a la indefensión de su sistema inmunológico frente a diversas enfermedades comunes, mientras que Bornier fue asesinado por los isleños en 1876 y su socio en Tahiti falleció al año siguiente.

A partir de entonces el Obispo de Tahiti comenzó a abrigar la idea que resultaba conveniente que Rapa Nui pasara a ser un Protectorado de Francia, de modo que sus habitantes estuviesen protegidos y pudiesen acceder a un futuro mejor. Por tanto respaldó la petición realizada por una delegación, compuesta por un jefe isleño y otros notables, que se reunió con el Gobernador para solicitar el Protectorado y el envío de un administrador para que velara sobre ellos, pero su respuesta resultó una desilusión: “Francia desde hacía largos años consideraba a los isleños como sus protegidos, pero los escasos recursos naturales de la Isla, unidos a su mala posición estratégica, no permitían este lujo administrativo”⁶⁶¹.

En los años venideros, aparentemente los rapanui repitieron la solicitud, nuevamente sin respuesta positiva. ¿Quién podía interesarse por una isla alejada de todas las rutas marítimas, cuya costa, principalmente escollos y acantilados, no ofrecía bahías abrigadas de los vientos predominantes

⁶⁶¹ Cristino, Claudio y Fuentes, Miguel (Editores). *La Compañía Explotadora de Isla de Pascua - Patrimonio, memoria e Identidad en Rapa Nui*. Ediciones Escaparate 2011. cfr págs 186-187.

y cuya tierra, desprovista de ríos y árboles, se veía pobre e inhóspita? Cuando el Obispo de Tahiti percibió el desinterés de Francia por mejorar las condiciones de los rapanui, y con posterioridad a la visita de la corbeta O'Higgins en 1870, se mostró interesado en gestar un acuerdo con el Gobierno de Chile para que la isla pasara a ser chilena.

En Rapa Nui, después de la partida de la Misión, cada jefe de familia actuaba como su propio jefe, pero supeditado en gran medida a los designios de Dutroux Bornier y posteriormente, a los de un administrador llamado Ari'i Paea Salmon quien representaba a la Sociedad Brander Bornier. Entretanto en Tahiti los rapanui habían solicitado al Obispo que interpusiera una demanda con el objeto de recuperar las tierras que poseían en su isla¹⁴, al tiempo que los radicados en Mangareva le habían entregado al Obispo Jaussen una autorización para que vendiera sus tierras, y éste pensaba obtener una autorización similar de aquellos radicados en Tahiti.

Por su parte quienes residían aún en Rapa Nui le habían comunicado al R.P. Gaspar Zuhmbohm que deseaban vender sus tierras a condición de ser trasladados a Tahiti. Preocupado por el bienestar moral y físico de los rapanui que habían quedado en su isla, Monseñor Jaussen decidió enviar al R. P. Roussel de visita para conocer sus necesidades. También le encargó nombrar algunas autoridades con el objeto de poder tener una autoridad competente si se llegaba a firmar algún tratado con Chile. Luego de reunirse con la población se acordó nombrar a un isleño muy devoto como Rey, un título inventado, puesto que en Polinesia no existían reyes sino jefes. Este honor recayó en un isleño llamado Tekena, quien fue bautizado con el nombre de Adán (Atamu) y su mujer como Eva. También se nombró a dos consejeros y a dos jueces para dirimir las disputas que pudiesen surgir en la comunidad. Posteriormente el Obispo también envió de regreso a la isla al R.P. Pacome Olivier para convencer a los isleños de las conveniencias que presentaría aceptar la toma de posesión por parte de Chile, si se llegaba a algún acuerdo, y se realizó un censo de la población y de las propiedades, ganado y enseres pertenecientes a la Iglesia.

Como puede verse la toma de posesión por parte de Chile en septiembre de 1888, no fue un acto solamente gestado en la isla a partir de las conversaciones sostenidas entre el Capitán de corbeta Policarpo Toro y una cincuentena de isleños adultos que conformaban toda la población de la isla⁶⁶², sino también consecuencia de numerosas negociaciones llevadas a cabo entre los isleños, la Iglesia Católica y el Gobierno de Chile entre los años 1871 y 1888.

A mediados de 1887 el Presidente de la República y su Consejo de Ministros habían tomado la resolución de anexar Isla de Pascua, para lo cual se comisionó al Capitán don Policarpo Toro Hurtado con el objeto de entablar las negociaciones correspondientes con John Norman Brander, quien se había adjudicado por remate público las propiedades de la sucesión Brander-Bornier en Isla de Pascua. Con fecha 26 de septiembre de ese mismo año, el Ministro de Hacienda autorizaba por decreto al Director del Tesoro para que procediera a celebrar con John Brander un contrato de Promesa de Venta, en favor del Estado, de las propiedades y enseres que le pertenecían en Isla de Pascua y que constaban en el inventario.

La escritura definitiva se realizaría con arreglo a las prescripciones legales una vez presentados y encontrados correctos los títulos mencionados. Además, este contrato debía ser sometido a la consideración y ratificación del Congreso Nacional. Policarpo Toro viajó a Tahiti a fines de 1887, y una vez finalizados los trámites requeridos, se embarcó de regreso a Valparaíso a

⁶⁶² Hotus, Alberto. Consejo de Ancianos Rapanui y otros. *Te Mau Hatu 'O Rapa Nui. Los Soberanos de Rapa Nui. Pasado, presente y futuro*. Primera edición, Editorial Emisión, Santiago, 1988.

bordo de la corbeta “Chacabuco” de la Armada de Chile, portando la cesión de los derechos eclesiásticos, además de las compraventas antes mencionadas.

A fines de 1887 Policarpo Toro regresó a Tahiti con la intención de comprar las tierras pertenecientes a la sucesión Brander Bornier, pero como aún los derechos de Brander sobre la Isla de Pascua se encontraban impugnados y todavía no se producía el fallo definitivo de la corte de Burdeos, solo le fue posible suscribir una promesa de compraventa con Tati Salmon, cuñado de Brander, por la suma de 4.000 libras esterlinas, aparte de ratificar la promesa de venta con Brander. Además Toro suscribió un contrato de arriendo de sus propiedades y enseres por un canon de 1500 dólares americanos anuales.

Fue recién entonces cuando Policarpo Toro regresó a la isla acompañado por algunos rapanui residentes en Tahiti y que habían manifestado su deseo de volver a su tierra, y procedió a la toma formal de posesión de la Isla, en el curso de la cual el rey Atamu Tekena y seis de los jefes principales firmaron un acta de cesión. En este documento no se mencionan las tierras y fue así, en un momento pleno de ilusiones compartidas y promesas de un futuro mejor, que sus habitantes ligaron sus esperanzas con la nueva Patria. La toma de posesión no implicó la inclusión de la Isla en el régimen jurisdiccional de la República y solo en 1890 pasó a ser anexada a la provincia de Valparaíso.

Policarpo Toro había firmado un contrato de arriendo por las supuestas 10.000 hectáreas estimadas de las propiedades de la sociedad Brander y además había adquirido en Tahiti las 700 hectáreas que los hermanos Salmon poseían en Vaihu y Mataveri. La Iglesia esperaba traspasar al Estado de Chile las 635 hectáreas que poseía en Hanga Roa, por lo que considerando que la superficie de Isla de Pascua es de unas 16.360 hectáreas, en el momento de suscribirse el acuerdo de voluntades con Chile todavía permanecían fuera de litigio y supuestamente en poder de los rapanui 5.025 hectáreas.

El conflicto de las tierras en litigio llegó a su fin de una manera inesperada, en 1891 todas las potencias europeas suscribieron un acuerdo en Bruselas declarando que todas las tierras ocupadas por “pueblos incivilizados”, o sea todos los territorios pertenecientes a pueblos originarios que no contaban con una lengua escrita y un gobierno respaldado por una Constitución política con sus leyes y cortes, etc. no tenían ningún derecho legal sobre las tierras que ocupaban⁶⁶³. Esto bastó para que la Corte de Burdeos dictaminara que los rapanui no eran los propietarios legítimos de sus tierras, las cuales fueron declaradas res nullius o sin dueño, según las Leyes Internacionales de la época y asignadas a Brander y Bornier, y a la Iglesia Católica, los que conjuntamente pasaron a ser los legítimos propietarios de la isla. Finalmente, en 1893, una resolución de la Santa Sede traspasó las 635 hectáreas pertenecientes a la Misión Católica al Arzobispado de Santiago de Chile.

Como aún en aquella época no existía en Chile la separación entre el Estado de Chile y la Iglesia, todas estas tierras localizadas en Hanga Roa y sus alrededores, donde la Iglesia había afincado a personas procedentes de todos los lugares de la isla, pasaron a ser propiedad del Estado. Estas tierras incluyen gran parte de la actual Hanga Roa y nunca fueron tierras ancestrales para la gran mayoría de sus habitantes. De hecho resultaba muy improbable, dada la situación de extrema debilidad de los rapanui que habitaban la Villa en 1879 o alguno de sus familiares radicados en Tahiti, presentaran ante los tribunales de justicia de Tahiti reclamaciones sobre estas propiedades⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Fischer, Hermann. *Sombras sobre Rapa Nui: Alegato por un pueblo olvidado*. LOM Ediciones Santiago 2001.

⁶⁶⁴ La excepción fue Mariana Ika, que reclamaba su propiedad llamada “Tataero”, heredada de su madre y localizada en Apina Nui, y que se extendían entre Moapapakina y Ahu Makere y por la costa hasta Ureoi.

Ese mismo año, la Corte de Burdeos declaró válidos los procedimientos de los Tribunales de Papeete, por los cuales habían sido adjudicados los bienes muebles e inmuebles de la sociedad Brander-Bornier a John Brander, con lo cual ahora podía exigir el cumplimiento de la promesa firmada por Policarpo Toro como representante del Gobierno de Chile, por sus propiedades y enseres en la isla, así como también los dineros adeudados por el arriendo de la isla desde 1888 al presente, y que ascendían a 3.500 pesos chilenos de plata.

Como con posterioridad a la muerte del Presidente Balmaceda el Estado de Chile perdió interés en la isla y adujo que el referido contrato de arriendo lo había firmado Toro a título personal, y se negó a pagarlo⁶⁶⁵. Toro sufrió duros apremios para cancelar dicha deuda, “hipotecando para ello sus futuras jubilaciones; pero no logró obtener el dinero suficiente para comprar la Isla para sí, ni interesar a financistas o alguna empresa chilena en la explotación de la misma” y como John Brander no lograba que el Gobierno le pagara lo ofrecido por sus tierras, vendió sus propiedades a Enrique Merlet⁶⁶⁶, quien adquirió para sí, en la suma de 4.000 libras esterlinas, todos los derechos sobre bienes raíces y muebles, comprendiendo terrenos, edificios, cierros, animales y otros. “En dicho documento se especificaba que los bienes materia del contrato son o están en aquella parte de la Isla de Pascua que no habría pertenecido a Tati Salmon y a la Misión católica que allí existía; es decir, que fuera de esas dos propiedades pertenecientes en ese momento al Gobierno de Chile, el resto de la Isla sería de propiedad de Brander con excepción de pequeñas hijuelas, si las había, pertenecientes a nativos; o terrenos que no representarían valor alguno para el cultivo, habitaciones o fines análogos. De este modo, los isleños fueron desposeídos de las tierras que aún conservaban en su poder”⁶⁶⁷.

En 1909 Merlet vendió parte de su sociedad a Williamson, Balfour y Cía., y posteriormente en 1911 transfirió el resto de su sociedad, quedando dicha empresa como único propietario de los bienes de Merlet en Rapa Nui.

En 1914 sucede un levantamiento en contra de la Sociedad Explotadora de la Isla⁶⁶⁸, y el Vicario Castrense Monseñor Rafael Edwards, impuesto del sumario que el Gobierno ordenó instruir para conocer las razones del alzamiento, viaja a la isla en 1916. A su regreso impactado por las condiciones de vida imperantes, publica una carta en *El Mercurio de Valparaíso* donde señala:

“Se les ha robado cuanto tenían. El suelo en que nacieron, sus casas, sus barcas, sus animales, sus vestidos mismos, todo, todo ha sido objeto de la brutal codicia de los hombres sin Dios ni ley, sin entrañas y sin pudor. Arrinconados como animales, perseguidos en el último rincón de su propia isla viven de la merced de quienes los han despojado”⁶⁶⁹.

En los meses siguientes logró a través de una campaña en los diarios *La Época* y *El Mercurio de Valparaíso* que el gobierno promulgara un decreto mediante el cual se creaba una Comisión Isla de Pascua, la cual pasó a presidir y que tenía por misión estudiar los problemas jurídicos y

⁶⁶⁵ Vergara, Víctor. 1939 *La Isla de Pascua: Dominación y Dominio*. Seminario de Derecho Público, Memoria de Prueba, Licenciatura en Leyes. Biblioteca Nacional, Santiago.

⁶⁶⁶ Compañía Explotadora de la Isla de Pascua 1916 *La Isla de Pascua. Estudio de los Títulos de dominio, de los derechos y de los contratos de Don Enrique Merlet y de la Compañía Explotadora de la Isla de Pascua*, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, Valparaíso.

⁶⁶⁷ Cristino, C., Recasens, A., Vargas P., Edwards E., et al. 1984. *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*. Primera Parte. Historia de los Contactos Culturales. Configuración del Proceso de Aculturación. Instituto de Estudios Isla de Pascua. Universidad de Chile. Págs 27-35.

⁶⁶⁸ Vives, José. 1917. *Una revolución en la Isla de Pascua en 1914*. En *Pacífico Magazine*. Vol X, n°60, Santiago de Chile, 1917, págs 655-664.

⁶⁶⁹ Idem, págs. 658 y 659.

administrativos de la isla y proponer al Gobierno las medidas conducentes a salvaguardar los intereses fiscales y mejorar las condiciones de vida de los isleños⁶⁷⁰. “Automáticamente se cancelaron los contratos de arriendo vigentes con la compañía explotadora, y se dispuso que la corbeta “General Baquedano” regresara a la Isla en enero de 1917, para realizar un extenso estudio de las condiciones de vida de la población y tratar de determinar cuáles eran las extensiones de los terrenos adquiridos originalmente por Brander-Bornier y ubicar sus deslindes, ya que éstos formaban los terrenos de que era propietaria la Compañía Explotadora. A su vez, se pretendía determinar los terrenos que pertenecían a los isleños y que habían sido usurpados por la Compañía.

Derivado del informe de ubicación de sitios cuyos derechos habían sido vendidos a la sociedad Brander-Bornier, se determina que su extensión real no era de más de 921 hectáreas, repartidas en diferentes puntos de la Isla, y que los terrenos del Gobierno chileno adquiridos a la Misión sumaban otras 635 hectáreas en Vaihu y Hanga Roa, siendo todo el resto de la Isla supuestamente de rapanuies que habían muerto, muchos sin dejar descendencia directa”. En aquel entonces aun habían numerosos isleños quienes reclamaban propiedades ancestrales que se encontraban en manos de la compañía, repartidas en diferentes puntos de la isla.

Como un ejemplo, Simeón Riroroko reclamaba la propiedad de la playa de Anakena y sus alrededores, donde había nacido su padre, el último Ariki Mau, quien dió su vida por defender a los isleños, hecho reconocido por el Gobierno de Chile.

Salvo algunos ovejeros, todo el resto de las personas habitaba en Hangaroa. Luego de largas negociaciones el gobierno en 1917 firmó un Temperamento Provisorio que tendría una duración de 20 años, en el que se estipulaba que la Compañía continuaba en posesión de la Isla y del ganado existente en ella, y era encargada de la administración general de los terrenos y de la conveniente conservación del ganado.

También se destinaban 2.000 hectáreas de los terrenos en las inmediaciones de Hanga Roa a los servicios públicos y a la radicación de los isleños, más otro terreno para la construcción de un lazareto. Con la entrega de estos terrenos en Hangaroa se pretendía radicar definitivamente en ellos a los isleños, puesto que según Monseñor Edwards su mayor deseo era que les fuesen repartidas las tierras que ocupaban de hecho en Hangaroa. Entre 1929 y 1933 el gobierno trató de negociar el término de este Temperamento Provisorio, llegando finalmente a decretarse la posesión de la Isla de Pascua a nombre del Fisco chileno, la que se lleva a cabo el 11 de Noviembre de 1933.

En ella el Estado se adjudicaba la propiedad de todas las tierras de la isla, siendo su espíritu según Monseñor Edwards, “proteger las tierras de los isleños para que luego les puedan ser devueltas en la medida que sea necesario para su desarrollo”. En el intertanto se procedió a repartir entre los isleños las 1000 hectáreas recuperadas en Hanga Roa. La primera repartición se realizó en 1928 y otra posterior en 1930, quedando todos los adultos radicados en propiedades de diferentes dimensiones de acuerdo al número de componentes de cada grupo familiar y del rango de los jefes de familia.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Vergara, Víctor M. *La Isla de Pascua: Dominación y Dominio*. Seminario de Derecho Público, Memoria de Prueba, Licenciatura en Leyes. Biblioteca Nacional, Santiago, Chile, 1939. Cfr. pag. 50.

⁶⁷¹ Edwards y Salas, Mons. Rafael (1918) *La isla de Pascua. Consideraciones expuestas acerca de ella por Mons. R. Edwards Obispo y Vicario Castrense, que la visitó en julio de 1916 y en junio de 1917*, Imprenta San José.

Por lo tanto, todos los derechos adquiridos por los rapanuies en ambas localidades se originan en dichas reparticiones de tierras no ancestrales entre la totalidad de los residentes, puesto que habían sido asentados allí por los misioneros.

Estas entregas de tierras por parte del Estado, a través de la Armada de Chile, se encuentran bien documentadas⁶⁷² por medio de planos y copias de estas cesiones provisionarias de tierras, y constituyen la base de los presentes reclamos del los isleños al Estado de Chile. Estas tierras entregadas a través de la Armada de Chile en sentido no tenían la calidad de tierras ancestrales. No obstante, desde el momento de su entrega fueron consideradas por los rapanui como propias y transferibles a quienes ellos eligieran.

Entre fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, Rapa Nui fue transformada en una estancia ovejera, cambiando así profunda y definitivamente los remanentes de la antigua cultura polinesia pre-europea, que se desarrolló en casi completo aislamiento por casi un milenio, esto trajo como consecuencia que se modificó irreversiblemente el paisaje natural y cultural de Rapa Nui⁶⁷³.

No obstante todo lo anteriormente expresado, persistirá el reclamo de los rapanui por recuperar para sí toda la extensión territorial de la isla de Rapa Nui, que el pueblo sigue justamente reclamando como suya.

2.2. Actos jurídicos en que el Estado justifica la propiedad del fisco sobre Isla de Pascua.

Dos son esencialmente los actos jurídicos en los cuales se apoya el Estado Chileno para hacer suyo el territorio de Isla de Pascua: El pacto de voluntades y la inscripción fiscal del territorio de Rapa Nui en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso, en 1933.

Como analizaremos, en el primer acto jurídico hay una cesión de soberanía, de parte del pueblo Rapa Nui representado por su Ariki⁶⁷⁴, al Estado de Chile; en el segundo acto jurídico administrativo, se desconoce la propiedad del pueblo Rapa Nui sobre su tierra, en un claro vicio a la propia normativa Constitucional del Estado de la época.

2.2.1. El pacto de voluntades.

El día 9 de septiembre de 1888, se firma un documento entre el Rey Rapa Nui Atamu Tekena y, en representación del Estado de Chile, el Capitán de Corbeta Policarpo Toro; documento de cesión y una proclamación, ambos redactados en español y en una mezcla entre Rapa Nui y Tahitiano antiguo⁶⁷⁵.

⁶⁷² Registro de propiedad y posesión de tierras de Isla de Pascua de 1928 de la Armada de Chile.

⁶⁷³ Cristino, Claudio. *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*. Instituto de Estudios Isla de Pascua, Universidad de Chile. Septiembre, 1984.

⁶⁷⁴ Rey, en lengua Rapa Nui.

⁶⁷⁵ Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de derechos indígenas. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad La Frontera. 1era edición. Lom Ediciones. 2003. Santiago. pág 146-148

El texto en español no hace alusión a la propiedad de la tierra, sólo hace referencia a la cesión de soberanía al Gobierno de Chile y especifica que los jefes Rapa Nui se reservan el título de jefes del que están investidos.

A través de este “Acuerdo de Voluntades”, se sella entonces la cesión de la soberanía entre el Ariki Atamu Tekena y el Capitán Policarpo Toro. En este acuerdo están las bases de los derechos y deberes que asumiría el Estado de Chile frente a la isla y sus habitantes. A partir de ese momento se produce el ejercicio de soberanía del Estado de Chile sobre la Isla de Pascua.⁶⁷⁶

Las autoridades chilenas se desentenderán de los acuerdos tomados por los jefes Rapa Nui y Policarpo Toro, al asimilar al concepto de soberanía con el de propiedad de la tierra, e inscribir toda la Isla de Pascua, a nombre del fisco chileno, realizando licitaciones y ofreciéndola en calidad de arriendo (aún antes de su inscripción de 1933); en definitiva y a través de estos mecanismos, otorgando títulos de dominio a quienes son sus propios dueños.⁶⁷⁷

La situación de las tierras al momento de la firma del acuerdo de voluntades, es la siguiente: el gobierno de Chile adquiere derechos sobre los antiguos bienes de la iglesia -635 hectáreas-, de los terrenos de los hermanos Salmón -aproximadamente, 700 hectáreas- y de los terrenos de John Brander. El resto seguía perteneciendo a los Rapa Nui⁶⁷⁸

Meses antes que se materializara el acuerdo de voluntades, concretamente, con fecha 24 de febrero de 1888 Policarpo Toro en comunicación que dirige a don Agustín Ross, Ministro de Hacienda, de la época, señala:

“...de todo este laberinto se desprende que son en realidad propietarios: 1º los misioneros franceses; 2º M. Tati Salmon (por animales comprados a la Misión), 3º A. Salmon por terrenos comprados a los indios), Mr. John (hijo de Brander) (por animales y tierras compradas a la sucesión Brander); 6º los indígenas como primitivos dueños y señores”⁶⁷⁹ Dado lo anterior las únicas personas con derechos sobre la Isla son :

- a) Los naturales de Isla de Pascua como primitivos dueños y señores de la tierra.
- b) El Arzobispado de Santiago con 635 Hectáreas.
- c) El gobierno de Chile como comprador de los terrenos del Sr. Salmon y cesionario de los derechos que la sociedad explotadora de la Isla había adquirido de Enrique Merlet.”

2.2.2. La Inscripción Fiscal de Isla de Pascua.

⁶⁷⁶ Yáñez, Nancy. *El acuerdo de voluntades estado de Chile - pueblo Rapa Nui: Bases normativas para fundar la demanda de autonomía rapa nui*. En: derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. Instituto de Estudios de Indígenas Universidad la Frontera Temuco, pags. 419-428.

⁶⁷⁷ Conadi. *Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas*. Editado por el comisionado residencial para asuntos indígenas. Santiago, 2008, cfr. pág 278.

⁶⁷⁸ Idem. Págs. 279.

⁶⁷⁹ Conadi. “Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas” Editado por el Comisionado Presidencial para asuntos Indígenas. Santiago, 2008, cfr. pág.276-277.

Al entrar en vigencia el derecho chileno, el 9 de septiembre de 1888, la propiedad de los Rapa Nui se encuentra protegida por el artículo 12 numeral 5 de la Constitución de 1833⁶⁸⁰ y posteriormente al inscribir el territorio de Rapa Nui en el CBR de Valparaíso, la tierra de este pueblo estaba protegida por el artículo 10 numeral 10 de la Constitución Política de 1925⁶⁸¹, en ambos artículos se consagra el derecho de propiedad.

Con el acuerdo de voluntades y el ejercicio de la soberanía de Chile en Isla de Pascua, los bienes raíces del pueblo Rapa Nui quedan en la categoría de inmuebles no inscritos; situación en la que mayoritariamente se encuentra la propiedad raíz chilena, ya que recién con la entrada en vigencia del Código Civil en enero de 1857, es donde se establece la propiedad registral⁶⁸² y concretamente desde la vigencia desde enero de 1859 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, es que se hace aplicable dicha norma, eso es el artículo 686 del Código Civil.

⁶⁸⁰ Constitución Política de 1833 artículo 12 numeral 5: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: ... 5° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos;”

⁶⁸¹ Constitución política de 1925 artículo 10, numeral 10 (texto original sin modificaciones): “Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 10° El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes. Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre el monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción. La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización;”

⁶⁸² Código Civil, Art. 686 inciso 1: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca”.

El Fisco inscribió Isla de Pascua a fojas 2.400 n° 2.424 de noviembre de 1933, del Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso y posteriormente reinscrita a fojas 1 n° 1 del Registro de Propiedad de 1966 del Conservador de Bienes Raíces de Isla de Pascua. En lo central de ambas inscripciones se señala, en lo pertinente:

“El fisco es dueño de la Isla de Pascua denominada también Rapa Nui...
Adquirió dicha Isla por ocupación en virtud del artículo 590 del Código Civil...”⁶⁸³

Analicemos brevemente esta inscripción y los fundamentos que en ella se expresan.

Lo primero que es necesario precisar es que pese a ser la inscripción genérica, “El fisco es dueño de la Isla de Pascua...” en términos jurídicos es residual, ya que, aunque parezca una redundancia, el Fisco será dueño sólo de aquellas tierras que a la fecha de la incorporación de la Isla de Pascua a Chile, es decir, el 8 de septiembre de 1888, carecían de otro dueño⁶⁸⁴; en estricto rigor no existía tierra en Rapa Nui que no tuviera dueño.

Por otra parte, y siguiendo el criterio que expresa el artículo 590 del Código Civil, el dominio de las tierras que no tienen otro dueño, lo adquiere el Fisco por expresa disposición de la ley y no por la inscripción en el CBR.

En cuanto al concepto de ocupación que se usa en la inscripción fiscal, es posible dar a lo menos dos interpretaciones:

1. No es posible considerar el concepto de la ocupación, de acuerdo a las normas del Derecho Civil, ya que el Título IV del libro II del Código Civil reconoce ese modo de adquirir sólo respecto de los bienes muebles, todos los casos en el título hacen referencias a este tipo de bienes.

Adicionalmente, no resulta aplicable el artículo 606 del Código Civil ya que:

“Por ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie...”

Y, por aplicación del artículo 590 del Código Civil, en Chile no existen inmuebles sin dueño, dado que por expreso mandato legal el Fisco es dueño de aquellos que carecen de dueño.

Es claro entonces que el título ocupación, a que hace referencia la inscripción fiscal, no se refiere a las normas del Derecho Civil.

Debemos entender entonces, que la expresión ocupación se refiere al Derecho Internacional Público como la adquisición de soberanía sobre Isla de Pascua, y la soberanía no significa otra cosa que constituirse en un territorio y hacer valer o dictar las leyes del país ocupante, en ningún caso significa que el país ocupante se haga dueño de las propiedades de los particulares del país o estado ocupado.

Sin embargo, los hechos y el derecho ha demostrado, que lo que hizo el Estado de Chile fue apropiarse de todas las tierras de Rapa Nui, fundándose en el acuerdo de voluntades y en la inscripción de toda la isla a nombre del Fisco, así se desprende no sólo de la anotación fiscal en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso y posteriormente de Isla de Pascua, sino del ejercicio sistemático de dominio sobre todas ellas, desconociendo otro derecho.

⁶⁸³ Conservador de Bienes Raíces de Isla de Pascua, foja 1 número 1, Registro de Propiedad de 1966.

⁶⁸⁴ Código Civil, Art. 590. “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

Esta posición contraría el propio ordenamiento jurídico de la época, ya que al entrar en vigencia el derecho chileno en Isla de Pascua, a partir de 9 de septiembre de 1888, se hace aplicable la Constitución de 1833, por lo que la pretensión del Estado de ser único dueño de la Isla, atentaría en contra el derecho de propiedad de los Rapa Nui consagrado en el artículo 12 numeral 5 de dicha constitución. Es importante recordar que la propiedad inscrita en Chile sólo data de 1857.

Lo mismo sucedía respecto de la inscripción fiscal en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso de 1933, la que debió someterse a las normas de la Constitución de 1925, la que reconocía el derecho de propiedad en el artículo 10 numeral 10.

En síntesis, no sería pertinente exigir al Estado de Chile que en la época en que se realiza el pacto de voluntades y la inscripción fiscal de Isla de Pascua respetara una normativa internacional sobre propiedad ancestral que no existe, pero desde luego sí es exigible que respete su propia legalidad, cuestión que no hace por lo recién analizado.

Una pretensión del Fisco como la descrita, sería inconstitucional ya que en el momento del acuerdo de voluntades regía la constitución de 1833, los Rapa Nui eran dueños y señores de sus tierras, las que habían adquirido de acuerdo a sus usos y costumbres.

No resulta redundante señalar, que en los actos jurídicos que se analizaron no hay ni un cercano reconocimiento a la propiedad ancestral del pueblo Rapa Nui.

2.2.3.- La Ley 16.441 “Ley Pascua”.

Varias fueron las leyes que se refirieron a Rapa Nui⁶⁸⁵ sin embargo la más importante es la ley 16.441 promulgada con fecha 22 de febrero de 1966 y publicada en el diario oficial con fecha 1 de marzo del mismo año. Los factores que influyeron y que dieron origen a la Ley Pascua fueron la rebelión que lidera Alfonso Rapu,⁶⁸⁶ que fue una forma organizada de presión del pueblo Rapa Nui, en contra del Estado de Chile⁶⁸⁷; la posición en defensa del pueblo Rapa Nui que adopta la Iglesia Católica⁶⁸⁸, y en general los. Cuestionamientos a la labor de la Compañía Explotadora de Isla de Pascua y a la política del Estado en Pascua por un sector de la sociedad civil, a través de una

⁶⁸⁵ Por ejemplo el Decreto Supremo N° 444 de 1916, la Isla queda bajo la dependencia directa del Ministerio de Colonización; la Ley N° 3220 de enero de 1917 la Isla pasa a depender de la Dirección del Territorio Marítimo de Valparaíso; el Decreto Supremo N° 81 del Ministerio de Defensa Nacional establece un reglamento de régimen interno de vida y trabajo en la Isla de Pascua.

⁶⁸⁶ Alfonso Rapu Haoa, profesor normalista. A fines de 1964, encabeza una rebelión contra de la administración de la Isla de Pascua que estaba en manos de la Armada de Chile. El movimiento social que encabeza envía una carta al Presidente de la República de la época don Eduardo Frei Montalva, explicando sus motivaciones e indicando sus peticiones. Dicha carta fue publicada profusamente en la prensa del continente, así por ejemplo Diario La Nación 2 de enero de 1965.

⁶⁸⁷ Aylwin, José. (Coord.) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de derechos indígenas*. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad La Frontera. 1era edición. Lom Ediciones. Santiago. 2003. Cfr pág 134-135.

⁶⁸⁸ Según conversaciones del autor, en noviembre de 2006, con don Alberto Hotus Chávez, primer presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui. La Iglesia Católica en sintonía con lo que ocurría con los pontificados de Juan XXIII y Pablo VI asume una defensa más estricta de los derechos del pueblo Rapa Nui apoyando sus reivindicaciones más políticas, en la década de los 60. Aún cuando desde el siglo XIX expresaba de diversos modos a través de sus sacerdotes preocupación y compromiso con los dolores de 1 pueblo Rapa Nui.

agrupación formada en 1947 en Valparaíso: la Sociedad de Amigos de Isla de Pascua⁶⁸⁹ y, que desde 1948, contaba con una rama en Santiago⁶⁹⁰.

Es necesario precisar que esta ley busca poner término a una serie de innumerables abusos a los que se veía sometido el pueblo Rapa Nui,⁶⁹¹ por lo que lo primero que hace es otorgar a los Rapa Nui, la condición de ciudadanos, ya que sólo con la dictación de esta ley adquieren derechos políticos; además crea servicios públicos como: el Tribunal de Justicia, el Servicio del Registro Civil, el CBR de Isla de Pascua y pretende ordena los temas, en materia de propiedad.

En este último aspecto, la ley n° 16.441 se refiere a la propiedad de la tierra en su artículo 38; este artículo establecía la facultad del Presidente de la República para otorgar a personas naturales chilenas títulos de dominio en los territorios fiscales urbanos y rurales de la Isla de Pascua⁶⁹².

Esta norma al dar facultades de disposición de la tierra al Presidente de la República, lo autoriza para entregar títulos de dominio a chilenos, fueran estos Rapa Nui o chilenos continentales; evidentemente, esta norma no reconoce derecho alguno sobre la tierra al pueblo Rapa Nui, ya que supone al Estado de Chile como dueño de ella.

Si bien es cierto, que en el momento histórico en que se dicta la ley en comento, con excepción del Convenio N° 107 de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas⁶⁹³, que es el primer instrumento de derecho internacional en hacer referencia específica a los derechos de las poblaciones indígenas. Su aprobación marca el inicio de un proceso en el curso del cual los asuntos indígenas serían crecientemente incorporados y tomados en cuenta dentro del sistema de Naciones Unidas. Hasta ese momento no existían normas referidas explícitamente a los derechos

⁶⁸⁹ Sociedad que se funda en 1947 en Valparaíso motivada por las denuncias periodísticas que se producen en el continente sobre la situación de la Isla de Pascua. La respuesta fue la formación de la Sociedad de Amigos de Isla de Pascua, que mantuvo por años el leprosoario, ayudando a los isleños que llegaban a Valparaíso escondidos en los barcos, entre otras obras benéficas.

⁶⁹⁰ Foerster, Rolf. *Informe del delegado en visita de inspección a la Isla de Pascua efectuada por el capitán de corbeta (em.sm.) Jorge Tapia de la Barra, enero de 1950*. En *Cuadernos de Historia 43* departamento de ciencias históricas Universidad de Chile. Santiago. diciembre 2015, págs 183 – 215.

⁶⁹¹ Ver Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, 2008, p.295.

⁶⁹² Artículo 38 Ley 16.441. "Facúltase al Presidente de la República para otorgar a personas naturales chilenas títulos de dominio en los territorios fiscales urbanos de la Isla de Pascua en conformidad a las normas contenidas en el decreto reglamentario 2.354, de 19 de mayo de 1933, del Ministerio de Tierras y Colonización, publicado en el "Diario Oficial" de 23 de junio de 1933. El otorgamiento por el Presidente de la República de títulos de dominio sobre tierras fiscales rurales en el departamento de Isla de Pascua se regirá por el decreto con fuerza de ley 65, de 1960, y sus modificaciones posteriores, en lo que le fueren aplicable, de acuerdo con la naturaleza y la ubicación de los terrenos. El Presidente de la República, dentro del plazo de ciento veinte días, contado desde la fecha de esta ley. procederá a establecer por decreto supremo la ubicación y extensión de los terrenos a los cuales se aplicará lo establecido en el inciso anterior. Los terrenos fiscales de Isla de Pascua que no se encuentren comprendidos en los incisos anteriores sólo podrán entregarse en concesión de explotación a la Corporación de Fomento de la Producción o a alguna de sus empresas o sociedades filiales, a instituciones fiscales, semifiscales y de administración autónoma, a empresas o entidades en que tenga intervención el Fisco por aporte de capital y a los servicios de utilidad pública. Dentro del plazo de ciento veinte días el Presidente de la República determinará las disposiciones del decreto con fuerza de ley 65, de 1960, y del decreto reglamentario 2.354, de 1933, que se aplicarán en el departamento de Isla de Pascua. Dentro del plazo señalado, podrá, además establecer el procedimiento para el otorgamiento de títulos."

⁶⁹³ El Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, aprobado en 1957 fue el primer instrumento internacional en el que se habló de personas indígenas de su protección e integración.

de los pueblos indígenas; con la colaboración de las Naciones Unidas y de varias organizaciones internacionales especializadas, incluyendo la FAO, la UNESCO y la OMS nace el Convenio 107 de la OIT. Dicho convenio observaba en su preámbulo que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas⁶⁹⁴ y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población; y en su parte dispositiva comprometía a los Estados ratificantes a desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países. Estas concepciones hoy parecen anacrónicas, en la medida en que los propios pueblos indígenas las han rechazado, afirmando su voluntad de mantener su identidad cultural y social, la que reconoce raíces anteriores a la creación de los Estados nacionales en América Latina.

De ahí que de manera progresiva se ha venido abriendo paso una concepción que reconoce la naturaleza pluricultural y multiétnica de los numerosos estados que albergan simultáneamente pueblos de origen europeo o mestizo, junto con otros de raíces y cultura indígenas cuya identidad hasta hace poco tiempo era desconocida por el orden político y jurídico dominante⁶⁹⁵. La misma OIT en 1989 revisó el Convenio 107 con miras a adoptar una nueva norma, el Convenio 169, al que ya nos referimos, el que tiene en cuenta esta evolución.

Sí existían la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero el énfasis de éstas estaba puesto en los derechos individuales y no en los derechos colectivos de los pueblos, por lo que no hacían referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Tampoco lo hicieron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales aprobada por las Naciones Unidas en 1966⁶⁹⁶. Por lo tanto, nada que se parezca a la propiedad ancestral.

No obstante, lo anteriormente dicho, la Constitución Política de la época amparaba el derecho de propiedad y resulta impensable que esa norma no tuviere aplicación respecto de la propiedad de los pueblos indígenas, por más que el constituyente no lo hubiere pensado así, no guarda ninguna lógica que el derecho de propiedad fuera reconocido sólo para algunos y no para todos los que detentaran propiedad sobre un bien.

El artículo 38 citado, fue derogado por el inciso final del art. 18 del Decreto Ley n° 2885⁶⁹⁷, no obstante ello, según se analizará a continuación, dicha norma no variará en lo fundamental la concepción de que es el Estado dueño de las tierras y los territorios en Isla de Pascua.

⁶⁹⁴ Para los grupos indígenas el término poblaciones posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante. En contraste, el término pueblo tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales.

⁶⁹⁵ Bronstein, Arturo. *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión*. OIT, 1998. En: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Bronstein.pdf> consultada el 10 de septiembre de 2019.

⁶⁹⁶ Aylwin, José. *Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado*. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera. 2004 En: <Http://200.10.23.169/Derecho2.htm>

⁶⁹⁷ DL 2885 art. 18 inciso final: "Deróganse todas las disposiciones legales de carácter especial relativas a las tierras fiscales de la Isla de Pascua, aun cuando no sean incompatibles con las normas de esta ley".

2.2.4.- El Decreto Ley 2.885.

La dictadura militar dicta en 1979 el Decreto Ley, (en adelante DL 2885)⁶⁹⁸ que lo que hace es regular el traspaso de terrenos rurales y urbanos a naturales de la Isla de Pascua. Como se demostrará, el DL 2.885 lo que pretende es introducir la propiedad individual en el pueblo Rapa Nui, en contraposición a la concepción comunitaria de propiedad de la tierra de este pueblo, tema del que ya hicimos mención en el capítulo I de esta tesina.

Este objetivo del Estado chileno, no sólo se expresa en el DL 2885, sino que también en otros DL referidos a los pueblos indígenas, como por ejemplo, el decreto ley 2.568 de 1979⁶⁹⁹, que se refería a las tierras del pueblo Mapuche. Esta norma junto con dividir la tierras del pueblo mapuche, buscaba eliminar todo reconocimiento a ese pueblo, ya que en su artículo 1° disponía que:

“las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños o adjudicatarios”⁷⁰⁰.

En el DL 2885, se constituye la propiedad individual de dos formas (la primera de ellas es la que hoy se encuentra vigente):

a) La concesión de título gratuito de dominio señalada en el artículo 1° del DL 2885.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ Este DL se promulga el 22 de noviembre de 1979.

⁶⁹⁹ En mayo de 1979 la Dictadura Militar modificó la Ley Indígena 17.729 -promulgada durante el gobierno del Presidente Salvador Allende- mediante el Decreto Ley 2.568 dentro de sus considerandos expresa (contenidos que son abiertamente contradictorios con el texto del DL y con las efectivas aspiraciones de los pueblos indígenas y en definitiva parece perseguir exactamente lo contrario a lo que estos señalan. 1°- La necesidad de terminar con la discriminación de que han sido objeto los indígenas, situación que la legislación vigente no ha permitido superar; 2°- El hecho que la denominada "Propiedad Indígena" ha sido fuente de numerosos problemas, los que han constituido serias barreras para el progreso de la población indígena; 3°- La aspiración evidente de los indígenas de llegar a ser propietarios individuales de la tierra, comprobada por las divisiones de hecho que entre ellos han efectuado; 4°- Que dichas divisiones han generado la existencia de minifundios con limitaciones mayores que las que afectan a los demás minifundios del país, tanto por la imposibilidad de sus poseedores de obtener créditos y asistencia técnica como por la circunstancia de que, en términos generales, tales divisiones no son legalmente reconocidas, sino en casos excepcionales,

⁷⁰⁰ Decreto Ley 2568 artículo 1.

⁷⁰¹ Decreto ley 2885 artículo 1: Facúltase al Presidente de la República para otorgar títulos gratuitos de dominio en terrenos fiscales, urbanos o rurales, de la Isla de Pascua. Estos títulos podrán otorgarse, sin más trámites que los establecidos en esta ley y en su reglamento, en favor de los chilenos originarios de la Isla, entendiéndose por tales, para los efectos del presente texto, los nacidos en ella y cuyo padre o madre cumpla esta condición. Podrán también concederse a los chilenos, no originarios de la Isla, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en ella, que acrediten domicilio y residencia de cinco años y que ejerzan en ésta una profesión, oficio o actividad permanente. La Comisión Especial de Radicaciones deberá emitir siempre un pronunciamiento previo sobre las solicitudes referentes a las materias de que trata este artículo. El decreto supremo en el que se contengan los actos gratuitos de disposición a que se refiere el presente artículo, servirá de suficiente título para inscribir el terreno respectivo a nombre del beneficiario y a requerimiento de éste, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

b) El reconocimiento de poseedor regular señalada en el artículo 7° del DL. La ley concedía el plazo de 1 año para impetrar el derecho⁷⁰², posteriormente se dieron múltiples prórrogas para ejercerlo, cesando definitivamente el 5 de octubre de 2000⁷⁰³.

2.2.4.1. Análisis del DL 2885.

El artículo 1° de este DL faculta al Presidente de la República, quien mediante decreto supremo, podrá otorgar títulos gratuitos de dominio en terrenos fiscales, urbanos o rurales, de la Isla de Pascua en favor de los chilenos originarios de la Isla, así como a los chilenos no originarios de ella⁷⁰⁴. Este decreto supremo servirá de suficiente título para inscribir el terreno respectivo a nombre del beneficiario, y a requerimiento de éste, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Isla de Pascua⁷⁰⁵.

No puede ejercerse, este derecho, respecto de terrenos que tengan un especial valor cultural arqueológico o histórico⁷⁰⁶.

El Presidente puede reservar zonas determinadas de la Isla, exclusivamente para fines de investigación arqueológica o científica o de interés cultural o nacional⁷⁰⁷.

⁷⁰² DL 2885. Artículo 9°- La solicitud respectiva deberá ser presentada en la Oficina de Tierras y Bienes Nacionales de Isla de Pascua, dentro del plazo de un año, contado desde la publicación de la presente ley. Transcurrido este término, no se podrá impetrar el beneficio y se extinguirán los derechos de quienes no los hayan ejercitado dentro de él.

⁷⁰³ El artículo 2° de la ley 18.012, publicada el 16 de julio de 1981, estableció un nuevo plazo de dos años, contados desde la fecha de su publicación, luego el artículo 1° de la ley 18.312, publicada el 24 de mayo de 1984, estableció un nuevo plazo de cinco años, contado desde la fecha de su publicación, posteriormente el artículo único de la Ley n° 18.797, de 19 de Mayo de 1989, otorgó un nuevo plazo de cinco años, y por último la letra d) del artículo 79 de la ley 19.253 publicado en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993 otorgó un nuevo plazo de 5 años, contado desde la fecha de caducidad del plazo señalado en la ley 18.797 de 1989, para que los poseedores de tierras de Isla de Pascua ejercieran el derecho a que se refiere el artículo 7 del DL 2.885.

⁷⁰⁴ DL 2.885, artículo 5°: Los títulos de dominio, arrendamiento, concesiones y reservas a que se refieren los artículos anteriores, se otorgarán y dispondrán, en su caso, por decreto supremo del Ministerio de Tierras y Colonización.

⁷⁰⁵ DL 2.885 art. 1 y 5

⁷⁰⁶ DL 2.885, art. 2." La facultad concedida en el artículo anterior no podrá ejercerse respecto de los terrenos que tengan un especial valor cultural arqueológico o histórico, o sobre los cuales deban recaer planes específicos de algún ministerio o servicio público centralizado o descentralizado, siempre que tales circunstancias sean absolutamente incompatibles con la coexistencia de derecho de propiedad particular sobre esos terrenos. La calificación de esta incompatibilidad deberá efectuarla la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, sobre la base de informes técnicos de los organismos especializados que correspondan, según la naturaleza del impedimento a que se refiere esta disposición. (Modificado por Ley N° 19.253, Art. 79 b.-) Antes de otorgarse un título de dominio de acuerdo con la presente ley, la misma Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, deberá certificar que el bien raíz de que se trata, no se encuentra en alguna de las circunstancias señaladas en este artículo. (Modificado por Ley N° 19.253, Art. 79 b.-)"

⁷⁰⁷ DL 2.885, arts. 3 y 4

Además, crea la Comisión de Radicaciones de Isla de Pascua⁷⁰⁸, la que posteriormente será modificada por la Ley 19.253⁷⁰⁹, creando la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, quien asumirá las mismas tareas de la Comisión de Radicaciones⁷¹⁰, ésta deberá, entre otros, emitir unpronunciamiento previo sobre las solicitudes, la calificación de incompatibilidad⁷¹¹ y la certificación de que el bien raíz de que se trata no se encuentra en alguna de las circunstancias recién señaladas⁷¹².

2.2.4.2. La problemática que surge con el DL 2885.

La dictación de este DL originó una fuerte resistencia por parte importante del pueblo Rapa Nui, ya que ellos ven que a través de él, se legitima el robo de que se siente objeto por parte del Estado, con la Inscripción fiscal de la Isla en 1933;⁷¹³ del mismo modo creen que este desconoce la visión de que la tierra pertenece a la comunidad y que rompe con la tradición de distribución familiar de la misma⁷¹⁴.

Además, la propiedad individual de la tierra supone el peligro de la enajenación de ella, y de la acumulación por parte de aquellos miembros del pueblo Rapa Nui que cuentan con los recursos económicos para adquirir tierras⁷¹⁵. Por lo que en definitiva, lo que el Estado busca y, si no lo busca,

⁷⁰⁸ DL 2885 Artículo 6° inciso 1.- “Créase una Comisión Especial de Radicaciones de la Isla de Pascua, integrada por el Gobernador, que la presidirá; por el Alcalde de la comuna; por el Presidente de la Unión Comunal de Juntas de Vecinos de Isla de Pascua; por un representante de las Fuerzas Armadas y uno de Carabineros designados por decreto supremo, y por el Jefe de la Oficina de Tierras y Bienes Nacionales, quien actuará como Secretario”.

⁷⁰⁹ Ley 19.253 Artículo 79.- “Introdúcense al decreto ley N° 2.885, de 1979, las siguientes modificaciones: a) Derógase el inciso primero del artículo 6°; el inciso primero del artículo 11 y el artículo 15.”

⁷¹⁰ Ley 19.253, art. 12 disposiciones transitorias: “las referencias que a la Comisión de Radicaciones se hagan en cualquier texto legal se entenderán hechas a la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua”.

⁷¹¹ Decreto 269 de 10 de noviembre de 1980. Artículo 17°.- “La Comisión Especial de Radicaciones de la Isla, integrada en la forma prevista en el artículo 6° del D.L. N° 2.885, de 1979, tendrá las siguientes funciones y atribuciones: a) Estudiar e informar las solicitudes destinadas a obtener del Fisco títulos gratuitos de dominio sobre terrenos fiscales de la Isla; b) Estudiar e informar, cuando lo requiera la Oficina, las solicitudes de arrendamiento y concesión gratuita u onerosa de terrenos fiscales de la Isla que hayan sido reservados por el Presidente de la República para fines turísticos, áreas de esparcimiento u otros de interés de la comunidad, calificando los proyectos presentados al efecto y proponiendo las exigencias, obligaciones y prohibiciones a que estarán sujetos los arrendatarios o concesionarios, en su caso. Igual estudio e informe deberá ser emitido respecto de terrenos fiscales que hayan sido objeto de reserva; c) Estudiar e informar las solicitudes de transferencias de dominio que efectúen particulares o el Fisco de Chile a nacionales no comprendidos en los incisos segundo y tercero del artículo 1° del D.L. N° 2.885, de 1979; d) Informar las peticiones sobre división de predios urbanos y rurales de la Isla; e) Informar las enajenaciones de inmuebles ubicados en la Isla que hayan sido transmitidos a extranjeros por sucesión por causa de muerte, y que deban enajenarse conforme al artículo 17 del D.L. N° 2.885, de 1979; y f) Estudiar e informar a la Oficina Provincial de Bienes Nacionales de Isla de Pascua de toda otra materia relacionada con terrenos rurales o urbanos de la Isla, sobre la cual ésta requiera su opinión.”

⁷¹² Decreto Ley 2.885, arts. 1-2, 4 y 6°.

⁷¹³ Conversaciones del tesista con don Mario Tuki Hey, ex miembro de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, marzo 2009.

⁷¹⁴ Conversaciones del tesista, con don Nito Teao, (qepd), pescador, septiembre 2010,

⁷¹⁵ Actualmente ambos fenómenos ya están sucediendo, miembros del pueblo Rapa Nui de menores recursos ven en la venta de su tierra una manera de reunir recursos para emprender sus proyectos y en otros casos reciben ofertas por sus tierras que ofrecen potencial para el desarrollo de proyectos de Rapa Nui de mayor capacidad económica.

lo hace en términos prácticos, es destruir un modelo cultural de un pueblo indígena donde la tierra tiene un rol central.⁷¹⁶

Un primer problema, es que impuso en Rapa Nui, un modelo occidental de concebir la propiedad que resulta abiertamente contradictoria con las tradiciones de este pueblo. El "título de dominio" otorgado a una persona singular versus un bien no transable y esencialmente comunitario.

Un segundo problema, es que quien otorga ese título es el Fisco, lo que significa reconocer explícitamente que el dueño de la tierra es el Estado de Chile y validar la inscripción fiscal de 1933 en el CBR de Valparaíso primero y luego en 1966 en el CBR de Isla de Pascua.

Estas dos cuestiones nunca han sido aceptada, por el pueblo Rapa Nui, no al menos desde una mirada de sus derechos; sin embargo, en los hechos muchos Rapa Nui se han visto obligados por el Estado a recurrir esta modalidad de regularización de su propiedad ya que de otra forma se les niega derecho a la defensa, subsidios habitacionales y acceso a la luz y al agua⁷¹⁷.

Una razón de la formación del Consejo de Ancianos Rapa Nui es "con el objeto de hacer oír su descontento y como una expresión social para defender la propiedad comunitaria de la tierra de la Isla"⁷¹⁸. 11 años después y por razones muy similares surge el Parlamento Rapa Nui⁷¹⁹.

Un tercer problema es que, miembros del pueblo Rapa Nui se ampararon en esta norma y sin tener derecho alguno, se apropiaron de tierras que no les pertenecía por tradición y luego las regularizaron conforme a la solicitud de poseedor regular. Con las posteriores, perniciosas, consecuencias que se generaron cuando las familias que poseían los derechos de acuerdo a la tradición Rapa Nui se encontraron que, con el aval del Estado, habían sido despojados de lo suyo. Esta problemática persiste hasta hoy y es fruto de violencia y duros enfrentamiento entre familias.⁷²⁰

En cuarto lugar, si analizamos el artículo primero del DL 2885, en él no hay ninguna referencia a pertenecer al pueblo Rapa Nui para calificar a una persona como originario, sólo el hecho de haber nacido en el territorio de Isla de Pascua. La norma define quienes son originarios: "los nacidos en ella y cuyo padre o madre cumpla esta condición"⁷²¹.

Este artículo, en su inciso tercero, reafirma el hecho de que podrá también concederse el título gratuito de dominio a los chilenos no originarios de la Isla, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en ella, que acrediten domicilio y residencia de cinco años y que ejerzan en ésta una profesión, oficio o actividad permanente⁷²². En síntesis, por lo razonado, es clara la voluntad del Estado de

⁷¹⁶ Conversaciones del tesista con don Alberto Hotus Chávez, Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui, septiembre de 2008.

⁷¹⁷ Un ejemplo de ello es que hoy en Isla de Pascua, la empresa filial Corfo Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda. SASIPA encargada del abastecimiento de electricidad y agua potable exige, a quien lo solicite, para instalar los servicios título de dominio.

⁷¹⁸ CONADI, ob. cit., pág. 298.

⁷¹⁹ Parlamento Rapa Nui fue creado en agosto de 2001, después de una incisión de varios de sus miembros del Consejo de Ancianos, postula por la recuperación de las tierras ancestrales y la independencia política de Rapa Nui del Estado de Chile. Conversaciones del tesista, en Hanga Roa, septiembre de 2007 con don Alberto Araki Tepano miembro de esta agrupación.

⁷²⁰ Conversaciones del tesista con don Juan Edmunds Paoa, junio 2011.

⁷²¹ DL 2.885, artículo 1 inciso 2.

⁷²² DL 2.885, art. 1 inciso 3.

generar las condiciones legales, para otorgar títulos de dominio en Isla de Pascua a personas que no son miembros del pueblo Rapa Nui.

Ha sido la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, en el ejercicio de su facultad de emitir un pronunciamiento previo sobre quienes califican para obtener un título gratuito de dominio quien ha ejercido un control, no obstante señalar el DL que su pronunciamiento no es vinculante.

Lo que aparece con mayor gravedad, es la política del Estado de Chile, que en el período de la dictadura militar se radicaliza, no sólo porque no reconoce, ni protege la propiedad del pueblo Rapa Nui sobre su tierra, ni siquiera de personas individuales de este pueblo, sino porque además genera una legislación que claramente apunta a la destrucción del modelo cultural del pueblo Rapa Nui, que como todo pueblo indígena tiene un claro sostén en la forma como entiende su relación con la tierra.

Por lo que, en la lógica del Estado de Chile, que se autoproclamo dueño del territorio de Isla de Pascua, compartimos lo que señala Alejandra Astudillo, al estimar que, “de no producirse un cambio en la manera en que Chile se relacionará con Rapa Nui en materia de propiedad de la tierra, y mientras no reconozca el dominio de la etnia en su territorio, creemos urgente la modificación de este artículo en el sentido de señalar que “se faculta al Presidente de la República a otorgar títulos gratuitos de dominio en terrenos fiscales, urbanos o rurales, de la Isla de Pascua, a las personas de nacionalidad chilena que cumplan con los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 2º de la Ley 19.253”, es decir, que pertenezcan necesariamente a la etnia rapanui.”⁷²³

Ninguna adecuación a este DL ha realizado el Estado de Chile con la finalidad de cumplir sus compromisos internacionales, particularmente los que dicen relación con el Convenio 169 de la OIT y con la jurisprudencia de la Corte IDH centrada en la propiedad ancestral.

2.2.5. La Ley Indígena, 19.253.

Lo primero que es necesario precisar es que en el estudio que haremos de la ley indígena, contrastaremos si en ella se ven reflejados los normas de derecho internacional que hacen referencia a la propiedad ancestral⁷²⁴, por lo que solo nos referiremos a las normas que dicen relación con la propiedad y la tierra y tangencialmente tocamos las normas sobre la calidad de indígena ya que

⁷²³ Astudillo Stowhas, Alejandra. *Tesis Estatuto Jurídico Histórico de Isla de Pascua*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2012 cfr. págs. 70 y siguientes.

⁷²⁴ Véanse: Barros, Alonso. *La Declaración práctica. Ius et praxis de los pueblos indígenas en el norte de Chile*. Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo Arqueológico. R. P. Gustavo Le Paige s. j. (IIAM), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006; Carmona, Cristóbal. *Pueblos indígenas y la tolerancia occidental. Los derechos humanos como forma sublimada de asimilación*. En *Polis Revista Latinoamericana*, Nº 23, 2009; Gaona, Georgina. *El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas*. En revista *Nueva antropología*, vol. 26, Nº 78, México, 2013, págs. 141-161; Aylwin, Jose, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*. En *Seminario Adjudicating Culture, Politicizing Law: Legal Strategies for Black and Indigenous Land Rights Struggles in the Americas*, University of Texas, Austin, 2003; Organización de Estados Americanos (OEA) Link:

<http://www.derechosindigenas.cl/Documentos/Nacionales/tierrasytterritorios.doc> consultada el 15 de septiembre de 2019.

éstas, de acuerdo a lo que señala el artículo 1 de la ley que se comenta, están en directa relación con la temática de la tierra⁷²⁵.

2.2.5.1. El Proyecto de Ley.

Cuando se analiza el proyecto de ley y el mensaje que contiene se puede apreciar que nuevamente hay contradicciones entre el discurso del Presidente Patricio Aylwin Azócar, quien al presentarlo hace varias reflexiones sobre la propiedad que se acercan a lo que es el derecho de los pueblos indígenas, desde una perspectiva de la propiedad ancestral, sin embargo éstas no están expresadas con claridad y precisión en las normas que lo contiene; así entre otras cosas expresa que:

“El proyecto de ley (...) establece en su Título I el reconocimiento jurídico de las comunidades indígenas de Chile (...). Un objetivo importante es abolir cualquier tipo de discriminación que en el país hubiera, permitiendo que las personas que, junto con ser chilenas, sean parte de una cultura originaria, lo puedan expresar con toda libertad y claridad. (...).- Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título II (Título del Desarrollo Indígena) una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. (...) La ley debe establecer normas para la plena protección de las tierras que pertenecen a ellos, y plantear mecanismos para ampliar las tierras comunitarias, (...). La sociedad debe asegurar que la gente pueda vivir con tranquilidad y seguridad en el lugar de su origen. (...).- Sabemos que hay conflictos por asuntos de tierras, y es evidente que no se pueden resolver de un día para otro todos esos problemas que se arrastran por décadas. Nuestro criterio es buscar solución, sobre la base que impere la justicia, que se llegue a acuerdos, que si es necesario se negocien soluciones, que se suprima el recurso de la fuerza (...) donde se puedan aplicar planes y programas integrales de desarrollo, cautelando el medio ambiente y las culturas que allí viven. (...) comunidades y pueblos indígenas. (...).- Tenemos mucho que aprender de esas culturas, de sus raíces (...) que supieron respetar la naturaleza, tener una relación armónica con ellas. Las culturas indígenas nos plantean preguntas fundamentales en torno al progreso, al tipo de desarrollo que queremos, al tipo de vida a que aspiramos.- La discusión de este proyecto de ley va a ser un momento adecuado para realizar esa reflexión (...)”⁷²⁶.

2.2.5.2. Análisis de la ley.

⁷²⁵ Véanse: Arteaga, Ana; Bustamante, Minda; de León, José; Talavera, María; Zea, Elizabeth. *Políticas públicas e institucionalización de intereses indígenas*. Proyecto PARTICIPA Fundación Konrad Adenauer (KAS) – Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) La Paz. 2015. Cfr. págs. 39 a 54; Vergara, Jorge Iván; Foerster, Rolf y; Gundermann, Hans. *Más acá de la legalidad La CONADI, la ley indígena y el pueblo mapuche (1989-2004)*. En *Revista Polis* Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas (CISPO) N° 8 2004.

López Allendes, Jaime. *Las Tierras Indígenas en la ley 19253*. En *Revista CUHSO* volumen especial N°1 1999 págs. 8-39; Vergara, Jorge; Gundermann, Foerster, Hans. *Legalidad y legitimidad: ley indígena, Estado chileno y pueblos originarios (1989-2004)*. En *Estudios Sociológicos* Vol. 24, No. 71. 2006, págs. 331- 361; Meza-Lopehandía, Matías. *Estatuto jurídico de las tierras mapuche en Chile Análisis legal*. En Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional Chile 2019 En: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27851/1/BCN2019_Estatuto_juridico_de_las_tier_ras_mapuche_en_Chile.pdf consultado el 10 de octubre de 2019; Smith, Sara. *La cuestión indígena y el Estado nacional: Análisis crítico de discursos oficiales contemporáneos en Chile*. Universidad de Montreal. En: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/17312/Smith_Sara_2005_memoire.pdf?sequence=1 consultado el 15 de octubre de 2019.

⁷²⁶ Mensaje de S.E. El Presidente la República Patricio Aylwin Azócar. Fecha 15 de octubre, 1991. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 323, en Historia de la Ley n° 19.253, cfr. págs. 4-8.

A continuación presentaremos los principales aspectos de la ley n° 19.253 promulgada en 1993, y que rige hasta la fecha las relaciones entre el Estado chileno y las “etnias”, pueblos, indígenas.

La ley reconoce la existencia de etnias indígenas en el territorio nacional. Al igual que la ley de 1972, desvincula la definición del indígena de la radicación en tierras indígenas, integrando elementos culturales y de descendencia, en esta línea cultural incorpora además un concepto que aparece de suyo importante como criterio de determinación de la calidad de indígena: la autoidentificación.

Aún que tímidamente, la ley avanza en el reconocimiento del pluralismo cultural existente en Chile, al señalar que “el 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”⁷²⁷.

Se dictan mecanismos tendientes a proteger las tierras indígenas, claro que desde una perspectiva individual y no colectiva, y se crea un Fondo de Tierras y Aguas con el fin de adquirir tierras para personas o comunidades, lo que no refleja un reconocimiento de derechos de parte del estado para los pueblos indígenas sino de una suerte de caridad institucionalizada a favor de las “etnias”.

Se crea un Fondo de Desarrollo indígena dirigido a financiar programas especiales así como áreas de desarrollo entendidas como “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”⁷²⁸.

Finalmente, en el ámbito cultural y educacional la nueva ley pretende promover y proteger las culturas e idiomas indígenas así como desarrollar, en las áreas de alta densidad indígena (se olvida el legislador que una de esas áreas, hoy, son las ciudades y no los campos) un sistema de educación intercultural bilingüe, para que los “autóctonos” puedan “desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global”. Esta nueva política estará a cargo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena⁷²⁹, organismo “dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación”. En el Consejo Nacional de este organismo se incorporarán ocho representantes indígenas.

En síntesis, la ley indígena de 1993 destaca tímidamente el carácter pluriétnico de la “Nación” Chilena y pone énfasis en la necesidad de promover el “desarrollo indígena con identidad” no queda muy claro que significa esto, sobre todo cuando en un aspecto tan central como lo es la tierra y los territorios, no se mueve de una concepción individualista y materialista del uso de la tierra, dejando de lado lo que es parte de la esencia de la cultura y la espiritualidad de los pueblos asociadas a la forma como se relacionan con la tierra que es para ellos la “pachamama”⁷³⁰.

Esta nueva normativa representa un avance, leve pero avance al fin, en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Desde su promulgación, el Estado ha implementado programas interculturales en los ámbitos claves de la educación y de la salud⁷³¹. De acuerdo al artículo 39 de la

⁷²⁷ Ley indígena 19.253, art. 1.

⁷²⁸ Ley indígena 19.253, arts.20, 21, 22.

⁷²⁹ Ley indígena 19.253, art. 32.

⁷³⁰ Madre tierra

⁷³¹ Cañulef, Eliseo. *Introducción a la educación intercultural bilingüe en Chile*. Instituto de Estudios Indígenas, Temuco. 1998. Cfr. Págs.141 ss.

ley, que estipula que la CONADI debe “velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias”, se ha iniciado una reflexión sobre la gestión del patrimonio indígena⁷³² y se asignaron más recursos para la promoción de las culturas autóctonas. En 1998, el presidente de entonces Eduardo Frei declaró el día 24 de junio, día Nacional de los Pueblos Indígenas⁷³³.

Así, después de más de un siglo de una política de corte deliberadamente asimilacionista, el Estado chileno ha puesto en marcha una política indígena que, según la tipología establecida en el informe del relator especial para los pueblos indígenas Martínez Cobo, combina la fusión y el pluralismo⁷³⁴. Fusión ya que los programas interculturales pretenden, por lo menos teóricamente, producir una nueva cultura. Pluralismo, porque a través de la promoción y protección de los estilos de vida y territorios de las etnias nacionales se intenta preservar la especificidad cultural indígena y se reconoce la pluriétnicidad de la Nación Chilena.

Sin embargo y por sobre todo lo dicho la ley de 1993 contiene grandes limitaciones e insuficiencias. Vamos mencionándolas por parte:

Primero, a nivel jurídico, al no reconocer la existencia de “pueblos indígenas”, la ley se ubica en una posición conservadora respecto de las normativas internacionales vigentes, ya que al hablar de “etnia” y no de “pueblo”, no solamente remite a un problema jurídico. Tiene que ver también con que calificar a los indígenas de “etnias” es hacerlos existir como agrupaciones humanas pre-estatales, pre-modernas. Por lo tanto es reafirmar de manera no sutil que su identidad es pre-nacional. Muchos dirigentes indígenas, que conocen el papel fundamental del lenguaje y la importancia de nombrar las cosas, llevan a cabo una lucha permanente en contra de las representaciones dominantes, con el fin de acabar con las categorías de percepción y oposiciones estereotipadas donde el indígena es sinónimo de negatividad, de fealdad, de flojera en una relación por ejemplo de educado/no-civilizado, biomedicina/brujería, rubio-bonito/moreno-feo, etc. que hacen que el sistema de dominación pueda reproducirse con gran violencia cultural pero sin violencia aparente e incluso con la complicidad de los mismos dominados.

Por otra parte, al no tomar en cuenta la existencia de tratados anteriores firmados entre las Naciones Indias y la Corona Española tampoco integra los últimos aportes de la doctrina internacional en materia de teoría de los derechos indígenas⁷³⁵. Finalmente, al no considerar el asunto del derecho consuetudinario, ni pensar en una mención del derecho propio, sigue enunciando que el derecho oficial, el del Estado Chileno, es el único orden jurídico existente.

⁷³² Navarro, Ximena (Comp.). *Patrimonio arqueológico indígena en Chile. Reflexiones y propuestas de gestión*. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas-UNESCO, 1998.

⁷³³ El día 23 de junio de cada año, el pueblo Mapuche celebran el *Wetripantu* (nueva salida del sol) que marca el inicio de un nuevo ciclo.

⁷³⁴ En 1970, cuando “la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías recomendó que se llevara a cabo un estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. En 1971, el Sr. José R. Martínez Cobo (Ecuador) fue nombrado Relator Especial para dicho estudio, en el que se debían proponer medidas nacionales e internacionales para eliminar la discriminación” (ONU, s/f). Su informe final se denominó “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” y fue presentado en sucesivas entregas entre 1981 y 1984 (documento ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7, de 1986).

⁷³⁵ Pinto, Jorge. *El conflicto Estado Mapuche 1900-1960*. En *Revista Universum* Universidad de Talca n° 27 vol 1 2012, págs 167-189.

Segundo, el sistema de educación intercultural bilingüe tal como lo define la ley tiene un carácter unilateral, puesto que contempla que sólo los indígenas serán los beneficiarios de esos programas.

Tercero, no considera y no exactamente por olvido, el fenómeno indígena urbano. Esto representa una falta notable ya que más del 80% de hombres y mujeres indígenas vive hoy en pueblos, ciudades y zonas densamente pobladas⁷³⁶ y revela, una concepción esencialista y estrecha de la misma noción de identidad indígena.

En cuarto lugar, no se ha definido con claridad el contenido de este nuevo concepto de desarrollo con identidad o etnodesarrollo, parece remitirse a unas infra-ideologías o representaciones estereotipadas de la realidad indígena. Respecto a ello los legisladores y agentes desarrollistas deberán tomar en consideración tanto los debates socio-antropológicos sobre las nociones de cultura, tradición, transformación e historicidad como las determinaciones de las necesidades que emanan de las propias sociedades autóctonas. Por otra parte, se puede constatar que hay una disociación entre desarrollo económico y derechos de los pueblos indígenas que tiende a desembocar en la expoliación territorial⁷³⁷. Como está concebida esta ley debería chocar fuertemente con el modelo económico neoliberal imperante y los intereses de las grandes empresas forestales, sin embargo en los hechos esto parece no suceder.

En quinto lugar, si bien la ley contiene una disposición que sanciona como falta la discriminación para con los indígenas⁷³⁸, e independientemente de la discusión que puede producirse por su baja penalización, lo más relevante es que nada dice del sistema de dominación, de la violencia simbólica y del racismo socioétnico que padecen los pueblos indígenas.

Finalmente es necesario señalar que la política indígena actual se enfrenta a una evolución del movimiento y de las demandas indígenas. La agudización de los conflictos de tierras y la multiplicación de las tomas o recuperaciones de terrenos a partir de los años 1998 y 1999 han sido propicios a la aparición de Coordinadoras y agrupaciones comunales y regionales que contestan el papel de mediación de la CONADI y no reconocen la representatividad de las organizaciones indígenas incorporadas en las estructuras intermediarias.

Las actuales demandas indígenas se formulan en términos de autonomía interna, de autodeterminación y de descolonización interna. ya no piden participación sino que exigen del Estado (respaldándose en los avances de las normativas internacionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH) un nuevo trato que contemple la posibilidad de determinar ellos mismos cuáles serán los caminos a seguir en el futuro. El problema indígena ya no es únicamente un problema de tierra (si es que lo fue algún día), se ha transformado en un asunto de autonomía.⁷³⁹

⁷³⁶ INE. Instituto Nacional de Estadísticas. Síntesis de resultados del censo 2017. Pags 16-17. <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>

⁷³⁷ El caso emblemático fue la construcción por ENDESA de centrales hidroeléctricas en la cuenca del río Bío-Bío donde viven grupos Mapuche-Pewenche. Sobre este tema: Morales, Roberto y otros en: *Ralco. Modernidad o etnocidio en territorio mapuche*. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, 1998.

⁷³⁸ Ley 19.253, art. 8.

⁷³⁹ Véanse más informaciones sobre la legislación y política indígenas en Chile en los estudios siguientes: Aylwin, José. *Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena*, en Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde Diego (Comp.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1990, págs. 333-354; Bengoa, José. *Breve historia de la legislación indígena en Chile*. En *Anuario Indigenista*, vol. XXIX. México, Instituto Indigenista

Se desprende de lo dicho hasta acá que, si bien esta tesis tiene una visión crítica de la ley indígena y sus contenidos, no se puede dejar de reconocer, tampoco, que en esta norma el Estado hace importantes definiciones en relación al pueblo rapa nui:

- 1.- Reconoce como una de las principales etnias indígenas de Chile a la Rapa Nui o Pascuense;
- 2.- Reconoce que ésta posee sistemas de vida y organización histórica, idioma, formas de trabajo y manifestaciones culturales autóctonas⁷⁴⁰. Esto tiene particular significado para el pueblo Rapa Nui, quienes se ven y se siente diferentes a los otros pueblos indígenas de Chile, ellos son un grupo minoritario dentro del territorio del país que comparte lengua, costumbres, tradiciones, son habitantes, desde tiempos inmemoriales de su propia tierra, que es Te Pito o Te Henua, provienen de Hiva y comparten lengua, costumbres, tradiciones, con el resto de la polinesia. No existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, sólo con el Acuerdo de Voluntades con Chile, de 1888, se incorporaron al Estado de Chile y éste recién en 1966, con la ley 16.441, les otorgó la ciudadanía chilena⁷⁴¹.
- 3.- Establece que es un deber de la sociedad en general y del Estado en particular, respetar, proteger y promover el desarrollo de los pueblos indígenas, de su cultura, sus 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 ampliación⁷⁴². Esta es una tarea claramente pendiente del Estado de Chile, quien no ha sido capaz de cumplir con sus obligaciones internacionales con los pueblos indígenas y que sistemáticamente viola los derechos humanos de estos pueblos, particularmente su derecho humano a la propiedad, así lo ha declarado ya en innumerables pronunciamientos la CIDH y en reiteradas sentencias la Corte IDH.⁷⁴³
- 4.- Define en su artículo 12, cuales son tierras indígenas⁷⁴⁴.
- 5.- Define quienes son Rapa Nui; y
- 6.- Establece normas de protección para la tierra indígena en el artículo 13.

Una de las insuficiencias de esta ley, 19.253, es que sólo reconoce la propiedad indígena individual, que tiene como titulares a las personas naturales indígenas y la propiedad indígena comunal, que tiene como titular a la comunidad indígena definida en la misma ley⁷⁴⁵. No hay señas

Interamericano, 1990, págs. 17-57; González, Héctor. *Propiedad comunitaria o individual. Las leyes indígenas y el pueblo mapuche*. En *Nitram*, n° 2, año 3. Santiago, Centro Ecuménico Diego de Medellín, 1986, págs. 7-13; Jara, Álvaro. *Legislación indigenista en Chile*. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1956; Vergara, Jorge y otros. *La propiedad huilliche en la provincia de Valdivia*. Temuco, CONADI, 1996; Vives, Cristian. *Legislación sobre indígenas en Chile: integración o asimilación*. Santiago, Grupo de Investigaciones Agrarias, 1982.

⁷⁴⁰ Ley 19.253, art. 66 inc. 2°.

⁷⁴¹ Conversaciones del autor con don Marcelo Pont Hill, QEPD, miembro del Consejo de Ancianos Rapa Nui. Octubre 2010.

⁷⁴² Ley 19.253, art. 1° inc. 3°.

⁷⁴³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) caso Norin Catrیمان y otros v/s Chile..

⁷⁴⁴ Ley 19.253, art. 12.

⁷⁴⁵ Lillo, Rodrigo. *La legislación como aspecto de la relación intercultural*. En *Revista CUHSO*, volumen especial, Ediciones UC Temuco. Temuco. N°1 1999, págs. 40-48.

de un reconocimiento de la propiedad indígena sobre la base de la propiedad ancestral de el pueblo Rapa Nui.

Probablemente en el único artículo que se esboza el concepto de propiedad ancestral sea el n° 12 de la ley el que le hace guiños al Derecho Internacional, sin embargo, como veremos conserva su mirada occidentalizada del concepto de propiedad, ya que la inclusión del registro y de calificación por un órgano del Estado, CONADI, la desvirtúa. Los pueblos indígenas nunca han utilizado, por su propia voluntad, ese tipo de parámetros para determinar los límites de sus tierras y para justificar su propiedad. El título escrito, colorario de la propiedad privada era desconocido por los pueblos originarios.⁷⁴⁶

El artículo, en referencia, hace una clasificación de las tierras en cuatro grupos, las mencionadas en los números 1, 3 y 4 se refieren a aquellas que se encuentran amparadas por títulos que tiene su origen en la ley y en definitiva en el Estado y la mencionada en el numeral 2 que es lo que más se asemeja a la propiedad ancestral.

El numeral 1 del artículo en comento se refiere a las tierras que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los títulos: Títulos de comisario; títulos de merced; cesiones gratuitas de dominio⁷⁴⁷; aquellas ubicadas en la Octava, Novena y Décima Regiones que los beneficiarios indígenas de las leyes n° 15.020, y n° 16.640, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas. Ninguno de los títulos aquí mencionados (son las letras a), b), c) y e) del art. 12) dicen relación alguna con Rapa Nui. Sólo en la letra d), y por analogía, podríamos pensar que se incluye a los Rapa Nui, menciona "*Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas*"⁷⁴⁸.

El numeral 1 de este artículo contiene la frase "actualmente ocupan" que no hace otra cosa que desligar el carácter de tierra indígena aquellas tierras que habiendo sido indígena por alguna razón pasaron al patrimonio de no indígenas.

Esta norma es abiertamente contradictoria con la normativa y la jurisprudencia internacional analizada en el capítulo I de esta tesis, el principio jurídico de que el título de dominio de los pueblos indígenas es la propiedad ancestral, esto es, son tierras indígenas aquellas cuya posesión uso y goce ha estado por tiempos inmemoriales en manos de pueblos indígenas, independientemente que hoy no esté siendo ocupada por esos pueblos; no se respeta en esta expresión.

Del mismo modo este numeral contiene la frase "en propiedad o posesión", ¿a qué posesión se refiere, regular, irregular, útil, inútil?, todo indica que debe entenderse como posesión inscrita, por dos razones:

- a) La primera, porque si fuera la mera posesión material lo habría expresado así en la norma y,
- b) La segunda, en el momento de la dictación Internacional de los Derechos de los Pueblos 169 de la OIT, no existía la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas y tampoco existía la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la propiedad indígena, por lo que lo más probable es que el legislador pensó en la propiedad inscrita.

⁷⁴⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno*. en *Revista Ius et Praxis*, Talca Volumen 11 n°(1) 2005 cfr pág 273.

⁷⁴⁷ Todos según las leyes y decretos que señala taxativamente.

⁷⁴⁸ Ley 19.253, art. 12 letra d), da ejemplos, no es taxativo.

Cuestión que resulta lesiva para los derechos de los pueblos indígenas ya que restringe el acceso a su tierra a condiciones que en su momento y hoy resultaban imposibles para ellos; si no media la intervención del Estado: la posesión inscrita.

Refirámonos ahora al N° 2 de este artículo, que como dijimos es el que más se acerca al concepto de propiedad ancestral, la norma señala como tierra indígena a aquellas tierras que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades Mapuches, Aymaras, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameñas, Quechuas, Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea la misma ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

“...aquí si podríamos estar en presencia de tierras amparadas por un título indígena que se funda en la posesión, ocupación y uso que tradicional e históricamente han hecho de ellas los pueblos indígenas y que sería regido por la costumbre o derecho indígena”⁷⁴⁹

Este es el caso más abierto, no obstante ello nos parece que esta norma acepta varias críticas fuertes:

- a) La primera, es que igualmente, somete la calificación de tierra indígena al hecho de inscribirlas en el registro señalado y
- b) La segunda, al hecho que un órgano administrativo del Estado, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en adelante CONADI, puede denegar esta inscripción por resolución fundada⁷⁵⁰.
- c) La tercera, es que resulta casi imposible que un Rapa Nui acepte y entienda que alguna parte o porción de la Isla no sea tierra indígena, pues todas ancestralmente les pertenecen, y ellos son indígenas.
- d) La cuarta crítica es que, particularmente en el caso Rapa Nui, aparece en colisión con las normas y la jurisprudencia internacional sobre el tema el que se califique de indígena una tierra, no porque ésta ha estado en posesión por tiempos inmemoriales de un pueblo, sino que por el hecho de tener sus derechos inscritos en el Registro de Tierras Indígenas, y que la inscripción en este registro acredite dicha calidad⁷⁵¹.

El numeral N° 3, se refiere a aquellas tierras 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. Este numeral nuevamente condiciona el reconocimiento de la propiedad indígena a leyes del Estado y a la inscripción de la propiedad en un órgano administrativo del Estado, CONADI, y no al hecho de la ocupación histórica de tierras y territorios por los pueblos indígenas.

Finalmente el N° 4 se refiere a aquellas tierras que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. Este último numeral es el de más común aplicación en el caso del pueblo Rapa Nui, en virtud de las normas del DL 2.885, del que ya hicimos latamente la crítica y vimos su incompatibilidad con las normas de derecho internacional sobre propiedad indígena, por lo que nos remitimos a esos conceptos.

⁷⁴⁹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Talca Volumen 11 n°(1) 2005, cfr. pág 285.

⁷⁵⁰ Ley 19.253, art. 15 inc. 1° parte final.

⁷⁵¹ Ley 19.253, art. 15 inc. 1°.

En relación al punto quinto, determina quienes pertenecen al pueblo Rapa Nui, esto es de suma importancia ya que eso permitirá saber quiénes tiene derecho a la propiedad sobre tierras indígenas. Para ello el artículo 66 da una regla especial estableciendo que: “Son Rapa Nui o cumplan con los requisitos exigidos por las letras a) o b) del artículo 2^o”⁷⁵².

En relación al punto sexto, esto es, la protección de las tierras indígenas, lo primero que es necesario precisar es que en Rapa Nui se da una situación muy particular, por tratarse de una ínsula, todo el territorio de Isla de Pascua o es tierra indígena en los términos de la ley o es terreno fiscal. Las dos únicas salvedades son: el caso de la Sucesión de don Ricardo Álvarez⁷⁵³ y los terrenos donde se emplaza el Hotel Hanga Roa que actualmente está en manos de la Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A, luego de que Hugo Salas Román⁷⁵⁴ lo aportara en 1991, en dominio a la misma⁷⁵⁵.

Este último caso, representa una clara vulneración de la propiedad ancestral en Rapa Nui, la Corte Suprema, en casación, de juicio reivindicatorio seguido por este autor en representación de doña Diana Eliana Hito Hito en contra del Hotel Hanga Roa, privilegia el título inscrito, por sobre cualquier acto de posesión y de uso y goce de la tierra de, en el caso, una familia Rapa Nui, es decir, descarta categóricamente la propiedad ancestral como título de dominio de este pueblo indígena. Y no aplica la normativa del Convenio 169 de la OIT, ni la jurisprudencia de la Corte IDH que desde el año 2001 venía reconociendo la propiedad ancestral en casos análogos. Así este alto tribunal resuelve:

“Que, sobre la base de los hechos descritos en el motivo anterior, los jueces del fondo decidieron rechazar la demanda reivindicatoria, teniendo especialmente presente que la demandante no acreditó el dominio sobre el inmueble sustento de su demanda y que, por el contrario, el demandado si lo hizo; y que el predio reivindicado no es singular. Se agrega a lo anterior el hecho que la actora no acreditó ser heredera de su madre Ana ni de su abuela María, ni la existencia de algún vicio de voluntad que determinara la nulidad de la cesión de derechos eventuales efectuada por doña Verónica Atamu en el año 1970; y que las tierras reivindicadas no son indígenas y por ende no quedan sujetas al sistema de protección especial de éstas”⁷⁵⁶.

Es el artículo 13 de la ley, el que establece varias formas de protección de la tierra indígena, una de ellas es limitar su enajenación tanto en sentido amplio como estricto.

⁷⁵² Ley 19.253, art. 66 inc. 1°.

⁷⁵³ Ricardo Álvarez, recibió del fisco de Chile en tiempos de la dictadura militar por aplicación del DL 1939 un terreno inferior a los 1000 metros cuadrados en el sector de Mataverí. Oficina de Bienes Nacionales de Isla de Pascua.

⁷⁵⁴ Empresario Hotelero de la 4° Región tuvo complejos turísticos en la ciudad de Vicuña y el Hotel Hanga Roa en Isla de Pascua. Falleció en junio de 2008 a la edad de 79 años. Información entregada al autor por don Marcelo Pont Hill (qepd), miembro del Consejo de Ancianos de Rapa Nui en 2012.

⁷⁵⁵ Una brevísima síntesis: Salas Román compra a CORFO en el año 1981, y CORFO a su vez lo adquiere del Fisco de Chile en el año 1970. Este tesista, en representación de doña Diana Eliana Hito Hito, hija de doña Ana Hito Tepihe y nieta de doña María Mere Tepihe, dueña del predio, inició juicio reivindicatorio contra la Sociedad Hotelera, en causa Rol n° 2606 seguida ante el Tribunal de Letras y Garantía de Isla de Pascua, fallado en Casación por la Corte Suprema el año 2012, no dando lugar a la acción. Está pendiente el juicio reivindicatorio contra Corfo, causa Rol 2549 año 2007 caratulada Hito con Corfo.

⁷⁵⁶ Sentencia Corte Suprema de casación en el fondo, considerando tercero, causa Rol N° 9431-2011.

Establece que las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción⁷⁵⁷, sin embargo este principio acepta excepciones:

- la primera excepción es que pueden ser entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia;

- la segunda, es que se permite gravar las tierras de personas naturales indígenas a favor de terceros no indígenas, pero es necesaria la autorización de CONADI y de todas maneras el gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia⁷⁵⁸.

Las tierras indígenas tampoco pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración; las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años⁷⁵⁹, sea que se arriende, ceda en uso, goce o administración a una persona indígena o no. Nunca se podrá cuando los titulares de la propiedad son Comunidades Indígenas.

Cuando la norma habla de “*ceder en uso y ceder en goce*”, naturalmente que se refiere a los derechos reales de uso y de usufructo, por tanto en el inciso 3 habría restricción al inciso 1° del artículo que permite gravámenes entre personas indígenas de una misma etnia, pues si bien se permiten, no pueden serlo por un plazo superior a 5 años.

Excepcionalmente los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, y de los colaterales por consanguinidad en el segundo grado, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural⁷⁶⁰, sin plazo.

Pese a la gran protección que otorga, el mismo artículo 13 en el inciso 3° da la posibilidad, con la autorización de CONADI, de permutar las tierras indígenas por tierras de no indígenas, pero esta opción nunca nadie, en Rapa Nui no hay registros de ello, ha intentado ejercerla.⁷⁶¹ Este inciso es otra manifestación de que el Estado privilegia el derecho común por sobre el derecho de propiedad ancestral.

El comentado artículo 13 protege con la sanción de nulidad al señalar que “*Los actos y contratos celebrados en contravención al artículo 13 adolecerán de nulidad absoluta*”⁷⁶². Sanción que no parece suficiente ya que la nulidad absoluta se sana por el transcurso de 10 años y mientras no sea declarada judicialmente, el acto no es nulo sino que anulable, produciendo todos sus efectos⁷⁶³.

Además, no resulta coherente con lo que establece el inciso 1° del artículo 13, ya que si las tierras no se pueden ser adquiridas por prescripción, no resulta lógico que si se puedan adquirir transcurridos 10 años, porque se ha saneado la nulidad absoluta. Por lo razonado, creemos que respecto de los actos y contratos celebrados en contravención al artículo 13 la sanción debe ser la inexistencia.

⁷⁵⁷ Ley 19.253, art. 13 inc. 1°

⁷⁵⁸ Ley 19.253, art. 13 inc 1°

⁷⁵⁹ Ley 19.253, art. 13 incs. 1-3°

⁷⁶⁰ Ley 19.253, art. 17 inc. 4°.

⁷⁶¹ Conversaciones del tesista con el abogado de la oficina de CONADI en Isla de Pascua don Santiago Saavedra Ika, septiembre 2013.

⁷⁶² Ley 19.253, art 13 inc. final.

⁷⁶³ Código Civil artículo 1683.

Parece importante señalar que El artículo 69 inciso 3 del la ley en comento señala expresamente que *“las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense en virtud de textos legales anteriores a la presente ley, ... se considerarán tierras indígenas de aquéllas contempladas en el N° 4 del artículo 12 ...”*⁷⁶⁴. Otorgándole desde la perspectiva de este autor un efecto retroactivo a la protección del artículo 13.

3.- La frustrada consulta para modificar la ley 19.253.-

Si bien los acontecimientos del 18 de octubre de 2019 significaron entre otras cosas la suspensión de parte del gobierno de la consulta indígena, que se llevaba adelante para modificar la ley 19.253, no podemos dejar de referirnos a lo que sucede el 03 de abril de 2019 cuando se publicó en el Diario Oficial la Resolución Exenta N° 241 del Ministerio de Desarrollo Social que: “Inicia procedimiento administrativo y convoca a proceso de consulta que indica”. Esto porque los antecedentes iniciales dan cuenta de transformaciones a la ley que son a priori rechazadas por los pueblos indígenas⁷⁶⁵.

El proceso de consulta dice relación con la propuesta de modificación de la Ley 19.253, en el contexto de una serie de medidas propuestas por el Ejecutivo en el mal denominado “Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía”.

Dicho “Acuerdo” fue dado a conocer el 24 de septiembre de 2018 por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, acompañado del Ministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, considera un conjunto de medidas que buscan “alcanzar un desarrollo integral e inclusivo en la región, tomando en cuenta las diferencias culturales que la caracterizan”.

En primer lugar es necesario aclarar que no existe ningún acuerdo, ya que las propuestas presentadas no fueron el logro de un proceso de diálogo entre el Estado, y en el caso el pueblo mapuche, teniendo especialmente presente que este mal denominado acuerdo, no se han cumplido ninguno de los estándares internacionales referidos al derecho a la consulta previa, establecidos en el convenio 169 de la OIT.

Así, sin la existencia de ningún acuerdo se proponen un conjunto de medidas legislativas relativas a la modificación de la Ley 19.253, las que no sólo impactarían al pueblo mapuche sin que a todos los pueblos indígenas reconocidos en el art. 1 inciso 2 de la ley indígena y estas tienen directa relación con el sistema de protección de las tierras indígenas establecidas en dicha Ley, con la finalidad de “incentivar el desarrollo territorial indígena”, y para ello se rebaja el o los estándares de protección en la búsqueda de introducir las tierras indígenas en una lógica de mercado⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Ley 19.253, art. 69 inc. 3°.

⁷⁶⁵ Aylwin, José. Mayo 2019. La propuesta regresiva que hace el Gobierno hoy para reformar la Ley Indígena, no solo no respeta el derecho internacional aplicable a pueblos indígenas, como ya fuera señalado, sino que además demuestra una incapacidad total para escuchar las voces de dichos pueblos. Lejos de impulsar una diálogo en torno a sus demandas, el Gobierno intenta debilitar y flexibilizar aquello que a través de la ley del 93 se logró proteger: la propiedad de las tierras indígenas remanentes, luego de largos períodos de despojo. Es ello lo que explica el enorme rechazo que hasta ahora el proceso de consulta ha generado en los señalados pueblos a lo largo del país. En: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/05/30/la-reforma-a-la-ley-indigena-un-gobierno-que-no-respeta-ni-escucha/> consultada el 15 de septiembre de 2019.

⁷⁶⁶ Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía, pág. 14. En: <https://www.gob.cl/acuerdoporlaaraucania/> consultada el 13 de septiembre de 2019.

A continuación se revisará brevemente las medidas propuestas, y el artículo de la Ley 19.253 que busca ser modificada, y señalando desde la perspectiva del autor por qué dicha modificación implicaría una afectación a los derechos a las tierras y territorios de los pueblos indígenas:

a) Apoyados por instituciones públicas que promuevan el desarrollo territorial indígena y con las capacidades técnicas requeridas, o por asesores jurídicos expertos y acreditados, ampliar la posibilidad para que las comunidades puedan suscribir contratos de arriendo, mediería o aparcería, etc. en sus tierras indígenas sin que ésta deje de ser tales, tal como se permite hoy para las tierras individuales, aumentando el plazo máximo permitido. Para que el proceso tenga transparencia plena, los contratos se realizarán por escritura pública, el notario deberá enviar copia para registro en la Conadi y posteriormente la posibilidad que el(los) dueño(s) del terreno de(n) término anticipado al contrato en un plazo fijo después de su publicación.

Esta medida busca modificar el artículo 13 de la Ley 19.253, que es la norma que establece la importancia del reconocimiento de las tierras indígenas y su protección en los siguientes términos: “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.”

Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años.” [...] La materia especialmente propuesta para modificación sería la del inciso 2° de dicho artículo, que establece la prohibición de arriendo de tierras indígenas comunitarias y de personas naturales indígenas sólo por cinco años.

Así se somete a consulta el eliminar la limitante de que las tierras indígenas comunitarias puedan ser arrendadas a particulares y extender el plazo de cinco años que actualmente consagra la Ley, para el arriendo de tierras de personas naturales indígenas.

b) Permitir a las comunidades titulares de tierras que pueden dividir total o parcialmente el título común y generar títulos individuales de dominio para los miembros de la comunidad, siempre y cuando exista mayoría absoluta para ello. En aplicación de lo anterior, las comunidades podrán mantener una parte del inmueble bajo propiedad comunitaria si así lo estiman conveniente.

Una materia que ha sido determinante para mantener la integridad territorial de las tierras de las comunidades indígenas, ya sean aquellas provenientes desde los títulos establecidos en el artículo 12 es la indivisibilidad de éstas, salvo en casos específicos su subdivisión autorizada judicialmente con un límite mínimo de división de tres hectáreas, según lo establece el artículo 17 de la Ley 19.253: “Las tierras resultantes de la división de las reservas y liquidación de las comunidades de conformidad al decreto ley N° 2.568, de 1979, y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles aun en el caso de sucesión por causa de muerte.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, se podrán dividir y enajenar para la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos, debiendo contar para ello con la autorización del Director Nacional de la Corporación.

Existiendo motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a tres hectáreas, el Juez previo informe favorable de la Corporación, podrá autorizar la subdivisión por

resolución fundada. De la resolución que deniegue la subdivisión podrá apelarse ante el tribunal superior aplicando el procedimiento del artículo 56 de esta ley.”

La medida propuesta va en contra del principio de integridad territorial y de propiedad comunitaria, y lo que buscaría es introducir y facilitar las instancias de inversión privada en tierras indígenas, lo que resulta por lo menos peligroso para el resguardo de las visiones culturales indígenas sobre la tierra y su uso.

c) Disminuir el plazo de la prohibición de enajenación entre indígenas de tierras adquiridas con fondos de la Conadi, actualmente establecido en 25 años.

El Fondo de Tierras y Aguas de CONADI ha intentado, ineficientemente desde mi mirada, dar respuesta a la reivindicación territorial esencialmente del Pueblo Mapuche. Es desde esta perspectiva que el legislador consagró una herramienta para asegurar el uso comunitario de dichas tierras mediante su sustracción del mercado con el establecimiento de una cláusula que prohíbe su enajenación por un plazo de 25 años, estableciéndolo el artículo 22 de la Ley Indígena que señala: “Las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13.

No obstante la Corporación, por resolución del Director que deberá insertarse en el instrumento respectivo, podrá autorizar la enajenación de estas tierras o derechos de aguas previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido, actualizado conforme al Índice de Precios al Consumidor. La contravención de esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto o contrato.”

La modificación propuesta sobre la materia, va en contra del derecho internacional aplicable en Chile, concretamente el convenio 169 de la OIT aprobado por Chile, ya que rompe con la obligación del estado de proteger las tierras indígenas aún que estas hayan sido adquiridas por el Estado para responder a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas, la idea de incorporar dichas tierras al mercado para facilitar la inversión privada en ellas, no se corresponde con las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas.

d) Clarificar las reglas aplicables a la permuta de tierras indígenas por personas no indígenas con especial foco en tierras que se encuentran en áreas de expansión urbana, manteniendo al menos la misma cantidad de hectáreas básicas del terreno indígena a permutar y un tope máximo de 50% del valor de la transacción en dinero. Para ello se elaborará un reglamento en reemplazo del actual Instructivo de Conadi que regula la autorización de permutas.

Imperfectamente desde nuestra mirada, pero no por ello importante ha sido la protección de las tierras indígenas expresada especialmente en el art. 13 de la ley 19.253, señala el citado artículo: “por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”.

La excepción a esta norma se relaciona con la posibilidad de permuta cuando se señala en dice relación con la procedencia de la permuta en los siguientes términos del art 13 inciso 3: “... En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas,

de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras”.

La modificación que se propone busca facilitar la materialización de permutas en “áreas de expansión urbana”, permitiendo que hasta el 50% de la permuta sea materializada en dinero, es decir, una pura y simple compraventa respecto de hasta el 50 %.

Dicha situación es de especial preocupación, dado que en muchos casos los límites urbanos han sido definidos, y en su gran mayoría ampliados, sin la participación de las comunidades mapuche, por lo cual sus tierras estarían afectas a esta figura propuesta por el Ejecutivo, implicando una seria amenaza para la integridad territorial de dichas comunidades y respondiendo solamente al interés de la industria inmobiliaria sobre dichos predios, que actualmente poseen un grado de protección por ser indígenas.

e) Permitir que las asociaciones indígenas puedan postular al Fondo de Desarrollo Indígena. Lo que parece ser una adecuada medida.

f) Articular fondos públicos con gestión privada y levantamiento de capitales a través de fondos de inversión privados para realizar proyectos en tierras indígenas en que sus propietarios deseen realizarlos mediante asociatividad, respetando el entendimiento mutuo entre inversionistas y habitantes del territorio.

Se pretende introducir las tierras indígenas al mercado inmobiliario mediante el incentivo de instalación de proyectos de inversión en dichas tierras, a través del modelo de la asociatividad.

Es fundamental evaluar los impactos que podrían generar dichos proyectos al modo de vida de las comunidades indígenas propietarias de las tierras, así como el impacto a las demás comunidades vecinas a los territorios en los que el proyecto se emplacen. Sin olvidar que el modelo de desarrollo de las tierras indígenas es un derecho de los pueblos indígenas de acuerdo a lo que se establece en el convenio 169 de la OIT

f) Evaluar el rol que podría tener la empresa del Estado Intermediación Financiera S.A. (Infisa)⁷⁶⁷ cuya creación se está discutiendo en el Congreso Nacional, que administrará las garantías a las Pymes que hoy están en manos de CORFO y su aplicabilidad a las garantías para inversiones en tierras indígenas.

Esta propuesta de modificación es bastante difusa ya que la empresa aún no existe y se parece mucho a la modificación de la letra e) en el sentido de que apunta a facilitar la instalación de proyectos de inversión en tierras indígenas; lo que en general y dada la trágica experiencia de siglos, más bien genera desconfianza.

⁷⁶⁷ Se está discutiendo en el Senado la creación de una nueva empresa del Estado, Intermediación Financiera S.A. (INFISA), continuadora legal de la Sociedad Agrícola (SACOR) de CORFO. La iniciativa aspira a proveer, financiar y gestionar programas de cobertura de financiamiento crediticio a través de una sociedad anónima estatal regida por las mismas normas financieras, contables y tributarias que las sociedades anónimas abiertas, mejorando los estándares de gestión de riesgo, de regulación y supervisión, y de gobierno corporativo. Mediante esta iniciativa se pretende solucionar los principales obstáculos que enfrentan las empresas, en especial las de menor tamaño y los emprendedores. El acceso a crédito, así como las condiciones en que se accede a él, pueden ser factores claves para determinar tanto la supervivencia de las empresas como su desarrollo y crecimiento.

f) Clarificar el tratamiento tributario de los ingresos que reciben las comunidades indígenas para assimilarlos al tratamiento tributario de las asociaciones indígenas cuando son realizados en tierras indígenas.

Podría ser una adecuada medida, siempre que las organizaciones indígenas lo establezcan así. No obstante ello, en el caso del pueblo Rapa Nui es diferente ya que existe, de acuerdo a lo que establece el artículo 41 de la ley 16.441⁷⁶⁸ una amplísima exención tributaria en la comuna y provincia de Isla de Pascua.

g) Mejorar la cobertura y articulación de la oferta pública de subsidios para fomentar la productividad de las tierras indígenas, entre ellas los concursos de los fondos de Desarrollo Indígena y de Tierras y Aguas de la CONADI, Programa de Desarrollo Territorial Indígena PDTI de Instituto Nacional de desarrollo agropecuario INDAP⁷⁶⁹ y programas de desarrollo y fomento indígena de CORFO.

Podría ser importante esta modificación, siempre y cuando dichas políticas públicas sean culturalmente pertinentes con las definiciones productivas de los propios pueblos indígenas y no se conviertan en imposiciones de modelos productivos definidos bajo una lógica neoliberal.

h) Mejorar el procedimiento de autorización de la CONADI para la constitución de gravámenes sobre tierras indígenas.

Ya nos hemos referido a la forma como la Ley 19.253 busca proteger las tierras indígenas mediante la prohibición que señala el artículo 13 de la misma. Sin embargo, la modificación que se propone dice relación con la forma cómo CONADI autoriza la constitución de gravámenes como: servidumbres, hipotecas, usufructos. Según nuestro parecer esa autorización debería seguir siendo excepcional, ya que de rebajarse los estándares se producirá una desprotección de las tierras indígenas, lo que ayudaría a la proliferación de proyectos de inversión de particulares no indígenas en tierras indígenas.

Por lo que, las medidas enunciadas que serán objeto de la consulta, son regresivas respecto del estándar de protección de las tierras indígenas reconocido por la Ley 19.253, además de ser contrario al estándar de protección de las tierras indígenas reconocido por el derecho internacional, el que reconoce que los pueblos indígenas tienen una relación especial con sus tierras y territorios,

Las medidas propuestas en este supuesto “Acuerdo”, relativas a la división de tierras comunitarias, así como la de constitución de gravámenes sobre tierras indígenas, desconocen que los pueblos indígenas tienen formas de posesión de la tierra comunitarias, diferentes de la propiedad individual.

⁷⁶⁸ Artículo 41° Los bienes situados en el departamento de Isla de Pascua y las rentas que provengan de ellos o de actividades desarrolladas en él, estarán exentos de toda clase de impuestos o contribuciones, incluso la contribución territorial, y de los demás gravámenes que establezca la legislación actual o futura.

De igual exención gozarán los actos o contratos que se ejecuten o celebren en el departamento de Isla de Pascua por personas domiciliadas en él respecto de actividades o bienes que digan relación con ese mismo territorio.

⁷⁶⁹ El Programa de Desarrollo Territorial Indígena INDAP-CONADI, PDTI, está orientado a fortalecer las distintas estrategias de la economía de los pueblos originarios, comprendiendo a sus familias, las comunidades o cualquier otra forma de organización, en base a las actividades silvoagropecuarias y conexas, de acuerdo a su propia visión de desarrollo.

La forma como se trasmite la propiedad indígena también es diferente ya que lo preferentemente está determinada por la costumbre, la que no considera la enajenación de las mismas a terceros.

La imposición de la propiedad individual por parte de los Estados, así como la presión de los Estados para hacer posible la transferencia de las tierras indígenas a terceros, lesiona el derecho de propiedad indígena. El Convenio 169 establece al respecto la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas "...siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad" (artículo 17.2).

Al respecto, los órganos de control de la OIT han expresado su preocupación en los casos en los que las tierras colectivas se convierten en propiedades individuales. En relación a ello, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha señalado que:

La experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad⁷⁷⁰.

Las medidas legislativas que se consultarán se contraponen a la obligación del Estado de abstenerse de realizar actos contrarios a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, esto por la importancia que los derechos territoriales de los pueblos indígenas tienen para su sobrevivencia material y cultural.

Por lo analizado, los anuncios del Presidente de la República resultan preocupantes ya que constituyen en si mismos una amenaza a la protección que la ley actual otorga a las tierras indígenas, hasta ahora reconocidas por el Estado, y un abierto incentivo para la incorporación de dichas tierras al mercado, para la expansión de la actividad productiva y eventualmente extractiva de privados en ellas.

Esperamos que la consulta cumpla con el imperativo de la buena fe y que se escuche la voz de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta a la que han llamado, teniendo siempre presente que es una obligación para el Estado respetar lo que se establece en el art.6 N° 2 del Convenio 169 de la OIT.

"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."

Si no fuere así, el Estado de Chile nuevamente estará incumpliendo sus obligaciones con el derecho internacional y vulnerando los artículos 2 N° 1 y 7 n° 1 del Convenio 169 de la OIT que respectivamente disponen:

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

⁷⁷⁰ Organización Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 273.^a reunión, noviembre de 1998. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Perú, GB.273/14/4, párr. 26.

“ El derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.”

CONCLUSIONES

El tema de la propiedad indígena, propiedad ancestral, es un tema esencialmente de derechos humanos de los pueblos indígenas, entre otras razones porque el derecho a la tierra no es sólo una preocupación referida al de derecho de propiedad, sino esencialmente una manifestación cultural de los pueblos que los vincula a la tierra como un elemento esencial de carácter material y espiritual, que entre otras cosas les permite preservar su legado histórico, cultural y transmitirlo a la nuevas generaciones. Es por ello que los pueblos indígenas tienen formas de vida diferentes al hombre blanco, en algunos casos, únicas, su cosmovisión se basa en su relación estrecha con la tierra. Las tierras que tradicionalmente han usado y ocupado son un factor fundamental de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con su territorio y su tierra se expresa de distintas maneras, puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal. La razón de lo anterior reside en que el concepto de tierra para los pueblos indígenas está en directa relación con los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se ha desarrollado su historia, conocimientos, prácticas de sustento económico y manifestaciones de fe en sus divinidades.

El Convenio 169 de la OIT recoge esta última idea, que para los pueblos indígenas el territorio tiene un significado espiritual, sagrado con una dimensión más amplia que una mera relación económica o productiva. Y lo refleja en los diversos artículos, que ya fueron objetos de revisión por el autor, y que protegen el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas, desde la perspectiva de cómo éstos entienden la propiedad.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fortalece esta posición al establecer en varias normas, como son el derecho de estos pueblos 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...".

Lo mismo hace la Declaración Americana de los Derechos de los pueblos indígenas al señalar:

"1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido".

Existe una importante diferencia en la concepción de la propiedad, en su expresión que llamaremos clásica o propia del mal llamado hombre blanco, que posee un claro contenido individual, con la concepción del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas que tiene una dimensión colectiva. Esto significa que respecto de la propiedad la titularidad del derecho es grupal y comunitario, no se centra en el individuo sino en el conjunto de quienes integran el pueblo o la comunidad.

La propiedad ancestral se funda en que los pueblos indígenas han estado en posesión de la tierra y sus territorios por tiempos inmemoriales y ese es el título jurídico que debería bastar para que

los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento del Estado de su propiedad y el respectivo registro.

Otra conclusión que se obtiene de esta investigación es que, cuando el convenio 169 de la OIT habla de tierra es inclusivo, de la totalidad del territorio donde los pueblos indígenas han vivido o utilizado para su supervivencia, incluye bosques, ríos, montañas, mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo.

Reconoce el derecho de los pueblos indígenas “(...) 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”.

Reconoce el derecho de propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos. Establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones.

Por otra parte, tanto la Corte IDH, como la CIDH, para reconocer el derecho a la propiedad ancestral, utilizan las reglas de interpretación de los tratados establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes internas del Estado o de acuerdo a otra convención en que sea parte el Estado. Y ha interpretado el artículo 21 de la CADH, a la luz de los normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son el convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, que lleva a concluir que la propiedad privada de los particulares, como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la CADH. Esta interpretación es una expresión del principio de interpretación integral del derecho internacional; un principio de lógica y coherencia propio del derecho de los derechos humanos, que de este modo tiende a mantener la unidad y congruencia del sistema jurídico.

A partir de la sentencia en caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni la Corte IDH realizó una interpretación nueva del derecho de propiedad, pasando de una concepción de ese derecho exclusivamente individual, a una concepción del derecho de propiedad como un derecho colectivo, todo esto sobre la base de lo que son las formas culturales indígenas. Para llegar a esta conclusión lo que hace es concordar los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que en resumen señalan el deber de los Estados de hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención; con el artículo 21 de la misma que establece el derecho de propiedad. Así señala la Corte IDH que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a esta 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 los 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”.

Por su parte la CIDH interpreta de forma amplia el derecho de propiedad, de modo que da cabida a las formas de propiedad indígena de carácter comunitario, esta forma de interpretación del derecho de propiedad supera una mirada individual del derecho de propiedad, considera que este derecho no sólo tiene elementos económicos sino esencialmente culturales y tiene su fundamento en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

En relación a las normas de nuestra Constitución Política, la existencia en ella de la noción de función social de la propiedad, permite sostener que ésta ha sido reconocida no sólo como un bien de interés individual sino también de interés colectivo, en beneficio de la comunidad; es desde esta perspectiva que nos parece posible abordar la propiedad ancestral, vinculada al reconocimiento del derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 numeral 24 de la CPR.

Adicionalmente respecto de la Constitución y los tratados se puede señalar que desde la reforma del 2005 a la CPR la primacía del tratado por sobre la ley es hoy aceptada por la doctrina. Ya antes de la reforma el criterio prevaleciente en la jurisprudencia era que predominaba el tratado respecto de la ley aunque ésta fuere posterior. Nota aparte requieren los tratados sobre derechos humanos, si bien no existe unanimidad el criterio preponderante es que estos tienen rango constitucional, por expresa disposición del artículo 5 inciso 2 de la CPR, por lo que estos tratados de derechos humanos tienen una jerarquía mayor que los demás tratados internacionales.

La propia Constitución ha resuelto los conflictos suscitados entre un tratado y un ley posterior después de la reforma constitucional de 2005, ya que en el artículo 54 de la misma se señala que las disposiciones de un tratado "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional. En este mismo sentido el artículo 27 de la Convención de Viena, de 1969, sobre el derecho de los Tratados establecen que no es posible a un Estado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Cuestión que en términos concreto es lo que hace el Estado Chileno a través de sus instituciones para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales.

No obstante lo recién señalado, no existe un régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral, la legislación ha hecho primar en su regulación el derecho común. El derecho chileno no reconoce el título indígena, cuya fuente es la ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios.

La ley indígena, 19.253, sólo reconoce la propiedad indígena individual que tiene como titulares a las personas naturales indígenas y la propiedad indígena comunal que tiene como titular a la comunidad indígena definida en la misma ley. No obstante ello esta ley constituye un primer paso en el reconocimiento, respeto y protección de los pueblos indígenas de Chile y sus tierras. En el caso de Rapa Nui, la asimilación con las etnias o indígenas de Chile es errática, el pueblo Rapa Nui tiene otra historia, otro origen.

La aplicación de la ley 19.253 está llena de vacíos. Su articulado general no es armónico con las disposiciones del derecho internacional y con las resoluciones de la Corte IDH, generándose los mayores problemas en lo relacionado con la propiedad de la tierra y de los territorios.

La ley indígena no reconoce el título indígena, (ya hemos señalado que esencialmente éste se funda en el uso histórico de la tierra y su ocupación) ya que el artículo 12 de ella, ha hecho primar el derecho civil en la regulación de la propiedad de la tierra, aún que podríamos decir que indirectamente en el numeral 2 podría haber un esbozo, muy tímido, de propiedad ancestral. Pero este artículo puso barreras a este título, primero exigiendo una posesión actual, real y efectiva,

cuestión que no da cuenta del hecho que los pueblos indígenas en Chile han perdido sus tierras y territorios a lo largo de la historia y en segundo lugar, exigiendo una posesión inscrita lo que constituye un elemento ajeno a la costumbre indígena.

Esta ley solo reconoce la propiedad indígena individual que, como ya se analizó, es una verdadera contradicción con la concepción comunitaria de la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas;

El reconocimiento que otorga la ley 19.253, sobre la propiedad de la tierra para los pueblos indígenas, está muy por debajo de los estándares establecidos en los instrumentos que le son aplicables, entre ellos el convenio 169 de la OIT; también es inferior a aquel contenido en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de América latina.

Esta normativa, en general no hace otra cosa que dar cuenta que Chile es uno de los pocos países de América Latina que no cuenta con un reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en su Constitución Política y ello, naturalmente, se refleja en sus leyes⁷⁷¹.

En relación al pueblo Rapa Nui, desde sus orígenes éste se organizó política, administrativa y jurídicamente. Su territorio es la tierra de Te Pito o Te Henua desde los primeros años de la era cristiana. Con el Acuerdo de Voluntades no hay anexión ni toma de posesión de Chile, lo que hay es un acuerdo de entregar la soberanía a Chile, lo cual no implicó una renuncia de sus derechos sobre las tierras ancestrales o una cesión de éstos. Los Jefes conservaban los títulos de que estaban investidos y al ser esto reconocido en el mismo Acuerdo, significa que se debe respetar su organización, el sistema de jefatura, su forma de administrar justicia y sus costumbres, cuestión que no sucedió, ni ha sucedido.

El Estado de Chile al inscribir la totalidad del territorio de Isla de Pascua como su propiedad el año 1933 desconoce: la calidad de dueños y señores de sus territorios a los Rapa Nui. Adicionalmente la inscripción adolece de vicios legales porque contraviene el derecho a la propiedad consagrado en la Constitución de 1925, vulnera el propio artículo 590 del Código Civil en que se funda y la referencia a la ocupación es errada tanto en lo que dice relación al derecho civil, como al derecho de gentes.

El Decreto Ley 2.885 de 1979 introduce en Rapa Nui el título de dominio llevando a muchos Rapa Nui a desconocer su propia concepción de la propiedad de la tierra y creando una dualidad de regímenes (el del título de dominio y el de la posesión real e histórica), enfrentándolos entre sí.

El Convenio 169 de OIT, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígena, las resoluciones de la Corte IDH, los pronunciamientos de la CIDH constituyen hoy las herramientas de participación, defensa de la identidad cultural y protección de territorios a las cuales deben recurrir los pueblos, comunidades y asociaciones de comunidades indígenas.

El Estado chileno debe saldar la deuda histórica y cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, que tiene con los pueblos indígenas, entre ellos el pueblo Rapa

⁷⁷¹ Aylwin, José. Presentado al seminario de expertos de la ONU sobre implementación de Legislación y Jurisprudencia a nivel nacional relativa a los derechos de los Pueblos Indígenas, 12-14 oct 2005. En :Documento de trabajo N°3 Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ediciones Observatorio ciudadano. Temuco cfr. pág 3.

Nui, reconociendo la propiedad ancestral y aplicando la normativa internacional y las resoluciones de la Corte IDH y en una necesaria adecuación de sus leyes.

Para definitivamente concluir en que es posible, que el Estado de Chile y sus instituciones, entre ellas nuestros tribunales de justicia, con una aplicación e interpretación, sobre la base de las normas y de la jurisprudencia del derecho internacional, del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente su artículo 21, la Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, la ley 16.441 y 19.253, comiencen a declarar que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de acreditar el dominio y la posesión de la tierra y que como producto de la costumbre y el derecho propio, la posesión de la tierra basta para que las comunidades indígenas que carezcan de un título inscrito sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

El Estado tienen una deuda con los pueblos indígenas, ya que incumple con el deber de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades y no adopta las medidas eficientes para el logro de los fines de protección de las tierras indígenas, de su adecuada explotación y del reconocimiento y titulación de éstas a los pueblos originarios que las reclaman como propias. Cuestión que es evidente en el caso del pueblo Rapa Nui que desde el siglo V después de Cristo vive y habita en Isla de Pascua, Rapa Nui.

La ley Pascua 16.441, y el DL 2885, dado en el momento histórico en que son promulgadas 1966 la primera y 1979 la segunda, y el estado de avance que tiene el derecho internacional en materias de derechos indígenas, no hacen otra cosa que ratificar la visión de un estado dominador, asistencialista, "protector" e integracionista a un modelo social, económico y cultural, al cual el pueblo Rapa Nui no desea pertenecer.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

I LIBROS

Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pág.163 y ss.

Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comp). *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Editorial Universidad Bolivariana, Santiago, 2009, cfr. pág 184.

Aguas, Javier y Nahuelpan, Héctor. *Los límites del reconocimiento indígena en Chile Neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche*. CUHSO • Cultura-Hombre-Sociedad, 2019, págs. 108-130.

Aguilar, Gonzalo, *Dinámica Internacional de la cuestión indígena*. Ediciones Librotecnia, Santiago, 1º edición, 2007.

Aguilar, Gonzalo. *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar. El rol del diálogo judicial en la construcción de un derecho común de los derechos humanos*. Librotecnia. Santiago. 2014, Págs. 191-246.

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de los derechos reales*. Tomo I. Bienes. 6ª ed., Chile, Temis, 2001.

Anaya, S. James. *Los pueblos Indígenas en el derecho Internacional*. Edición Trotta en coedición con la Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.

Anaya, S. James. *Informe del relator Especial de naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Observaciones sobre la situación de los derechos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales. Asamblea general Naciones Unidas, 2011.

Anaya, James. *Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Ediciones Trotta, Madrid. 2005 págs. 40-48.

Arteaga, Ana; Bustamante, Minda; de León, José; Talavera, María; Zea, Elizabeth. *Políticas públicas e institucionalización de intereses indígenas*. Proyecto PARTICIPA Fundación Konrad Adenauer (KAS) – Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) La Paz. 2015. Cfr. págs. 39 a 54.

Aylwin, José; Meza-Lopehandia y Yáñez, Nancy. *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*, Lom Ediciones/Observatorio ciudadano, 1º edición, Santiago, 2013.

Aylwin, José; Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga. *Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo intercultural y sostenible*, Editorial Catarata, Madrid, 2010.

Aylwin, José; Carmona, Cristóbal; Silva, Hernando; Yáñez, Nancy, *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Documento de Trabajo N° 10. Programa de

- Derechos de los Pueblos Indígenas. Observatorio Ciudadano, Matías Meza-Lopehandía (Editor), 2ª edición, Temuco, 2009.
- Aylwin, José y Tamburini, Leonardo. *Convenio 169 de la OIT Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, IWGIA, Copenhague, 2014, págs 46-51.
- Aylwin, José. *Derechos territoriales de Pueblos Indígenas en América Latina: Situación jurídica y políticas públicas*. En García, J. coord., *Derecho Constitucional Indígena*. Con Texto Libros, Resistencia, Argentina, 2012.
- Aylwin, J. (Coord.) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de derechos indígenas*. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad La Frontera. 1era edición. Lom Ediciones. Santiago. 2003. Cfr pág 134-135.
- Barros, Alonso. *La Declaración práctica. Ius et praxis de los pueblos indígenas en el norte de Chile*. Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo Arqueológico. R. P. Gustavo Le Paige s. j. (IIAM), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006.
- Baztán, Angel, *Diccionario temático de antropología*, Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona, 1993.
- Barreondo, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- Barreondo, Mikel, *Pueblos Indígenas ante la aplicación de los Derechos Humanos*, CICAME y CDES, Quito, 2005.
- Bello, Andrés. Mensaje Código Civil. Bello, Andrés. Repertorio americano: Textos escogidos. Iván Jaksic (editor), Penguin Random House, 2019.
- Bengoa, José. *Breve historia de la legislación indígena en Chile*. En *Anuario Indigenista*, vol. XXIX. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1990, págs. 17-57.
- Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*. Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, Santiago, 2000.
- Bidart, Germán. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Ediar, Buenos Aires, 1999, págs. 84, 362.
- Blanco, Cristina (coordinadora). *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del primer conversatorio en jurisprudencia interamericana*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de democracia y derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung. 2017, cfr. págs. 13-17.
- Brahm, Enrique. *Propiedad sin libertad. Chile 1925-1973*. Santiago, 1999. Cfr. pág. 261
- Boaventura de Sousa Santos. *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. CENDA, Santa Cruz, 2007. Cfr. págs 9-35.

Boaventura de Sousa Santos (Coord.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito, Abya-Yala, 2012.

Boaventura de Sousa Santos. *De lo posmoderno a lo poscolonial más allá del uno y del otro*. En *Teoría crítica a una crítica plural de la modernidad* (coordinado por Oliver Kozlarek), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, págs. 79-106.

Boaventura de Sousa Santos. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. En: Boaventura de Sousa Santos Agustín Grijalva Jiménez (Editores) en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Ediciones Abya Yala Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012. Cfr. págs 17-22.

Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo o positivismo jurídico*, Editorial Trotta, 2018, págs. 80-93.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo Jurídico*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2015, págs. 30-38.

Cabedo, Vicente, *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Icaria editorial, Barcelona, 2012.

Caandado, Antônio. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano*. Memoria del seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I, 2ª. Edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003.

Calí, José, *Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación*. En Aylwin y Tamburini (editores), *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Grupo Internacional de Trabajo sobre asuntos indígenas IWGIA, 2014, págs. 1-186, cfr. págs. 33-35.

Carrasco, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución de 1833*. Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874.

Carmona, Cristóbal. *Pueblos indígenas y la tolerancia occidental. Los derechos humanos como forma sublimada de asimilación*. En *Polis Revista Latinoamericana*, N° 23, 2009.

Carmona, Cristóbal. *Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, Santiago, 2015, Págs. 975-1001.

Carpio, Jaime. *Los Nuevos Paradigmas de Desarrollo en América Latina. El Sumak Kawsay en Ecuador*. Universidad de Alicante 2015. Cfr. 143-198

Castillo, Eduardo. *Pueblos indígenas: normas constitucionales y derecho internacional*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Temuco, 1990, págs. 38 - 41.

Cea, José Luis. *Derecho Constitucional chileno Tomo II*. Ediciones UC de Chile. 2012, Cfr. págs. 563-580.

Cristino, Claudio y Fuentes, Miguel (Editores). *La Compañía Explotadora de Isla de Pascua - Patrimonio, memoria e Identidad en Rapa Nui*. Ediciones Escaparate 2011. cfr págs 186-187.

- Cristino, Claudio. *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*. Instituto de Estudios Isla de Pascua, Universidad de Chile. Septiembre, 1984.
- Colque, Gonzalo (Director). *Informe 2010 Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia Entre la Loma Santa y la Pachamama*. Editor: Fundación TIERRA, La Paz Bolivia. Cfr. págs. 9 a 16.
- Cuesta-Caza, Javier y Góngora-Almeida, Steevens. *Sumak Kawsay en el Ecuador: Un Paradigma Alternativo al Desarrollo*. En *Revista Sarance*, N° 35, Otavalo, Ecuador, 2016. cfr 47-6.
- Centro de Derechos Humanos, *Informe Anual Derechos Humanos en Chile 2012*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.
- CEPAL. *Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago, 2014. Cfr. Págs 56-63.
- Chávez León, Marxa Nadia. *Autonomías Indígenas y Estado Plurinacional. Proyectos políticos de los movimientos indígenas y campesinos en Bolivia*. En Observatorio Social de América latina, año IX, N° 24, 2008, págs. 51-71.
- Chumbita, Hugo. *Patria y Revolución: la corriente nacionalista de izquierda*. Publicado en *El pensamiento alternativo en la Argentina del siglo XX*, tomo II (comp. Hugo Biagini y Arturo Andres Roig), Buenos Aires, Biblos, 2006.
- Cristino, Claudio; Recasens, Andrés; Vargas, Patricia; González, Lilian y Edwards, Edmundo, *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*. Instituto de Estudios Isla de Pascua, Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile, 1984.
- Cristino, Claudio; Miguel, Fuentes (Editores), *La Compañía Explotadora de Isla de Pascua. Patrimonio, Memoria e identidad en Rapa Nui*, Escaparate Ediciones, Santiago, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Organización de Estados Americanos, Doc. 56/09 30, 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*. Organización de los Estados Americanos, Informe N° 40/04, Caso 12.053, 2004.
- Comisionado Presidencial para asuntos Indígenas (editado por), *Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas*, CONADI, Santiago, 2008.
- Consejo de Ancianos Rapa Nui, Alberto Hotus y otros, *Te Mau Hatu 'O Rapa Nui: Los Soberanos de Rapa Nui*, Editorial Emisión, Segunda Edición, Santiago, 2007.
- Contesse, Jorge y Lovera, Domingo. *El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del incumplimiento*. Anuario de Derecho Público UDP, págs. 127-151.
- Coraggio, José y Laville, Jean-Louis (organizadores). *Reinventar la izquierda en el siglo XXI. Hacia un diálogo Norte-Sur*, IAEN, Quito, 2014.

Correas, Oscar. *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM. Ediciones Coyoacán, 2005.

Correas, Oscar. *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM, Ediciones Coyoacán, 2007.

D'Ávila Lopes, Ana Maria; Barreto Lima, Martonio Mont'Alverne (Organizadores) *A Internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na América do Sul*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017.

Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica Portocarrero SRL. 5ª Edición, Lima 1994.

Dupret, Baudouin. *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*. European Journal of Legal Studies, 2007.

Edwards Eastman, Edmundo. *Historia de Isla de Pascua 1800-1900*. Fotocopias de los apuntes mecanografiados, facilitados por Betty Haoa Rapahango de la Biblioteca del Museo Fonck, Viña del Mar.

Edwards y Salas, Mons. Rafael (1918) *La isla de Pascua. Consideraciones expuestas acerca de ella por Mons. R. Edwards Obispo y Vicario Castrense, que la visitó en julio de 1916 y en junio de 1917*, Imprenta San José.

Edwards Eastman, Edmundo. *La propiedad de la tierra en Rapa Nui entre 1868-1930*, en Cristino, Claudio; Fuentes, Miguel (editores) *La compañía explotadora de Isla de Pascua. Patrimonio, memoria e identidad en Rapa Nui*, Santiago, 2011.

Englert, Sebastián. *La tierra de Hotu Matu'a. Historia, Etimología y Lengua de la Isla de Pascua*, Editorial San Francisco, Padre las Casas, 1948.

Fischer, Hermann. *Sombras sobre Rapa Nui: Alegato por un pueblo olvidado*, LOM Ediciones, Santiago, 2011.

Fischer, Steven Roger. *Island at the End of the World. The Turbulent History of Easter Island*, Reaktion Books, London, 2005.

Fraser, Nancy, y Honneth, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid, Morata, 2006, págs. 89-148.

Fuentes, Carlos. *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Yakye Axa*. En *Revista CEJIL*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 1, N° 2, Ciudad de México, 2006.

Fuentes, Jessica. *El derecho de propiedad*, DER Ediciones, Santiago, 2018.

Galvis, María y Ramírez, Angela. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Editores Fundación para el Debido Proceso, Washington D.C, 2013, cfr págs. 221 a 245.

Galvis, María y Ramírez Rincón, Ángela María. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, DPLF, Fundación para el debido proceso, Washington, 2013. Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/digesto-de-jurisprudencia-latinoamericana-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-la>

Garcés, Fernando. *Los indígenas y su Estado (pluri) nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*, JAINA/FHyCE – UMSS/CLACSO, Cochabamba, Bolivia, 2013.

García, Sergio (coordinador). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México UNAM, 2001, Cfr. 764 y 767.

Gómez Leyton, Juan Carlos (Editor). *Bolivia hoy: ¿Una Democracia Poscolonial o Anticolonial?*. En Seis estudios y una bibliografía seleccionada 1990-2016. CLACSO, Ediciones Escaparate 2016. Cfr. págs. 11-26.

González, Ana; Katz, Mariana; Mendoza, Angélica; Romero, Luis; Wamani Batallanos, Luis. *Derechos de los pueblos originarios y de la Madre Tierra: una deuda histórica*, CLACSO, 2019, págs. 41-54.

Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, Primera edición, Santiago, 2008.

Gutmann, Amy. *La identidad en democracia*, Katz Editores, Buenos Aires, 2008.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1999.

Guzmán, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, cfr. págs. 235-236.

Guzmán, Guillermo y Polo, Jorge. *La Construcción discursiva del Suma Ecuatoriana Kawsay y su relación con el logro de los objetivos de la buena vida*. En *Análisis político*, vol. 30, N° 89, Bogotá, 2017, págs. 76-90.

Hernández Empananza, Domingo. *Estudios sobre reforma al Código Civil y Código de Comercio, Cuarta Parte*, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2003, cfr. pág. 218.

Herrera, Cristobal. *El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en Chile. Tres hipótesis explicativas a su domesticación*. Cfr. págs 61 a 71.

Hopenhayn, Martín. *La pobreza en conceptos, realidades y políticas: una perspectiva regional con énfasis en minorías étnicas*, División de desarrollo social, Cepal. Disponible En: http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/21590/1/16_la_pobreza_en_conceptos_realidades_y_politicas.pdf Consultada en septiembre de 2019.

- Hotus, Alberto. Consejo de Ancianos Rapanui y otros. *Te Mau Hatu 'O Rapa Nui. Los Soberanos de Rapa Nui. Pasado, presente y futuro*. Primera edición, Editorial Emisión, Santiago, 1988.
- Huke, Paloma. *Colonialismo en Isla de Pascua 1897-1966. Un acercamiento etnográfico*, Editorial Universidad Bolivariana, Santiago, 2011.
- Informe del Programa de derechos indígenas, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Lom Ediciones, 1era edición, Santiago, 2003.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2010.
- Instituto de Estudios Indígenas, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Informe del Programa de derechos indígenas. Universidad La Frontera, Lom Ediciones, 1era edición, Santiago, 2013.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N° 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice*, 12 de octubre de 2004 párrafo 115.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N° 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párr.129.
- Iturralde, Diego, *Lucha Indígena y reforma neoliberal*. Iconos (9), España, 2000, págs. 24 y ss.
- Jara, Álvaro. *Legislación indigenista en Chile*. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1956.
- Jensen, Silvina. *Los Exiliados. La lucha por los derechos humanos durante la Dictadura*. Ediciones Sudamericana, Buenos Aires, 2010.
- Kelsen, Hans, *Por qué obedecer el derecho, Qué es Justicia*. Ariel, Barcelona, 1992, págs. 183-193.
- Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1995.
- Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Lariguet, Guillermo, *Positivismo jurídico, Hartiano, holismo Dworkiniano y virtudes judiciales*, Revista temática de Filosofía de derecho, N° 20, 2017, págs. 65-80.
- Larrea, Ana. *El buen vivir como alternativa civilizatoria*. En: Endara, Gustavo (Coordinador). *Post – Crecimiento y Buen Vivir: Propuestas globales para la construcción de sociedades equitativas y sustentables*. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES-ILDIS) Ecuador 2014. cfr. 237 -254.
- Llanos, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II Volumen 1 y 2, Santiago, 2007.
- Linares Quintana, Segundo, *Tratado de Interpretación Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires 1998.

Lorca Villodres, María, *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La interpretación Evolutiva o Progresista de la Norma Jurídica*, Ediciones UNAM, Ciudad de México, 2007.

López, Francisco; Espinoza, Guadalupe, *El derecho de los pueblos indígenas al desarrollo*, Asociación Nacional de Universidades Interculturales ANUI, 2017.

López Guerra, L. (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*. Tirant lo Blanch, Sevilla, 2001.

Mariman, José. *Autodeterminación. Ideas políticas Mapuches en el albor del siglo XXI*, Lom Ediciones, Santiago, 2012.

Martínez, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Volumen V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Naciones Unidas, Nueva York, 1987.

Martínez, Juan; Juan-Martínez, Víctor; y Hernández, Violeta. *Derechos indígenas, entre la norma y la praxis. Reflexiones a partir del Seminario Internacional: Cerrando la brecha de implementación*. Konrad Adenauer. Colombia. 2018. págs 17-18.

Mejías, Claudia. *Derecho Real de Dominio y Acción Reivindicatoria- Posesión y Acciones Posesorias*. Der Ediciones. Santiago, 2018.

Melo, Mario. *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos Humanos en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En *SUR Revista de Derechos Humanos*, N° 3, año 2, Sao Pablo, 2005, págs. 31-49.

Mètraux, Alfred, *La Isla de Pascua*, Editorial Laertes, Barcelona, 1995.

Meza-Lopehandía, Matías. *La Jurisprudencia del Multiculturalismo en Chile: la Consulta previa Indígena ante Tribunales*. En *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 69, 2016, págs. 13-52.

Meza-Lopehandía, Matías; Sierra, Lucas; Ribera, Teodoro; y Salazar, Francisca. *Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. *Anuario de Derechos Humanos*, (6), 2010, cfr. 62-67.

Meza, Matías, *Territorio y Autonomía Indígena en Chile*, Editorial Académica Española, 2012.

Meza-Lopehandía, Matías. *El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo*. En: Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy, *Los pueblos indígenas y el derecho Santiago*, LOM págs. 337-439.

Mc Call, Grant, *Rapanui. Tradición y sobrevivencia en Isla de Pascua*, Traducción de Betty Haoa Rapahango, Easter Island Foundation, Los Osos, 1998.

Morales, Evo. *La Tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la Tierra*. Ediciones Diplomacia por la vida. 2006. Cfr 51-54.

Morris, Meghan; Rodríguez, César; Orduz, Natalia; Buritica, Paula, *La consulta previa a pueblos indígenas los estándares del Derecho Internacional*. Documento N°2, Programa de Justicia global y Derechos Humanos, Colombia, 2009, cfr. págs. 41-46.

Nogueira, Humberto (coordinador), *Diálogos judiciales multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2013.

Nogueira, Humberto (coordinador), *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho Internacional de los derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2014.

Núñez, Manuel (director), *Normativa Nacional e Internacional sobre pueblos indígenas*, Universidad Católica del Norte, Librotecnia, 1° edición, Santiago, 2010.

Núñez, Manuel. *La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional*. En *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXX, N° 1, 2017, págs. 205 -233.

Odello, Marco. *Derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas de América: Canadá y México*. UNED, Madrid, 2012.

Olive, León. *Interculturalismo y Justicia Social*, México, UNAM, 2004.

Olive, León. *El bien, el mal y la razón*. Facetas de la Ciencia y la Tecnología, 2ª edición, (corregida y aumentada), México, UNAM, 2012. 1ª edición: México, Paidós-UNAM, Colección Problemas Científicos y Filosóficos, 2000.

Olivé, León. *Multiculturalismo y Pluralismo*, 2ª edición (corregida y aumentada), México, UNAM, 2012. 1ª edición: México, Paidós-UNAM, 1999.

Orellana, Patricio; Quay Elizabeth. *El movimiento de Derechos Humanos en Chile: 1973-1990*. Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar CEPLA, Santiago, 1991.

Pakarati, Felipe, *Papa Tu'u 'I Hanga Kao-Kao*, CONADI Rapa Nui, Orizonta Impresiones Digitales Ltda., Valparaíso, 2010.

Palombella, Gianluigi, *Filosofía del derecho moderna y contemporánea*, versión y edición española a cargo de J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 2002.

Peñailillo, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Editorial Thomson Reuters. 2ª edición, Santiago, 2019.

Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid 2004 cit., pág. 244.

Pérez Luño, Antonio, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pág.163.

Preciado, Isabel. *Derechos Humanos, Megaproyectos y Desarrollo*. Coordinación Editorial Orduz, Natalia. *La Corte Ambiental Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales*. Fundación Heinrich Böll, Bogotá, Cfr págs. 265-277.

Programa de la OIT para promover el convenio 169, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Plant, Roger. *Pobreza y desarrollo indígena: algunas reflexiones*. En *Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario*, BID, Washington DC, 1999, cfr. págs. 13-18.

Rey, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. México. 2008, cfr. págs.. 48 y 49.

Ramírez Aliaga, José Miguel (S/F), *Rapa Nui, Manual de Arqueología e Historia*, Centro de Estudios Rapa Nui de la Universidad de Valparaíso, Viña del Mar, 2004.

Rocuant, Enrique, *La Isla de Pascua: estudio de los títulos de dominio, de los derechos y de los contratos de Don Enrique Merlet y de la Compañía Explotadora de la Isla de Pascua*, Sociedad Impresión y Litografía Universo, Valparaíso, 1916.

Ruiz-Chiriboga, Oswaldo; Román, Gina. *Pueblos Indígenas y La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Fondo y Reparaciones*. Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Comentario. Ed. Christian Steiner & Patricia Uribe, KAS, La Paz, Bolivia, 2014, págs. 43-51.

Sagues, Néstor. *La interpretación Judicial de la Constitución*. 2º Edicion Buenos Aires Editorial Lexis Nexis, 2006.

Segato, Rita. *La perspectiva de la Colonialidad del Poder y el giro descolonial*. En: Corggio, José y Laville, Jean-Louis (organizadores). *Reinventar la izquierda en el siglo xxi Hacia un diálogo Norte-Sur*. Ediciones Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014, cfr. 175-190.

Segura Ortega, M. *Lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Universitaria, Madrid, 2008.

Siedel, Rachel, *Pueblos indígenas y derecho en América Latina*, en César Rodríguez Garavito (coord.) *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, págs. 302-321.

Somarriva, Vodanovic, Alessandri, *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos Indígenas y sus derechos*, Unesco, Ciudad de México, 2007.

- Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. En *Grandes temas de la Antropología Jurídica*, V Congreso de la red latinoamericana de Antropología Jurídica, 16 al 20 de octubre, 2006, Oaxtepec, Morelos, México. Págs. 15-25.
- Stavenhagen, Rodolfo. *Quinto informe temático 2006, 2008*, Ob. cit., págs. 131-132.
- Stambuk, Patricia, *La Historia Oculta de Isla de Pascua*. Biblioteca del Bicentenario, Editorial Pehuén, Santiago, 2010.
- Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. 2º ed. Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 2009.
- Toro, Pedro Pablo, *Isla de Pascua*, Santiago, 1893, III, p. 205, cit. por Cristino, Claudio, *Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación*, Universidad de Chile, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Instituto de Estudios Isla de Pascua, Santiago, 1984.
- Vial del Río, Víctor. *La Tradición y la Prescripción como modos de adquirir el dominio*. Ediciones UC, 3º Edición, Santiago, 2009.
- Van Dyke, Vernon. *The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory*. *World Politics*, Cambridge, 1977.
- Vargas, Edmundo. *Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- Verdugo, Mario. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición, Santiago, 2005.
- Vergara, Jorge y otros. *La propiedad huilliche en la provincia de Valdivia*. Temuco, CONADI, 1996.
- Vergara, Víctor. *La Isla de Pascua. Dominación y Dominio* Publicaciones, Academia Chilena de la Historia, Santiago, 1939.
- Villa, William. *El Movimiento Social Indígena Colombiano: Entre autonomía y dependencia*. En Betancur, Ana (editora). *Mov. Indígenas en América Latina: Resistencia y nuevos modelos de integración*. IWGIA-Debates 2011. Cfr. págs 42-66.
- Vives, Cristian. *Legislación sobre indígenas en Chile: integración o asimilación*. Santiago, Grupo de Investigaciones Agrarias, 1982.
- Wroblewski, Jerzi, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.
- Yrigoyen, Raquel, *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*. Publicado en: Aparicio, Marco, (editor), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, 2011, cfr. Págs. 6-8.
- Yrigoyen, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*. En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito, coordinador. Editorial Siglo XXI. Argentina, 2011. pág. 149.

Yrigoyen, Raquel, Berraondo, Mikel (coordinador), *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Universidad Deusto, Bilbao, 2006, págs. 537-567.

Zuazo, Moira. *¿Cómo nació el MAS? La ruralización de la política en Bolivia*. Fundación Ebert. La Paz 2009. Págs. 12-14.

II REVISTAS

Acosta Navas, Juan. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en clave de Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. En revista *ÁNFORA*, Vol. 26, N° 47, 2019, págs. 37-60.

Abregú, Martín. *Derechos Humanos para todos de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva*. En *Revista Puente@Europa*, N° 1, 2007, págs. 29-42 Disponible en: <https://puenteeuropa.unibo.it/article/viewFile/5205/4953>

Aguas, Javier y Nahuelpan, Héctor, *Los límites del reconocimiento indígena en Chile Neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche*. En *CUHSO Cultura-Hombre-Sociedad*, Vol 29, N° 1, Temuco, 2019, págs. 108-130

Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho Chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, N° 11 (1), Talca, 2005.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. *¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas parte I*. En *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, N° 25, 2010.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. *La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador*. En Centro de Estudios Constitucionales de Chile. *Estudios constitucionales*, Santiago, año 7, N°1, 2009.

Aguilar Cavallo, Gonzalo y Nogueira, Humberto. *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*, *Revista de Derecho Público* - vol. 84, 1° Sem. 2016, págs. 13-43.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*. El rol del diálogo judicial en la construcción de un derecho común de los derechos humanos. Librotecnia, Santiago, 2014.

Aguilar, Gonzalo; Lafosse, Sandra; Rojas, Hugo; Steward, Rébecca, *Justicia constitucional y Modelos de Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina*. En *Revista Serie Estudios*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Vol. III, Santiago de Chile, 2009.

Disponible en:

[https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81lisis Comparado del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indigenas en Ame%cc%81rica Latina%20 Dec%202010 CPPF Briefing Paper f.pdf](https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%cc%81rica_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf)

Aguilar, Gonzalo. *Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional*. En *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLIX, N° 146, mayo-agosto 2016, págs. 13-59.

Aguilar, Gonzalo. *La aspiración indígena a la propia identidad*. En *Revista Universum*, Vol 21, N° 1, 2006, págs.106-119.

Aguiló, Antoni. *Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos*. En *Universitas Humanística*, N° 68, julio-diciembre de 2009, págs. 179-205.

Aguiló, Antoni. *Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural*. En *Cuadernos Interculturales*, Universidad de Playa Ancha, año 8, N° 14, Primer Semestre 2010, págs. 145-163.

Aguirre Arango, José. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En revista *Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

Albizú, Francisco. *El indigenismo de la Unidad Popular (Chile 1970-1973). Estado y Nación entre reformismo y realidad*, en *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 28, 2014. Disponible en: <http://journals.openedition.org/alhim/5116>

Aldunate, Eduardo y Olmos Jessica. *El Concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional chilena y la Teoría de las garantías del Instituto*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII*. Valparaíso. 1997. págs 195-221 cfr. Pág. 214.

Almendras, Hernán. *Interpretación Constitucional*. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, Año 11, N° 1, 2004, págs. 5-29.

Almeida, Mariana. *A cultura legal emergente latinoamericana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito*. En *Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos*, vol.1, N°1, junIO 2011, págs. 38-50.

Aldunate, Eduardo. *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, junio 2009, págs. 443-484.

Anaya, James. *Informe del relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En Sexagésimo séptimo período de sesiones Asamblea general de la ONU, 2012.

Anaya, James, *Informe del relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Sexagésimo octavo período de sesiones Asamblea general de la ONU, 2013.

Andreucci, Rodrigo, *Los conceptos de la corte suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias*. En revista *NOMOS*, Universidad de Viña del Mar, N°1, 2008, págs. 11-39.

Ansuátegui, Francisco (compilador). *Una discusión sobre derechos Colectivos. Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas N° 1*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cfr págs. 7-16 y 67-76.

Arato, Julian. *Subsequent practice and evolutive interpretation: Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences*. En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Publishers, Vol. 9, N° 3, 2010, págs. 443-494.

Araya Anabalón, Jorge, *Ética intercultural y reconocimiento dialógico. Una mirada a la dignidad del otro: conflicto entre el Estado de Chile-pueblo mapuche*. En Revista chilena de Derecho y Ciencia política, año 1, N° 1, 2010.

Aravena, Andrea, *Derecho Consuetudinario y Costumbre Indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial*. En Actas del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, 2000.

Arango Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. En Revista *Precedente. Revista Jurídica*, diciembre 2004. págs. 79-102.

Arango Ochoa, Raúl y Sánchez Gutiérrez, Enrique. *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*. En Departamento Nacional de Planeación. Dirección de desarrollo territorial sostenible, Colombia, 2004.

Arnáiz, Pilar y Escarbajal, Andrés. *Reflexiones sobre cultura, identidad y racismo desde una mirada pedagógica*. En *Teoría educación*, Ediciones Universidad de Salamanca, N° 24, 2, 2012, págs. 83-106.

Arévalo, Walter y García, Luisa. *La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio*. En *Revista Ius et Praxis*, vol 24, N° 2, Talca 2008, págs. 393-430.

Ariza, Rosembert. *El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los Estados constitucionales*. En *Revista InSURgência*, año 1, vol.1, N°1, Brasília, 2015, págs 165-194.

Atria, Fernando, *Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo*. En *REJ. Revista de Estudio de la Justicia*, N° 5, 2004, págs. 119-141.

Aylwin, Arturo, *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual*. En Serie de Documentos, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1, En: http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/jose_aylwin.pdf

Aylwin, José, *Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo intercultural y sostenible*. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga, Editorial Catarata, 2010.

Aylwin, José. *El acceso de los Indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos*. Series 128, Desarrollo Productivo Volumen I y II. Cepal, Santiago, 2002.

Aylwin, José; Castillo, Eduardo. *Legislación sobre Indígenas en Chile a través de la Historia*. Programa de derechos humanos y Pueblos Indígenas Comisión Chilena de Derechos Humanos, Documento de Trabajo N° 3, 1990.

Aylwin, José. *Implementación de legislación y Jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: La experiencia de Chile*, documento presentado al Seminario de expertos de la ONU sobre implementación de legislación y jurisprudencia a nivel nacional relativa a los derechos

de los pueblos indígenas, Tucson, Arizona, Estados Unidos, 2005. Ediciones Observatorio ciudadano, Temuco, 2005.

Aylwin, José. *Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación*. Universidad Austral de Chile, 2011. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf

Aylwin, Jose. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*. En *Seminario Adjudicating Culture, Politicizing Law: Legal Strategies for Black and Indigenous Land Rights Struggles in the Americas*, University of Texas, Austin, 2003.

Aylwin, José. *Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena*, en Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde Diego (Comp.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1990, págs. 333-354.

Báez, Fernando. *Chile entrada en vigencia del Convenio 169 OIT y el conflicto en la región de la Araucanía*. En Norwegian Latin American Research Network, 2009.

Baldin, Serena. *Los Derechos de la Naturaleza: de las Construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico*. En *Revista General de Derecho Público Comparado* N° 22, 2017.

Barraza, Alejandro, *La Interpretación Constitucional sobre la limitación al Derecho de propiedad privada*. En *Revista Ars Boni et Aequi*. Volumen 7, N°1, 2011.

Barbosa Delgado, Francisco, *Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de minorías étnicas y culturales*. *Revista Derecho del Estado*, N° 26, enero-junio 2011. En: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>

Barbosa Delgado, Francisco, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: Entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*. En Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>

Barrientos, Ignacio, *Informe sobre el DL 2885 y de la Ley 19.253. Referencia al régimen Jurídico aplicable a tierras Insulares*. En Biblioteca Williams Mulloy, Museo Antropológico Sebastián Englert, Hanga Roa, 1998.

Barría, Manuel, *El elemento de interpretación gramatical, su origen en Savigny, algunos autores moderno y la doctrina nacional*. En revista *Ars Boni et Aequi*, año 7, N° 2, 2011, págs. 257-279.

Barros, Alonso. *Titularidad y subjetividad de las aguas nativas chilenas en el marco del convenio 169 de la OIT y la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*. *Actas de derechos de Aguas*, N° 1, 2011, págs. 197-218.

Barcia, Rodrigo. *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2014, N° 22, págs. 367-390.

Bassa, Jaime. *Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle*. En *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña
236

del Mar, N° 5, 2011, cfr. pág. 22. Disponible en: <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/05.015-042.Bassa.pdf> consultada el 28 de junio de 2018.

Becerra, Manuel, *Las Fuentes Contemporáneas del Derecho Internacional*. En Instituto de Estudios Jurídicos UNAM, N° 316, México, 2017, págs. 15-22.

Bello, Alvaro y Aylwin, José, *Globalización Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. En Observatorio de Derechos de los pueblos indígenas, IWGIA, Temuco, 2008.

Benavides Casals, María, *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, 15 (1), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2009, págs. 295-310.

Benavides Ordóñez, J. *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constitucionales en la región andina*. En *Ius Humani Law Journal*, 5, 2016. págs.173-188. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v5i0.99>

Bengoa, José, *Potencialidades y limitaciones del Derecho Internacional sobre (o de) los pueblos indígenas*. En *Revista Antropológicas del Sur*, año 4, N° 7, 2017, págs. 259-269.

Bercia, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, cfr. págs. 137-140.

Bertini, Leonello y Yáñez, Nancy, *Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional*. En *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, N° 9, 2013.

Bernal, Angélica (compiladora). *De la exclusión a la participación. Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*. Ediciones Abya-yala, Quito, 2000, cfr. págs. 57-70.

Betancourt, Ricardo y Simmonds, Oscar, *O T C A, El Amazonas en el horizonte de la política exterior Colombiana*. En *Pap. Polit.*, Bogotá, Vol. 18, N° 1, 2013.

Boaventura de Sousa Santos. *La refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014. Cfr. págs. 281-298.

Boaventura de Sousa Santos. *Law: A map of Misreading: Toward a posmodern conception of law. Estado, Derecho y luchas sociales*. Bogotá. ILSA. 1994. Pág. 63.

Boaventura de Sousa Santos, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*. Conferencia dictada en la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi, Ecuador, marzo, 2008.

Boersner, Demetrio. *Marx, el colonialismo y la liberación nacional*. En revista *Nueva Sociedad*, N° 66, mayo-junio 1983, págs. 80-89.

Boccaro, Guillaume y Seguel Ingrid, *Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso Mapuche)*. En *Revista de Indias*, París, vol. LIX, N° 217, 1999.

Burguete, Araceli, *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, 2010. Págs. 64 -65, en: *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado* 237

- plurinacional en América Latina*, coordinadores: González, Miguel; Burguete, Araceli y Cal y Ortiz-T, Pablo. FLACSO, Ecuador.
- Burgogue-Larsen, Laurence, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los derechos humanos*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol 12, Nº1, Santiago, 2014, págs. 105-161.
- Calderón, F y Dandler, J. *Sobre las luchas campesinas en la historia boliviana. La fuerza histórica del campesinado*. Cochabamba, CERES. Bolivia 1984. Reseña En *Revista de Estudios Sociológicos* VI, 18, 1988 págs 653-657.
- Camacho, Fernando. *Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile*. En *Revista Pensamiento Crítico*, Universidad Autónoma de Madrid, Nº 4, 2004.
- Cañulef, Eliseo. *Introducción a la educación intercultural bilingüe en Chile*. En *Instituto de Estudios Indígenas*, Temuco, 1998.
- Carvajal, Miguel, *Pachakutik: la efímera experiencia de gobierno y las incógnitas sobre su futuro*. En *Íconos*, Flacso-Ecuador, Nº18, Quito, 2004.
- Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y Multiculturalismo*. En *Derecho y cultura*. 10 (13), 2004, págs. 21-80.
- Carbonell, Miguel, *La constitucionalización de los derechos Indígenas en Americalatina: una aproximación teórica*. En *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Vol 36, Nº108, México, 2003, págs. 839-861.
- Carmona, Cristóbal. *Tomando los derechos colectivos en serio: El derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas*. En *Revista Ius et Praxis*, vol. 19, Nº 2, Talca, 2013, págs. 301-334.
- Carmona, Cristóbal. *Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, Nº 3, Santiago, 2015, Págs. 975-1001.
- Carrión, Claudia. *Retos autonómicos para pensar la paz y los pueblos indígenas en Colombia*. En *Revista Polisemia*, Nº 21, 2016. Bogotá. págs 47 - 62.
- Castillo, Mayarí. *Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo*. En revista *Nueva antropología*, vol. 22, Nº 71, México jul./dic. 2009, Págs. 275-296.
- Castilla, Karlos., *El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México Nº 20 2009, págs 65-83.
- Casals Colldecarrera, M. *Cap. I. La teoría general de la interpretación*. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13287/5/CAP1.pdf>

Castrillón Orrego, J.D., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", en Becerra Ramírez, M. (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México, 2007, págs. 143-204.

Cea, José Luis. *Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República*. En *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 2, N° 2, 1997, págs. 81-92.

Courtis, Christian. *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 Año 6 • Número 10 • São Paulo • Junio de 2009 cfr págs 61 a 64.

Chantal Barré, Marie. *La Presencia Indígena en los procesos sociopolíticos contemporáneos de Centroamérica*. En *Revista Nueva Antropología*, Asociación Nueva Antropología A.C., Distrito Federal, México, vol. X, N° 35, 1989, págs. 9-28.

Chasin Fuenmayor, Ronald. *Sobre algunos aspectos fundamentales en la interpretación Constitucional*, Universidad de Zulia, Zulia, 2007, pág 8.

Cinelli, Claudia. *La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra*. En Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia, N° 3, enero-junio, 2006. págs. 58-60.

Clavero, Bartolomé. *Institución política y derecho: Acerca del concepto historiográfico de Estado moderno*. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 19, enero-febrero 1981, págs. 43-57.

Clavero, Bartolomé. *La Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria*. En *Pensamiento Constitucional*, N° 21, Lima, 2016, págs. 11-26.

Clavero, Bartolomé. *Nota sobre el sistema de Autonomías en la Constitución de Bolivia*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 85, 2009, págs. 187-199.

Colmenares, Ricardo. *El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas*. En *Revista IIDH*, vol. 41, págs. 83-118.

Contesse, Jorge y Lovera, Domingo. *El convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento*. En *Anuario de Derecho Público UDP*, Santiago, 2011. págs. 127-151.

Corbetta, Silvina. *La relación entre el estado y los pueblos indígenas en contextos de conflictos socioambientales: la demanda por la tierra y el territorio, los lenguajes*. En *Revista sustentabilidad (es)*, Vol 6, N°12, Buenos Aires, 2015. Págs. 110-129.

Cordero, Eduardo. *La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el derecho Chileno*. En *Revista de Derecho*, Vol XIX, N° 1, 2006, págs. 125-148.

Cordero, Eduardo. *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 15, N° 2, Talca, 2009, págs. 11-49.

Cordero, Sofia. *Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador Nuevas ciudadanías, ¿Más democracia?* En *Revista Nueva Sociedad Ecuador*, N° 240, julio-agosto de 2012, págs 134-148.

Correas, Oscar. *La propiedad y las comunidades indígenas en México*. En *Revista Pueblos y Fronteras digital*, N° 5, 2008. Disponible en <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx> Consultada en agosto de 2019.

Cruz, Edwin. *Redefiniendo la Nación: Luchas indígenas y Estado Plurinacional en Ecuador (1990-2008)*. En *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* Núm. Especial: América Latina (2012). Universidad Complutense de Madrid.

Cumplido, Francisco. *Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos*. En *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*, Jeannette Irigoien (editora), Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 1991.

Cumplido, Francisco. *La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma*. Doctrina y jurisprudencia. En *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, N° 1, año 9, 2003.

Cunningham, Myrna. *La cultura, Pilar del desarrollo para el buen vivir*. En *Cultura y desarrollo*, UNESCO Office Havana and Regional Bureau for Culture in Latin America and the Caribbean, 2013, págs. 28-37.

Darós, William. *La libertad individual y el contrato social según J. J. Rousseau*. En *Revista Filosofía Universidad de Costa Rica*, XLIV (111-112), enero-agosto 2006, págs. 115-128.

De Asís, R. *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III y Dykinson, Madrid, 2001, pág. 87.

De Castro y Bravo, Federico. *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley*. En *Anuario del Derecho Civil España*, Vol. 30, N° 4, 1977, pág. 809-858.

Deruyttere, Anne. *Pueblos indígenas globalización y desarrollo con identidad: Algunas reflexiones de estrategia*. En *Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, 2001.

Del Toro, Mauricio. *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 10, 2010, págs. 49-95 y 57-70.

Díaz, Francisco. *Indígenas, Convenios Internacionales y legislación nacional*. En *IURIS DICTO Revista de Derecho*, Vol 3, N° 6, Quito, 2002, cfr. págs. 33 a 35.

Dieguez, Yurisander. *El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. En revista *Derecho y cambio social*, año 8, N° 23, 2011, págs. 1-28.

Donoso, Carlos. *Charles Taylor: una crítica comunitaria al liberalismo político*. En *Polis Revista Latinoamericana*, N° 6, Santiago, 2003.

Donoso, Sebastián. *Convenio 169 de la OIT implicancias de una ratificación*. Universidad de Desarrollo. Documento de Trabajo, N° 8, 2009, cfr págs. 3-10.

Donoso, Sebastián; Palacios, Camila. *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*. En *Centro de políticas Públicas UC*. Temas de la Agenda Pública, año 13, N° 103, enero 2018.

Dzehtsiarou, Kanstantsin and O'Mahony, Connor. *Evolutive interpretation of rights provisions: A comparison of the european court of human rights and the US supreme court*. En *Columbia Human Rights Law Review*, 2013 disponible en O'Mahony, Conor y Dzehtsiarou, Kanstantsin, Interpretación evolutiva de las disposiciones de derechos: una comparación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (6 de enero de 2013). (2013) 44 Revisión de la Ley de Derechos Humanos de Columbia 309. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2321598>

Egaña, Rodrigo. *Convenio 169 y su implementación. La propuesta del gobierno Bachelet 2006-2010*. Estado gobierno Gestión Pública, N° 21, 82013, cfr. págs. 180-188.

Espinosa, Ana María. *El territorio ancestral de las comunidades indígenas y tribales y el derecho internacional de los derechos humanos*. En *Cuaderno Semillero Derecho Internacional*, Derechos humanos, Vol. 2, N° 1, 2014.

Faúndes, Juan. *Primera sentencia que aplica el convenio N° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas*. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Universidad católica de Temuco, año 1, N° 1, 2010.

Faúndes, Juan. *Panorámica sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina y desafíos emergentes para las políticas públicas en Chile*. En *Estado y Pueblo Mapuche una mirada desde el derecho y las políticas públicas*, Universidad Autónoma de Chile, Temuco, 2019.

Fernández, José; Argüello, Jacqueline. *Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas*. En revista *Pensamiento Constitucional*, Vol. 16, N° 16, 2012.

Ferrer, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 9, N° 2, 2011, págs. 531 - 622.

Frank Semper. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, págs 761-768.

Figuroa, Verónica. *La realidad de los pueblos indígenas en Chile: una aproximación sociodemográfica para contribuir al diseño de políticas públicas pertinentes*. En *Revista Anales*, séptima serie, N° 3, julio 2012, Santiago, págs. 140-141.

Figuroa, Verónica. *Tierras y territorios indígenas: dimensiones complejas para las políticas públicas. El caso de la política "Acuerdo Nacional por el desarrollo y la paz en la Araucanía-plan impulso Araucanía" en Chile*. En *Centro de Estudios Interculturales e Indígenas Antropología*, Universidad Católica. Serie Policy Papers, N° 2, 2018.

- Figuera, Sorily. *Los Pueblos Indígenas: libre determinación y subjetividad internacional*. RJUAM, N° 22, II, México, 2010, págs. 105-123.
- Fisher, Jaime. *Liberalismo, comunitarismo, cultura y multiculturalismo*. En *Revista de Filosofía Factótum*, N° 12, México, 2014, págs. 29-46.
- Fitzmaurice, Sir Gerard. *Law and procedure of the international court of justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points*. British Year Book of International Law, 1957, págs. 203- 293.
- Foerster, Rolf. *Informe del delegado en visita de inspección a la Isla de Pascua efectuada por el capitán de corbeta (em.sm.) Jorge Tapia de la Barra, enero de 1950*. En *Cuadernos de Historia*, 43 Departamento de Ciencias Históricas, Universidad de Chile, diciembre 2015, págs 183 – 215.
- Forero, Felipe. *Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborígen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2010, págs. 188-192.
- Fornillo, Bruno. *¿Existe una reforma agraria en la Bolivia del Movimiento al Socialismo?* En *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, N° 42, Quito, 2012, págs. 153-166.
- Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), *La Tendencia, Las Izquierdas y la Constituyente*. En Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), Programa Constitucional, Quito, 2007. Págs. 2-3.
- Fuentes, Claudio y de Cea Maite. *Reconocimiento débil: Derechos de pueblos indígenas en Chile*. En *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 25, N° 49, México, ene./jun. 2017, págs. 1-21.
- Fuentes, Claudio y de Cea Maite. *Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile*. En revista *Perfiles Latinoamericanos*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Vol. 25, N° 49, México, 2017, cfr. págs. 5-12.
- Fuenzalida, Sergio. *Desarrollo de la Jurisprudencia en Chile sobre la Consulta Indígena: Los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*. En *Revue Québécoise de droit international*, L'État de droit en Amérique Latine et au Canada, marzo 2015, págs. 149-177.
- Fuenzalida, Sergio. *La función administrativa discrecional y la Consulta Indígena*. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, año 24, N° 2, 2017, págs. 181-210.
- Gaete, Lucía. *El Convenio 169 un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 18, N° 2, Talca, 2012, págs.77-124.
- Gajardo, Jaime. *Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, N° 5, 2014, cfr. 43-64.
- Galiano-Maritan, Grisel y González-Milian, Deyli. *La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho*. En *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, Vol. 21, N° 2, 2012, págs. 431-458.

Galdámez, Liliana, *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 3, Santiago, 2007, págs. 439-455.

Galdámez, Liliana. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Vol. 39, N° 1, 2012, págs. 189-223.

Galdámez, Liliana. *Comentario Jurisprudencial: La Consulta a los Pueblos Indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca Roles N°s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, Acumulados*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, 2013, págs. 621-632.

García, Alfonso, *El descenso del positivismo por el abismo de sus convicciones*. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Positivismo.pdf/3f757802-85ed-7c26-f590-fed7ecb737fe> consultada en septiembre de 2019.

García Barzelatto, Ana. *Tratados Internacionales según la reforma Constitucional de 2005*. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 68, Santiago, 2006.

García, Fernando. *Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana*. En *Anthropologica* Vol.32 N° 32 Lima 2014, págs 71-85.

García, Javier; Pulido, Rafael; Montes, Moyano. *La Educación Multicultural y el concepto de cultura*. En *Revista Iberoamericana de Educación*, OEA, N° 13, 1997, págs. 223-256.

García Ramírez, Sergio, Voto razonado concurrente de la sentencia del Caso Awás Tingni V/S Nicaragua, 2001.

Gatica, Daniel, *El territorio de los pueblos originarios frente a la lógica del neoliberalismo*. En *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias Estado de México, vol 1, 2015, págs. 191-197.

Gaona, Georgina. *El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas*. En revista *Nueva antropología*, vol. 26, N° 78, México, 2013, págs. 141-161.

Gazmuri Mujica, Jaime, *La política mapuche de los gobiernos democráticos. la demanda de tierras y los nuevos desafíos*. Programa de política indígena, Fundación Felipe Herrera, 2013.

Gómez, Anahí; Wagner, Lucrecia; Torres, Beatriz; Martín, Facundo; Rojas, Facundo. *Resistencias sociales en contra de los megaproyectos hídricos en América Latina*. En *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, N° 97, 2014, págs. 75-96.

González, Jorge. *La validez del derecho Indígena en el Derecho nacional*. En *Revista Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 2002, cfr. págs. 42 a 49.

González, Héctor. *Propiedad comunitaria o individual. Las leyes indígenas y el pueblo mapuche*. En *Nütram*, n° 2, año 3. Santiago, Centro Ecueménico Diego de Medellín, 1986, págs. 7-13.

- Greppi, Andrea, *Eficacia*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III de Madrid, N° 3, 2013, págs. 150-159.
- Grijalva, Agustín. *El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008*. En *Revista Ecuador debate*, Quito, 2008. Cfr págs. 49-62.
- Gros Espiell, Héctor, *El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del derecho*, 1994. Disponible en: <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/index.htm>
- Gros Espiell, Héctor, *Los métodos de Interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa*. Ediciones Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22883.pdf>
- Goig, Juan, *La interpretación constitucional y las sentencias del tribunal constitucional: de la interpretación evolutiva a la imitación constitucional*. En *Revista de derecho UNED*, N° 12, 2013, págs. 257-292.
- Gouritin, Armelle; Aguilar, Adriana. *La adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XVII, 2017, págs. 291-327.
- Gómez, Juan. *Tierra, Territorio y Autonomía: la lucha política del movimiento social Mapuche en la sociedad neoliberal chilena*. En *Revista Estudios*, Universidad de Costa Rica. N° 22, 2009, págs. 303-312.
- González, Iván. *Justicia comunitaria dentro la justicia ordinaria y su naturaleza en el resguardo de los derechos humanos*. En *LEX Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas*, vol. 2, N° 3, Bolivia, 2019, págs. 41-51.
- Guastini, Riccardo. *Ponderación un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional*. En *Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, N° 8, 2007, págs. 631-637.
- Guastini, Riccardo. *Interpretación y Construcción Jurídica*. En revista *Isonomía*, N° 43, México, 2015, págs 11-48.
- Gutiérrez, Joaquín. *Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y Su Relación con las Reivindicaciones Territoriales: La Lógica del Despojo o Por Qué el Neoextractivismo es Incompatible con el Derecho de Propiedad Comunitaria de la Tierra de los Pueblos Indígenas. La Importancia del Rol del Estado*. *Revista Derechos en Acción* año 4 n° 11 2019. págs 543-603.
- Guzmán, Guillermo y Polo, Jorge. *La Construcción discursiva del Suma Ecuatoriana Kawsay y su relación con el logro de los objetivos de la buena vida*. En *Análisis político*. Bogotá 2017, vol. 30, N° 89, pp.76-90.
- Goitia, Carlos. *La supremacía constitucional en Bolivia*. En *Foro Revista de Derecho* N° 12 Quito 2017. Págs. 181-220.

Habermas, Jürgen, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*. En: Taylor, Charles, *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*, Fondo de cultura económica, México, 2º ed., 2009, págs. 186-187.

Handelsman, Michael. *De la dominación al buen vivir: América Latina como proyecto civilizatorio «otro»*. En *Revista Guaraguao* Año 15, No. 38 Barcelona págs. 182-209.

Herreño, Ángel. *Derecho a la Tierra. Conceptos, experiencias y desafíos. Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia*. En revista *El otro Derecho*, N° 31-32, ILSA, Bogotá, 2004. Cfr. págs. 247-272

Henríquez, Alfonso, *Participación indígena: desarrollo y alcances entorno a la participación ambiental*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 19, N° 2, Talca, 2013, págs. 251-300.

Henríquez, Miriam. *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago de Chile, Vol. 6, N° 2, 2008, págs. 73-119.

Hernández Valle, Rubén. *Interpretación Constitucional en Costa Rica*, 2009. Pág. 753. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/27.pdf>

Houtart, Francois. *El concepto de Sumak Kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad*. En *Revista Ecuador Debate*, N° 84, Quito, 2011, págs. 57-76.

Iturralde, Diego, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 41, Costa Rica, 2005, págs. 20-22.

Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017. Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la política pública Chilena. Centro de Derechos Humanos UDP. Ediciones Universidad Diego Portales, 2017 cfr 245-286.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional ONU (70º período de sesiones), Capítulo IV, - A/73/10 2018, págs 11-125.
Disponible en: legal.un.org/ilc/reports/2018spanish/chp4.pdf

Jara, Alvaro. *Legislación Indigenista de Chile. Ediciones especiales del Instituto Indigenista Interamericano*, México D. F, 1956, Cfr. págs 29-30.

Jelin, Elizabeth; Azcarate, Pablo de. *Memoria y Política: Movimientos de Derechos Humanos y Construcción Democrática*. En *América Latina Hoy*, vol. 1, Salamanca, 2009. Disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2070> Consultada en septiembre de 2019.

Jiménez, Yolanda. *Exclusión, asimilación, integración, pluralismo cultural y "modernización" en el sistema educativo mexicano: un acercamiento histórico a las escuelas de educación pública para indígenas*. En *Revista de Investigación Educativa*, N° 12, Veracruz, 2011, págs. 1-24.

Kelsen, Hans, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. En *Academia Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, N°12, 2008. Págs. 183-198.

Kelsen, Hans. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671> Consultada el 28 de octubre de 2019.

Kymlicka, Will, *El nuevo debate sobre los derechos de las minorías*. En: Requejo, Ferrán (Coord). *Democracia y pluralismo nacional*, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 45.

Lao-Montes, Agustín, *Empoderamiento, descolonización y democracia sustantiva. Afinando principios ético-políticos para las diásporas Afroamericanas*. Universidad de Massachusetts – Amherst, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n12/n12a03.pdf>

Landivar, Eric. *Indigenismo y Constitución en Bolivia (un enfoque desde 1990 a la fecha)*. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, págs. 470-507

Leal, Alberto. *Los métodos de interpretación constitucional*. En *Revista de Estudios tributarios.uchile.cl/index.php/RDPU/ARTICLE/VIEW/39544*, 1979, págs 56-69.

Lillo, Rodrigo. *La legislación como aspecto de la relación intercultural*, en *Revista CUHSO*, Volumen Especial, 1999 págs. 43-62, cfr pp 43-48.

López Allendes, Jaime. *Las tierras Indígenas en la ley 19.253*. En *Revista CUHSO*, Volumen Especial, 1999.

López Escarcena, Sebastián. *La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 21, N° 1, 2015, págs. 531 - 576.

López-Murcia, Julian; Maldonado-Colmenares, Gabriela. *La interpretación de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia*. En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, Bogotá, 2009, págs. 71-105.

Queralt, Argelia. *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*. En *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007, págs. 435-470, cfr. pág. 439.

Quijada, Mónica, *Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera?* En: Giraud, Laura (ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 72-73.

Quilaqueo, Fernando, *La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile. La paradoja de los Derechos Indígenas*. En *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 18, 2018, págs. 141-151.

Quiroz, Carmela; Bazán, J. Fernando. *Normatividad constitucional comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico, en el marco de los estándares del Convenio n° 169 de la OIT*. En *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, volumen 11, N° 13, Cajamarca Perú, 2016. Cfr págs. 95 a 103.

Lamberth, Gorge, *Consideraciones ara un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales*. En *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado Universidad de Chile N° 7 2015, págs 43-60.

Lariguet, Guillermo, *Positivismo jurídico, Hartiano, holismo Dworkiniano y virtudes judiciales*, En *Revista temática de Filosofía de derecho*, N° 20, 2017, págs. 65-80.

Lascarro, Carlos. *De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIS* Universidad de Caldas Manizales, Colombia 2012, cfr. págs 58 a 69.

Larroucau, Jorge. *Acciones reales y estándares de prueba*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 21, N° 2, 2015, pág. 109.

Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI. Práctica Global Social, Urbana, Rural y de Resiliencia América Latina y el Caribe, Perú, 2015 cfr. 53-73.

León, Avelino y Mujica, Fernando, *Informe en Derecho artículo 19 inciso 1 del Código Civil*. En *Revista de derecho y jurisprudencia*, Tomo LXV, N° 10, 2010, págs. 224-229.

Lerner, Latán, *El convenio de la OIT de 1989*. En *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas*, Universidad Central Venezuela, N° 81, 2001, cfr. Págs. 224 a 227.

López Allendes, Jaime. *Las Tierras Indígenas en la ley 19253*. En *Revista CUHSO* volumen especial N°1 1999 págs. 8-39.

Maldonado-Torres, Nelson. *La descolonización y el giro des-colonial*. En *Revista Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Bogotá, núm. 9, 2008.

Mantilla, Fabricio. *¿Interpretar, aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado*. En *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, 2° semestre, 2009, págs. 537-597.

Martínez, Asier. *El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. La difícil construcción de una política intercultural*. En: Martí, Salvador (ed.) *Pueblos Indígenas y Política en América Latina*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2007, págs. 305-331.

Martínez Cobo, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Vol. V conclusiones, propuestas y recomendaciones*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987. Fue presentado en sucesivas entregas entre 1981 y 1984 (documento ONU E/CN.4/SUB.2/1986/7, de 1986), cfr. Pág 30.

Martínez, Juan; Juan-Martínez, Víctor; y Hernández, Violeta. *Derechos indígenas, entre la norma y la praxis. Reflexiones a partir del Seminario Internacional: Cerrando la brecha de implementación*, Konrad Adenauer, Colombia, 2018.

Martínez, Julieta. *Indígenas, campesinos y capitalismo: Una radiografía de San Juan Chamula, Chiapas*. En *Revista periferia*, Número 20 (2), diciembre 2015. Disponible en: <http://revistes.uab.cat/periferia> Universidad Autónoma de Barcelona.

Martínez, Manuel. *Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. En *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, UNAM, vol. 60, N° 224, México, 2015, págs. 251-278.

Martínez, Rubén. *El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. IUS. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, N° 23, 2009, págs. 264-274.

Massal, Julie. El proyecto político indígena ecuatoriano Convergencia y Divergencias con su entorno político. En *Colombia Internacional*, N° 71, 2010. págs 9-33.

Medellín, Ximena, *Principio pro persona*, *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 17, N° 1, Talca. 2019, pp. 397-440.

Medeci, Alejandro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*. En *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Universidad de la Plata Argentina, N°3, Octubre 2010. págs. 3-23.

Mensaje de S.E. El Presidente la República Patricio Aylwin Azócar. Fecha 15 de octubre, 1991. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 323, en *Historia de la Ley N° 19.253*.

Mejías, Blanca. *Pluralismo epistemológico y derechos de los pueblos indígenas ¿Utopías posibles?* En *Revista Nuestra America*. Vol 7, N° 14, 2019. Págs 82-101.

Melgar, A., *El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*. Universidad Católica de San Pablo, Lima, 2016, págs .209-219.

Melo, Mario, *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*. En *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 4, año 3, 2006.

Meza-Lopehandia, Matias (Editor), *Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*. Art. El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno, Observatorio Ciudadano, 2010 págs. 81-83.

Mendoza, Carlos, *El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: una vía para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia*. En *Revista Investigare*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Merkouris, P. *(Inter)temporal considerations in the interpretative process of the VCLT: Do treaties endure, perdure or exdure?* Netherlands yearbook of international law, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2015, pág. 121.

Mereminskaya, Elina. *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales derecho internacional y experiencias comparadas*. *Revista Estudios Públicos* N° 121 Centro de Estudios Públicos. Santiago Chile 2011, Cfr págs. 220-223.

- Montoya, José. *Rousseau y los Derechos del Hombre*. En *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, Valencia, 1989, págs. 33-43.
- Namuncura, Domingo, *Los pueblos indígenas y los desafíos del 2000*. En *Revista Perspectiva*, volumen 3, N° 2, 2000.
- Nash, Claudio, *Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno*, J. Aylwin (editor), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, págs. 6 y 7.
- Navarro, Enrique. *El Estado Empresario a la luz de la Constitución del 1980*. En *Revista de Derecho Público* Vol. 62. 2000. Págs 32-47.
- Navarro, Ximena (Comp.), *Patrimonio arqueológico indígena en Chile. Reflexiones y propuestas de gestión*, Instituto de Estudios Indígenas-UNESCO, Temuco, 1998.
- Nikken, Pedro, *Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights*, en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann(eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, págs. 247.
- Noguera, Albert. *El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Revista vasca de Administración Pública R.V.A.P.* núm. 83-2009. Págs. 117-147.
- Nogueira, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo 2006-2011*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 10, N° 2, 2012., págs. 57-140. Cfr.pág.117.
- Nogueira, Humberto. *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia*. En *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol.13, N° 2, 2015.
- Nogueira, Humberto. *El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006 - 2010*. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, Vol. 39, N° 1, 2012, págs. 149-197.
- Nogueira, Humberto. *El uso del derecho y jurisprudencia constitucionales extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 11, N° 1, 2013, págs. 221-274. Cfr. págs. 222-223.
- Nogueira, Humberto. *Jurisprudencia el principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional*. En *Revista Ius et Praxis* · Año 9 · N° 1 Talca 2003.
- Nogueira, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia*. En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 9, N° 1, 2003, págs. 403-466.

Nogueira, Humberto. *Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, N° 2, Año 6, 2001.

Nogueira, Humberto. *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, N° 2, Año 2, 1997, págs. 37-40.

Nogueira, Humberto. *Los senadores designados y los derechos políticos de los ciudadanos chilenos ante la Convención Americana de Derechos Humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, Vol 5, N°2, Talca, 1999, cfr. págs. 233-238.

Novak, Fabián. *Criterios para la interpretación de los tratados*. En *THEMIS-Revista de Derecho*, 63, Lima, 2013, págs. 71-88.

Núñez, Álvaro. *Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación. Veinte y tres problemas interpretativos sobre la regulación del código Civil chileno sobre la interpretación*. En *Revista IUS et Praxis*, año 22, N° 1, 2016. Págs. 129-164.

Núñez, Cayetano. *El Principio Autónomo en el texto constitucional Boliviano de 2008*. En *UNED. Teoría y realidad Constitucional* N° 24, Madrid 2009 cfr. págs 582 y 583.

Núñez, Manuel. *Introducción al concepto de Identidad Constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los Derechos de la Persona*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 14, N° 2, 2008, págs. 331-372.

Núñez, Manuel. *La función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXII, Valparaíso, 2009, págs. 487-529. Cfr. pág 510.

Núñez, Manuel. *Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia*. En *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, año N°2, N°4, 2011, Chile, cfr. págs. 66-69.

Nuria, Belloso. *Una Relectura del Principio de Dignidad de la Persona Humana: su Fundamentación Kantiana y su Proyección Actual. Direitos Fundamentais e Justiça*. En *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito*, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, HS Editora, Porto Alegre, Ano 2, N° 4, julio- septiembre, 2008, págs. 103-124.

Olano García, Hernán. *El bloque de Constitucionalidad en Colombia*. En *Revista Estudios constitucionales*, año/vol. 3, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2005 págs. 231- 242.

Ortelli, Paola; Cruz, Elisa. *La gestión y el autodesarrollo como derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas*. En *Revista digital Pueblos y fronteras*, Vol 6, N° 11, 2011, México, págs. 246-272.

Orrego, Cristóbal. *El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart*. En *Revista Chilena de derecho*, vol. 22, N°1, 1995. Págs. 23-40.

Osorio, Carlos. *Autonomía Indígena y democracia en Colombia*. En *El Agora USB Revista de Ciencias Sociales*. Bogotá 2017. Págs 105- 127

Pascual-Vives, F. *El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: Una aproximación consensualista*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2013.

Pele, Antonio. *Kant y la Dignidad Humana*. En *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, N° 111, Belo Horizonte, 2015, págs. 15-46.

Patiño, Luis. *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol 7, 2019, cfr. págs. 98-103.

Pérez Laura; Cardoso, René. *Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo occidental*. En *Revista Contribuciones desde Coatepec*, N° 26, págs. 49-66.

Pérez Luño, Antonio. *Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del Sistema Constitucional*, UNED Teoría y Realidad Constitucional, N°20, 2007, págs. 500 y 501.

Pérez Villar, Carmen. *El derecho de autodeterminación de los pueblos*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997. Págs. 473-481.

Pereira, Gustavo. *Ética democrática y lucha por el reconocimiento: una reconstrucción de la influencia de Hegel en la democracia deliberativa*. En *Areté Revista de Filosofía*, vol. 23, N° 1, Lima, 2011, págs. 125-158.

Peña, Carlos. *¿Por qué necesitamos a Kant?* En *Centro de Estudios Públicos*, N° 69, Santiago 1998, cfr. págs 5-17.

Pérez Laura; Cardoso, René. *Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo occidental*. En *Revista Contribuciones desde Coatepec*, N° 26, págs. 49-66, 2014.

Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Constitución Política de la República y tratados internacionales*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 2, N° 2, 1997, págs. 63-72.

Pfeffer, Emilio. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*. *Revista Ius et Praxis*, Talca año 9 N° 1, 2003. Págs. 467-484.

Pinto, Jorge. *El conflicto Estado Mapuche 1900-1960*. En *Revista Universum* Universidad de Talca n° 27 vol 1 2012, págs 167-189.

Prado, Maximiliano, *La cuestión Indígena y las exigencias de su reconocimiento*. En Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto, Santiago, Pág 25.

- Precht Pizarro, Jorge. *Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho Interno chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. 2, N° 2, 1997, págs. 121-154.
- Pinto, Jorge. *El conflicto estado mapuche 1900-1960*, En *Revista Universum*, Universidad de Talca, N° 27, Vol. 1, 2012, págs 167-189, cfr. 173-176.
- Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pág.163.
- Ponte, María. *Estado multicultural y pueblos indígenas: autonomía y derechos colectivos*. En *Ecuador y su nueva Constitución de 2008, un referente para los pueblos indígenas de América Latina*. Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica. 2010, págs. 2465-2487.
- Pozzolo, Susana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, Alicante, 1998, págs. 339-353.
- Quijada, Mónica, *Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿Una pulsión colectiva duradera?* En: Giraud, Laura (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 72-73.
- Quintanilla, Stenka, *Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos*. En *Revista Jurídica Derecho*, Vol 2, N° 3, La Paz, 2015, cfr. 87-90.
- Ramírez, Susana. *Salud, globalización e interculturalidad: una mirada antropológica a la situación de los pueblos indígenas de Sudamérica*. En *Departamento de Antropología*, Universidad Rovira i Virgili, *Ciencia y Salud Colectiva*, N° 19, 2014, págs. 4061 a 4069.
- Ravest, Maximiliano. *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales: Breve análisis del derecho comparado*. En *Revista de Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 17, 2011, págs. 91-118.
- Rea, Sergio. *Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los caso de México y Chile*. En *Boletín mexicano de derecho comparado*, Volumen 48, 2015, págs. 1083-1117.
- Rietiker, Daniel. *The principle of "effectiveness" in the recent jurisprudence of the european court of human rights: Its different dimensions and its consistency with public international law – No need for the concept of treaty sui generis*. En *Nordic Journal of International Law*, Brill Publishers, Vol. 79, N° 2, 2010, págs. 245-277.
- Ríos, Lautaro. *El principio constitucional de la función social de la propiedad*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, Tomo LXXXIV, N° 2, 2010, págs. 57-73.
- Ríos, Lautaro. *Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 2, N° 2, 1997, págs. 101-112.

Ríos, Lautaro. *Razón y Fuerza de la Constitución de 1980*. En *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16, núm. 2 1989, págs. 325-336.

Rocca, Maria. *¿Quiénes son "los otros"? La cuestión étnica en la lucha por la liberación de Mozambique*. En revista *Estudios de Asia y África*, vol. XLVII, N° 1, México, 2012, págs. 89-118.

Rodríguez, Javier. *La lucha por el capital y la lucha por la subsistencia. La violencia del sistema capitalista en los indígenas wichi del Chaco argentino*. En *Revista de Antropología Experimental*, N° 16, Universidad de Jaén, España, 2016. Texto 24: 365-379.

Rodríguez, Pedro, *La Propiedad Privada*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIX, N° 5 y 6, 2010. págs. 111-142.

Rodríguez, Rubén. *Liberalismo y Comunitarismo: un debate inacabado*. En *Stvdivm Revista de Humanidades*, Universidad de Zaragoza, N° 16, (2010), págs. 201-229.

Romero, Carlos y Betancur, Ana, *El proceso agrario: La frustración del saneamiento agrario*, La Paz, 2002. Disponible en: <https://www.alainet.org/es/active/9723>

Rodrigues, Simone y Domínguez, Carlos. *Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina*. En revista *Política y Cultura*, N° 35, México, enero 2011, págs. 49-66.

Rohrmoser, Rodolfo, *La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho interno Guatemalteco*. En *Revista Estudios Constitucionales*, Vol 3, N° 1, 2005, cfr. Págs. 263 a 264.

Romero, Juan y Ayala, Pablo. *Comunitarismo versus Liberalismo*. En *Estudios Políticos*, N° 8, octava época, México, 2006, págs. 43-57.

Rossel Contreras, Mario. *Constitución y tratados de derechos humanos*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 2, N°. 2, 1997, págs. 113-119.

Rousseau Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>

Ruiz Manero, Juan. *Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el Propio Bobbio*. En *Revus*, 26, 2015. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/3324> Consultada en agosto de 2019.

Ruiz, Juan. *El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo como herramienta para el proceso de consulta previa*, 2012. Disponible en: <https://www.alainet.org/es7active/58115> Consultada en septiembre de 2019.

Ruiz, Mario. *Sociedades Multiculturales y Sistemas Jurídicos: intersecciones y confrontaciones*. En *Revista Derechos y Libertades*, N° 32, Época II, 2015, págs. 79-105.

Ruiz-Tagle, Pablo. *Dogmática sobre la propiedad constitucional y civil en Chile*. En *Revista de Derecho y Humanidades*, (24) 2014. Págs 21-58.

Ruiz, Osvaldo. *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el sistema interamericano*. En *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, vol. 40, N° 118, 2007, págs. 193-239.

- Ruiz Tagle, Pablo. *La propiedad en Chile y sus dilemas*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 51, dic. 2018. Págs. 199-230.
- Sagués, Nestor, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Anticipo de Anales año XLII, 2ª época nº 36, Buenos Aires 1998, pág.1-30.
- Samper, Frank. *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano Tomo II*. Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2006, págs. 761-778.
- Sánchez, Carmen y Burneo, Jeamil. *Políticas lingüísticas del Ecuador en relación al idioma Kichwa*. En *Revista de la Universidad Internacional del Ecuador* 2018, Vol 3, No. 5, cfr.. 49-51
- Sales, Tomeu. *Feminismo, democracia y ciudadanía; de la crítica a la democracia patriarcal a la política democrática radical feminista*. En *Astrolabio Revista internacional de filosofía*, año 2013, Nº 15, págs. 72-79.
- Schonsteiner, Judith. *El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional Chileno: El mínimo común denominador*. En *Revista de Derecho Valdivia*, Volumen 29, Nº 1, 2016, págs. 197-226.
- Sierra, María Teresa. *Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas*. En *Alteridades*, 7 (14), 1997, págs. 131-143.
- Sierra, María Teresa; Hernández Rosalía y Sieder, Rachel (Editoras), *Justicia Indígena y Estado. Violencias Contemporáneas*, Flacso, México, 2013.
- Simbaña, Floresmilo. *Consulta previa y democracia en el Ecuador Chasqui*. En *Revista Latinoamericana de Comunicación*, Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina Quito, núm. 120, 2012, cfr. págs. 4-8.
- Soto, Willy. *La colonialidad del poder y el cosmopolitismo: Un análisis comparativo*. En *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonials*, vol. 1, Nº 2, 2011, págs. 49-64.
- Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego (Compiladores), *Entre la ley y la costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- Stavenhagen, Rodolfo. *La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas. Los pueblos indígenas y los Estados nacionales en Hispanoamérica*. En *Serie de Estudios Culturales*, Organización de Estados Americanos, Nº 9, págs. 1-47.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos Indígenas y su acceso a los Derechos Humanos*, Consejo Internacional para el estudio de los Derechos Humanos, VI Asamblea, Guadalajara, 2003.
- Stavenhagen, Rodolfo, *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*, 2008. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000225613>

Stavenhagen, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Misión a Ecuador, 2006. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6563.pdf>

Stavenhagen, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.*, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 60º período de sesiones, 2007.

Stavenhagen, Rodolfo. *La Diversidad Cultural en el Desarrollo de las Américas. Los pueblos Indígenas y los Estados Nacionales en Hispanoamérica*. Serie de Estudios Culturales, Organización de Estados Americanos, Nº 9, 2002, págs. 21-23.

Stavenhagen, Rodolfo. *Los Derechos indígenas nuevo enfoque del sistema Internacional*. En *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH*, Vol Nº 10, Costa Rica, 1989, cfr. Pág 41 a 42.

Stavenhagen, Rodolfo. *Derechos Indígenas y derechos culturales de los pueblos indígenas*. En *Lo propio y lo ajeno. Interculturalidad y sociedad multicultural*. Coordinadoras: Klesing, Ursula y Knoop, Astrid, Plaza y Valdes Editores, México, 1996, cfr. págs. 71-96.

Stavenhagen, Rodolfo. *Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina Araucaria*. En *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, vol. 4, Nº 7, 2002.

Subercaseaux, Bernardo. *Política y cultura. Desencuentros y aproximaciones*. *Revista Nueva Sociedad* Nº116 1991, págs. 138-145.

Tapia, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. En OSAL, CLACSO, año VIII, Nº 22, Buenos Aires, 2007.

Tomgelli, Alexandra. *El Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas en Chile. Avances y desafíos*. En *Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, Vol XLIII: 1-2, 2013. Cfr. págs. 115 a 119.

Torp Helmersen, Sondre. *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, Issue 1 Spring/Summer, 2013, cfr. págs. 127-148.

Trabucchi, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil, Traducción con notas y concordantes de Derecho español por Luis Martínez Cal-cerrada*, II volúmenes, 529 págs. y 488 págs. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid, 1967, pág. 46.

Trucco, Humberto. *Teoría de la Posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno*. RDJ Doctrina, Tomo VII, Nº 6, 2010, págs. 131-155.

Trujillo, Julio. *La administración de la Justicia Indígenal Ecuador Intercultural*. En *Revista de la Universidad del Azuay*, Nº 65, Diciembre 2014, Págs. 275-296.

Trujillo-Osorio, Catalina y Escobar-Gómez, Angie. *Restricciones conceptuales del ordenamiento territorial colombiano; usos del territorio y formas de propiedad*. En revista *Entramado* Vol. 11, No. 2, 2015 cfr. págs 24- 29.

- Valdivia, Teresa. *Reconocimiento de derechos indígenas: ¿fase superior de la política indigenista del siglo XX?* En Nueva Antropología, Vol 26, N° 78, México, 2013, págs. 9-41.
- Valdivia, José Miguel, *Alcances Jurídicos del Convenio 169*. Estudios Públicos, N° 121, 2011.
- Vanhulst, Julien y Beling, Adrian. *El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad*. En revista *Polis* [En línea], 36 | 2013, Publicado el 16 enero 2014, consultado el 20 octubre 2019. Disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/9638>
- Vargas, Sorily y Ariza, Andrea, *Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano*. En *Revista de Estudios Sociales*, N° 53, julio 2015, págs. 65-75.
- Vega, Fernando. *El buen vivir-sumak kawsay en la Constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*. En *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 9, N° 1, Universidad de Alicante, 2014. págs. 167-194.
- Vergara, Alejandro. *La propietarización de los derechos*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen XIV, 1991-1992, cfr págs. 285-288.
- Vergara, Jorge. *Democracia y participación en Jean-Jacques Rousseau*. En *Revista de Filosofía Santiago*, Volumen 68, 2012, cfr. Págs 29-52.
- Vergara, Jorge Iván; Foerster, Rolf y; Gundermann, Hans. *Más acá de la legalidad La CONADI, la ley indígena y el pueblo mapuche (1989-2004)*. En *Revista Polis* Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas (CISPO) N° 8 2004.
- Vergara, Jorge; Gundermann, Foerster, Hans. *Legalidad y legitimidad: ley indígena, Estado chileno y pueblos originarios (1989-2004)*. En *Estudios Sociológicos* Vol. 24, No. 71.2006, págs. 331- 361
- Viciano, Roberto; Martínez, Rubén. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. IUS. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, págs. 7-29.
- Vives, Francisco. *Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos*. En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 66, N° 2, 2014, págs. 113-153.
- Viola, Francesco, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*. En revista *Ragion Pratica*, Il Mulino editores, N° 20, 2003.
- Vidal, Tomás, *Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional*, UNED Teoría y realidad Constitucional, N° 31, 2013, págs. 323-350.
- Wagner, Lucrecia. *Defendiendo la biodiversidad: resistencia a megaproyectos en América Latina*. En *Revista Ecología Política* No. 46, Biodiversidad 2013, Fundación ENT Barcelona. cfr págs. 80-84.
- Walsh Catherine: *¿Qué es la interculturalidad y cuál es su significado e importancia en el proceso educativo?*. En: *La Interculturalidad en la educación*. Lima, Ministerio de Educación, Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural, 2005. págs. 4-7

Wieviorka, Michael, *Diferencias culturales, racismo y democracia*. En: Daniel Mato (coord.) *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*. FACES UCV, Caracas, págs. 17-32.

Wray, Norman, *La Consulta como un derecho político de los pueblos indígenas*. En *Revista Iuris Dicto*, vol. 3, N° 6, Quito, 2002.

Wolkmer, Antonio; Fagundes, Lucas. *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. En *Revista Pensar*, Fortaleza, Vol. 16, N° 2, 2011. cfr. pág. 375.

Wolkmer, Antonio. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo Panor.* Braz. law - Vol 4, N° 5 and 6 (2016) 392 na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst. Curitiba, p. 143-155, 2010.

Yáñez, Manuel, *La jurisprudencia del Tribunal constitucional Chileno sobre Tratados Internacionales: el específico caso e las cláusulas auto ejecutables y no autoejecutables*. En *Revista de Derecho del Estado*, N°37, Santiago, 2016, págs. 229-254.

Yáñez, Nancy, *El acuerdo de voluntades estado de Chile - pueblo Rapa Nui: Bases normativas para fundar la demanda de autonomía rapa nui*. En *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios de Indígenas, Universidad la Frontera, Temuco, págs. 419-428.

Yowell, Paul, *Legislación, Common law y la virtud de la claridad*, *Revista Chilena de Derecho*, vol 39, N° 2, 2012, Págs. 481-512.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Hitos el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. En: Berraondo, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 537-567.

Yrigoyen, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, Págs 139-155. En: César Rodríguez Garavito (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

Yrigoyen, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *Revista El otro Derecho*, ILSA, N° 30, Bogotá.

Zárate, Santiago. *Claudio Antón de Luzuriaga y el registro inmobiliario chileno*. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XL, Valparaíso, 2018, págs. 391-403.

Zapata, Patricio, *La interpretación de la Constitución*. En *Revista chilena de Derecho*, Vol 17, 1990, págs. 161-176.

Zuazo, Moira, *¿Cómo nació el MAS? La ruralización de la política en Bolivia*, Fundación Ebert, 2009, págs. 12-14.

Zurbriggen, Cristina, *La falacia tecnocrática y la reforma del Estado. A 10 años del Informe del Banco Mundial*, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 210, Caracas, 2007.

III TESIS

Andrade, María. *Sistematización de experiencias: proceso de incidencia política de la Confederación de nacionalidades Indígenas de Ecuador Conaie con la propuesta de Estado Plurinacional en la Asamblea Nacional Constituyente periodo 2007-2008*. Tesis para optar al grado de Magíster en desarrollo local, mención en movimientos sociales. Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2012, cfr. 61-84.

Astudillo Stowhas, Alejandra Paz, *Estatuto histórico-jurídico de la Isla de Pascua (Rapa Nui)*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2013, cfr. págs 70-75.

Chamorro, Marcos; Quinteros, Viviana, *Avances Sobre el Estado de la Implementación en Chile, del Convenio 169 de la O.I.T Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el Periodo 2009 – 2013*, Tesis para optar al Grado de Licenciado en Gobierno y Gestión Pública, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile, 2014.

Cortés, Ana. *Resguardos Indígenas en la conservación: territorios en traslape*, Monografía para optar al título de especialista en estudios del territorio, Universidad Externado Colombia, 2018. Disponible en:

https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/682/1/DHA-spa-2018-Resguardos_indigenas_en_la_conservacion_territorios_en_traslape.pdf consultada en 12 octubre de 2019.

Espinosa, Adolfo. *La propiedad comunal indígena. Tratamiento internacional y teórico desde R. Dworkin y R. Alexy*. Tesis doctoral Universidad Carlos III Madrid 2013. cfr. 268 a 278.

Grifferos, Alejandra, *La otra cara del Paraíso. Comunidad, tradición y colonialismo en Rapamui, 1864-1964*, Tesis para Optar al Grado Académico de Licenciado en Historia, Universidad de Valparaíso, Chile, 1997.

Giada, Ciliberto. *Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en América Latina, con especial referencia a los pueblos Quechua*. Tesis para optar al Master of Science en Lenguas modernas para la comunicación y la cooperación internacional, Università degli Studi di Padova, Italia, 2018. Cfr. págs 41-55.

Disponible en: http://tesi.cab.unipd.it/62405/1/Giada_Ciliberto_2019.pdf consultada el 30 de septiembre de 2019.

Martínez, Jairo, *Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de HLA. Hart*. Memorando de Derecho para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Libre Seccional, Bogotá, cfr. Págs. 139-152. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851203.pdf>.

Mendoza Uriarte, Oscar Eduardo, *Chile, Un país colonialista, El caso del pueblo Rapamui y el Territorio de Te Pito o te Henua*. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Bolivariana. Chile. 2004.

Monniere, Paulette, *Implicancias constitucionales de la ley 19.253*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, p. 23.

Montory, Gonzalo. *Las Intervenciones Legales en el Derecho de Propiedad. Criterios para su adecuada calificación*, Tesis para optar al grado de Doctor, Pontificia Universidad Católica de Chile 2014. pp 35-47.

Paci, Juan, *Inescindibilidad del derecho con el contexto social*. Tesis doctoral Universidad de Castilla, España, 2015, págs. 113-118.

IV SENTENCIAS

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (31 de agosto de 2001): Caso Awas Tigni v/s Nicaragua.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (15 de junio de 2005): Caso Moiwana v/s Surinam.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (2005): Caso Yakye Axa vs Paraguay.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (23 de junio de 2005): Caso Yatama v/s Nicaragua.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (23 de junio de 2005): Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (6 de febrero de 2006): Caso comunidad indígena Yakye Axa v/s Paraguay.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (26 de marzo de 2006): Caso comunidad indígena Sawhoyamaya v/s Paraguay.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (2006): Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (12 de agosto de 2008): Caso pueblo Saramaka v/s Surinam.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (24 de agosto de 2010): Caso comunidad indígena Xákmok Kásek v/s Paraguay.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (2010) Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (27 de junio de 2012): Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo de 2014): Caso Norin Catriman y otros v/s Chile.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006): Caso Almonacid Arellano y otros con Chile.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (12 de agosto de 2008): Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (23 de noviembre de 2009): Caso Radilla Pacheco Vs. México.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de agosto de 2010): Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2010): Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de enero de 2014): Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de noviembre de 1999): Caso “Niños de la calle” Villagrán Morales y otros vs Guatemala.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012): Caso Artavio Murillo y otros vs Costa Rica.

Sentencias del tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1978): Caso Tyrer vs. Reino Unido.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010): Caso A, B y C vs. Irlanda.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009): Caso Scoppola vs. Italia (No. 2).

Sentencias de la Corte Suprema de Chile.

Sentencia de la Corte Suprema (2011): Considerando tercero, sentencia de casación en el fondo, causa Rol N° 9431.

Sentencia de la Corte Suprema (2008): Sentencia de casación en el fondo, causa Rol N° 2840-2008.

Sentencias del Tribunal Constitucional de Chile.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile (1990) Rol N° 115.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile (2002) Rol N° 346.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile (2000) Rol N° 309.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile (2008) Rol N° 1050.

Sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad: N° T-282-11.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad T-704 de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad C-030 de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad C-401 de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad SU-039 de 1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad C-169 de 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que hace referencia a la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad SU-383 de 2003.

Sentencias de la Corte Constitucional de Bolivia.

Sentencia de la Corte Constitucional de Bolivia N° 2003 del 25 de octubre de 2010.

Sentencia de la Corte Constitucional de Bolivia N° 2056 del 16 de octubre de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú N° 05427-2009-PC/TC de 30 de junio de 2010.

V CÓDIGOS DE LA REPÚBLICA.

Código Civil.

VI CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

Constitución Política de la República de 1833, publicada en Diario Oficial 25 de mayo de 1833.

Constitución Política de la República de 1925, publicada en el Diario Oficial, su última versión, el 6 de mayo de 1970.

Constitución Política de la República de 1980, publicada en el Diario Oficial, su última versión, el 17 de septiembre de 2005.

VII CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE OTROS ESTADOS.

Constitución Política de 1991 de la República de Colombia.

Constitución Política de 2008 de la República de Ecuador.

Constitución Política de 2009 de la República de Bolivia.

VII LEYES.

Ley N° 16.441 Crea el Departamento de Isla de Pascua, en Diario Oficial del 1° marzo de 1966.

Ley 17.729 de fecha 26 de septiembre de 1972. Sobre protección de Indígenas.

Ley N° 19.253. Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en Diario Oficial de 5 octubre 1993.

Convención Americana de Derechos Humanos, en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.

Convenio N° 107 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1957.

Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el Diario Oficial del 15 septiembre 2009.

Decreto Ley 2.885. Establece Normas Sobre el Otorgamiento de Títulos de Dominio Y Administración de Terrenos Fiscales en la Isla de Pascua, en Diario Oficial de 7 de noviembre de 1979.

Decreto ley 2.568 de 28 de marzo de 1979.

Decreto Supremo 269 del 10 de noviembre de 1980. Establece el Reglamento de la Comisión Especial de Radicaciones de Isla de Pascua.

VIII DECLARACIONES.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas.

Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

IX PÁGINAS WEB CONSULTADAS. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía, pág. 14. En: <https://www.gob.cl/acuerdoporlaaraucania/> consultada el 13 de septiembre de 2019.

Aguilar, Gonzalo, Laffose, Sandra, Rojas, Hugo, Steward, Rébecca: *Modelos de Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina*. En Serie Estudios, Vol. III, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile. 2009. Disponible en:

<https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81llis Comparado del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Ame%cc%81rica Latina%20 Dec%202010 CPPF Briefing Paper f.pdf>

Almaraz, Patricia. *Las tierras comunitarias de origen son instrumentos para recuperar el derecho sobre sus tierras*. Disponible en: http://cipca.org.bo/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=41&Itemid=33 consultada el 30 de noviembre de 2019.

Anaya, James. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, 2009. A/HRC/12/34. Disponible en: <http://goo.gl/le2KBU> consultada el 25 de julio de 2019.

Aula intercultural

www.aulainter-cultural.org/spip.php?article2581 Consultado el 15 de diciembre de 2013.

Aylwin, José. *Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado*, Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera. Disponible en: [Http://200.10.23.169/Derecho2.htm](http://200.10.23.169/Derecho2.htm) consultada el 10 de marzo de 2014.

Barceló, Víctor. *Los pueblos originarios o indígenas y el capitalismo salvaje*. SERVINDI. Perú. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/132764> consultada en agosto de 2019.

Base de datos sobre las normas internacionales aprobadas por Ecuador. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102616

Biblioteca del Congreso Nacional
www.bcn.cl consultada el 15 de enero de 2019

Boff, Leonardo. *¿Vivir mejor o «el buen vivir».* América Latina en Movimiento. En: <https://www.alainet.org/es/active/29839> consultada el 10 de septiembre de 2019.

Bronstein, Arturo. *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión.* OIT, 1998. En: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Bronstein.pdf> consultada el 10 de septiembre de 2019.

Culturas originarias de Chile
www.serindigena.org consultada el 2 de mayo de 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
www.cidh.oas/es/cidh/indigenas/default.asp consultada el 25 de abril de 2018

Centro de Documentación Mapuche, Nuke Mapu
www.mapuche.info consultada el 20 de abril de 2018.

CEPAL, *La matriz de la desigualdad social en América latina*, I reunión de la mesa directiva de la conferencia regional sobre desarrollo social de América Latina y el Caribe, Santo Domingo, 1 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/matriz_de_la_desigualdad.pdf consultada el 6 de octubre de 2018.

CIDH, buscador de jurisprudencia, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile
http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es
Consultada el 10 de agosto de 2018.

Clavero, Bartolomé, *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*, New York, 14-16 enero 2009. Disponible en: www.clavero.derechosindigenas.org

Clavero, Bartolomé *¿Qué derecho es el derecho del pueblo indígena a la tierra?* Disponible en: www.clavero.derechosindigenas.org

Constitución del Ecuador. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Control de Convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf> consultada el 28 de agosto de 2018.

Flores, Daniela. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, Quito, 2011, disponible en: http://inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf

García, Alfonso, *El descenso del positivismo por el abismo de sus convicciones.* Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Positivismo.pdf/3f757802-85ed-7c26-f590-fed7ecb737fe> consultada en septiembre de 2019.

Hans, Kelsen. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671>
Consultada el 28 de octubre de 2019.

FAO, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. <http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/> consultada el 18 de febrero de 2019.

INE, Instituto Nacional de Estadísticas. Síntesis de resultados del censo 2017. Págs 16-17. Disponible en: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf> consultada el 3 de marzo de 2019.

Informes de los relatores y la relatora, especiales sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/AnnualReports.aspx>.

Informes de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), disponibles en: http://www.dplf.org/es/resources?field_resources_region_tid_i18n=All&field_resources_country_tid_i18n=All&field_resources_topic_tid_i18n=720 consultada el 24 de abril de 2019.

Larsen, Peter. *La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina*. Instituto de estudios Internacionales y desarrollo. Ginebra, 2016. Disponible en: <https://journals.openedition.org/poldev/2247> consultada el 21 de octubre de 2019.

Lecaros, José Miguel. Apuntes de Derecho Civil págs 10 a 17 en: <http://www.josemiguellecaros.cl/v2/wp-content/uploads/2014/11/Los-Objetos-dcl-Derecho.pdf> consultada el 23 de octubre de 2018.

León, Magdalena. *El 'buen vivir': objetivo y camino para otro modelo*. En: http://base.socioeco.org/docs/el_buen_vivir_objetivo_y_camino_para_otro_modelo.pdf consultada el 28 de septiembre de 2019.

López, Francisco. *Autonomías Indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su construcción*. Colección Derechos Indígenas, 2006. Disponible en: http://www.cedrssa.gob.mx/files/b/8/17AUTONOMIAS_INDIGENAS_EN_AMERICA.pdf consultada el 20 de agosto de 2019.

López, Pabel. *Defensa de territorios indígenas en las tierras bajas de Bolivia: derechos colectivos, neoextractivismo y autonomía*. En *e-cadernos*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal CES N° 28, 2017 págs. En: <http://journals.openedition.org/eces/2473> consultado el 15 de agosto de 2019

Martínez, Rubén. *Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia*. En *Revista La Tendencia*. 2009 cfr págs. 37-41.

Meza-Lopehandía, Matías. *Estatuto jurídico de las tierras mapuche en Chile Análisis legal*. En Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional Chile 2019 En: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27851/1/BCN2019_Estatuto_juridico_d_e_las_tierras_mapuche_en_Chile.pdf consultado el 10 de octubre de 2019.

Melo, Mario, *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.surjournal.org/esp/index4.php> consultada el 10 de julio de 2015.

Opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuacion-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades> Consultada el 20 de marzo de 2019.

Rodríguez Grez, Pablo. *La propiedad raíz en Chile* En: <http://www.cadri.org/la-propiedad-raiz-en-chile-por-pablo-rodriguez/> consultado el 20 de marzo de 2018.

Ruiz, Juan, *El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo como herramienta para el proceso de consulta previa*, 2012. Disponible en: <https://www.alainet.org/es7active/58115> Consultada en septiembre de 2019.

Ruiz, Carlos. *El pueblo mapuche y el gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular*. Disponible en: <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/doc-152.pdf> consultada el 10 de agosto de 2019.

Sanjines, Esteban. *Las condiciones jurídicas de acceso a la tierra para campesinos e indígenas en Bolivia* Fundación TIERRA-Bolivia 2013. En: <https://porlatierra.org/docs/Qodr6enB.pdf> consultada 20 de septiembre de 2019.

Sepúlveda, Marco. *Inscripción, posesión y dominio: El caso chileno y la calificación registral de la Cláusula maldita o perversa*. En *Revista Fojas*, 2017. Disponible en: <http://fojas2017.cliqueable.cl/articulos/inscripcion-posesion-y-dominio-el-caso-chileno-v-la-calificacion-registral-de-la-%E2%80%9Cclausula-maldita-o-perversa> consultada el 30 de agosto de 2019.

Smith, Sara. *La cuestión indígena y el Estado nacional: Análisis crítico de discursos oficiales contemporáneos en Chile*. Universidad de Montreal. En: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/17312/Smith_Sara_2005_memoire.pdf?sequence=1 consultado el 15 de octubre de 2019.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos y Derechos Culturales en los Pueblos Indígenas*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2775772> Consultado el 10 de noviembre de 2013.

Stavenhagen, Rodolfo. *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. Misión a Bolivia 2007. págs 1-33. Cfr. Pag 2. Disponible en: www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/.../A-HRC-9-11-Add2_sp.doc Consultada en septiembre de 2018.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)
<https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> consultada el 23 de mayo de 2018.

OIT Ratificación de convenios de Ecuador
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:10261
6 Consultado 20 de marzo de 2019.

www.politicaspUBLICAS.net consultada el 15 de mayo de 2018.

www.meli.mapuche.org consultada el 10 de marzo de 2018.

Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas
http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf consultada el 25 de septiembre de 2018.

Rebelión, Bolivia eleva a rango de Ley la Declaración de la ONU sobre Derechos Indígenas
www.rebelion.org/noticia.php?id=58516 consultado el 5 de diciembre de 2013.

Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, Bolivia 2009 Informe Final Referéndum Constituyente – 25 de enero de 2009

http://eeas.europa.eu/archives/eucom/missions/2009/bolivia/pdf/eucom_bolivia_2009_final_report_es.pdf Consultada el 15 de enero de 2019.

Vargas, Nataly. *Los tratados internacionales de Derechos Humanos en la nueva constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Págs 329-342. En: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.329-342.pdf consultada el 23 de septiembre de 2019.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: PROPIEDAD ANCESTRAL	10
1. La Interpretación en el Derecho Internacional y en los Derechos Humanos.	11
1.1. Principios y reglas generales de interpretación de los tratados.	11
1.2. Interpretación de los derechos humanos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	12
2. Concepto y fundamento del principio pro persona.	14
2.1. Contenido del principio.	16
2.2. Preferencia normativa.	17
2.3. Preferencia interpretativa.	19
2.3.1. Interpretación restringida de límites.	20
2.3.2. Interpretación extensiva.	20
2.4. Interpretación en relación al objeto de protección de las normas de derechos humanos.	21
3. Concepto y fundamento del effet utile	23
4. La interpretación evolutiva.	26
4.1. Definición de Interpretación evolutiva.	30
4.2. Características.	32
4.3. Campo de aplicación	34
4.4. La interpretación evolutiva en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	37
	267

5. Propiedad Ancestral	43
5.1. Concepto de la Propiedad Ancestral	43
5.2. Fuentes Internacionales no regionales del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena	46
5.2.1. En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.	47
5.2.1.1. La incorporación del Convenio 169 de la OIT en Chile.	51
5.2.1.2. Implicancias políticas e Implicancias legales	51
5.2.2. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	55
5.3. Fuentes Regionales del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional Regional.	58
5.3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	59
5.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.	60
5.3.3. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	65
6. Reconocimiento y evolución jurisprudencial de estándares en el sistema interamericano	67
6.1. Formas particulares de vida comunitaria.	67
6.2. Derecho a la identidad cultural.	68
6.3. El título indígena, la delimitación y demarcación del territorio indígena.	72
6.4. Relación omnicompreensiva con sus tierras tradicionales.	76
6.5. Sentido de pertenencia colectivo a la tierra.	78
6.6. Derecho a la vida y disfrute de derechos por los indígenas.	81
6.7. Consulta y consentimiento libre, previo e informado.	85
CAPÍTULO II: Multiculturalidad , pluralismo y derecho propio de los pueblos indígenas para contextualizar el régimen de propiedad indígena.	88
1. Multiculturalidad, pluriculturalidad y o interculturalidad	89
2. Multiculturalidad	90
2.1. El concepto de multiculturalismo.	90
2.2. Fuentes del multiculturalismo	91
2.3. El debate liberal-comunitario.	93
2.3.1. Los derechos de las minorías entendidos desde la perspectiva del comunitarismo.	94
2.3.2. Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal.	101
2.3.3. Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional.	104
2.3.4. Liberalismo igualitario o culturalismo liberal.	105
3. El derecho propio.	106
3.1. Reconocimiento constitucional de la existencia de pueblos indígenas.	109
3.2. Derechos de propiedad ancestral sobre sus territorios y sus recursos naturales.	110
3.3. Derecho de libre determinación.	111
3.4. Administración de justicia.	112
4. Pluralismo jurídico y derechos indígenas.	113
5. "La brecha de implementación".	115
	268

6. Los cambios constitucionales .	
6.1. Constitucionalismo multicultural.	121
6.2. Constitucionalismo pluricultural.	122
6.3. Constitucionalismo plurinacional o constitucionalismo dialógico e intercultural.	123
7. Análisis del derecho de propiedad indígena en las cartas fundamentales y en la jurisdicción constitucional de Colombia, Ecuador y Bolivia.	124
7.1. Consideraciones previas.	124
7.2. Ordenamiento constitucional sobre pueblos indígenas en Colombia.	126
7.2.1. El Convenio 169 de la OIT en Colombia.	128
7.2.2. Análisis de la garantía constitucional del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en la CPR Colombiana.-	129
7.3. Ordenamiento Constitucional sobre pueblos indígenas en el Ecuador.	135
7.3.1. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y otras normas de derecho internacional en Ecuador.	139
7.3.2. La noción del Sumak Kawsay, “el buen vivir”.	140
7.4. Ordenamiento Constitucional sobre los pueblos indígenas en Bolivia.	143
7.4.1. Análisis de la garantía constitucional del derecho a la propiedad en Bolivia.	146
7.4.2. Análisis de la garantía constitucional del derecho a la propiedad en Bolivia.	147
7.4.3. El Convenio 169 de la OIT en Bolivia.	150
CAPÍTULO III: Régimen de propiedad chileno y propiedad ancestral del pueblo Rapa Nui.	152
1. Régimen de propiedad, compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral.	153
1.1. Régimen de propiedad chileno.-	153
1.2. Breve reseña de la historia constitucional y legal chilena sobre los pueblos indígenas.	154
1.3. La situación de los Tratados Internacionales y su aplicabilidad en Chile.	164
1.3.1. La reforma al art 5 de la Constitución Política de la República.	164
1.3.2. Doctrina sobre el sentido de la reforma.	166
1.3.3. Jerarquía de lo tratados.	168
1.4. ¿Régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral?	183
1.5. Las normas del Código Civil.	184
1.5.1. La prueba del dominio.	185
1.5.2. Finalidades y requisitos de la inscripción conservatoria.	186

2.- El caso del pueblo Rapa Nui.	187
2.1. La "propiedad" de la tierra para el pueblo Rapa Nui.	188
2.2. Actos jurídicos en que el Estado justifica la propiedad del fisco sobre Isla de Pascua.	197
2.2.1. El pacto de voluntades.-	197
2.2.2. La Inscripción Fiscal de Isla de Pascua.	198
2.2.3. La Ley 16.441 "Ley Pascua".	201
2.2.4. El Decreto Ley 2.885.	204
2.2.4.1. Análisis del DL 2885.	205
2.2.4.2. La problemática que surge con el DL 2885.	206
2.2.5. La Ley Indígena, 19.253.	208
2.2.5.1. El Proyecto de Ley.	209
2.2.5.2. Análisis de la ley.	210
3.- La frustrada consulta para modificar la ley 19.253.	218
CONCLUSIONES.	226
BIBLIOGRAFÍA.	231