



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



“La propiedad ancestral indígena un Derecho Humano: El caso Rapa Nui”

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

Alumno: Luis Fernando Astudillo Becerra
Profesor Dr : Gonzalo Aguilar Cavallo

VALPARAÍSO-CHILE
NOVIEMBRE-2014

A mis papás Alberto y Mercedes; a mi Sra. Jennifer; a mis hijos Abigail, Alejandra,
Fernando, Gabriel, Sebastián, Camilo, Jennifer, Vicente y Benjamín; a mis nietos Felipe,
David y Tahaere.
Con mi amor de siempre.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	4
Resumen-Abstract	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. Propiedad ancestral, título jurídico de los pueblos indígenas	10
1. Concepto y contenido de la propiedad ancestral.	10
2. Reconocimiento positivo del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional.	12
2.1. En el Convenio 169 de la OIT.	13
2.2. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.	14
2.3. Consecuencias y aplicación práctica de la DNUDPI en América Latina.	16
3. Desarrollo pretoriano del derecho a la propiedad indígena.	18
3.1. Jurisprudencia.	8
3.1.1. Casos.	21
3.1.1.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mayagna (sumo) Awas Tingni con Nicaragua.	21
3.1.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Xákmok Kásek con Paraguay.	25
3.4. Consecuencias de esta jurisprudencia.	27
4. Formas como se expresa la propiedad, en el caso Rapa Nui.	28
CAPÍTULO II. Régimen de propiedad chileno y propiedad ancestral	33
1. Régimen de propiedad, compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral.	33
1.1. Régimen jurídico chileno de propiedad.	33

1.1.1. Las normas constitucionales sobre el derecho de propiedad	34
1.1.2. Las normas del Código Civil	36
1.2. Régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral.	37
2. El caso del pueblo Rapa Nui.	38
2.1. El Pacto de voluntades.	39
2.2. La Inscripción Fiscal de Isla de Pascua.	40
2.3. La Ley 16.441	43
2.4. El Decreto Ley 2.885	46
2.4.1. Análisis del Decreto Ley 2.885	47
2.4.2. Problemas que ha generado	49
2.5. La Ley Indígena 19.253	52
2.5.1. El proyecto de ley	52
2.5.2. Análisis de la ley	53
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFIA.	69

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.

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.

DL= Decreto ley.

DNUDPI= Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Pueblos Indígenas.

Ley Indígena= Ley 19.253.

OEA= Organización de Estados Americanos.

OIT= Organización Internacional del Trabajo.

ONU= Organización de las Naciones Unidas.

Párrs= Párrafos.

Pág= página.

Resumen-Abstract.

Resumen: El objetivo de esta investigación es demostrar cómo el Derecho Internacional ha declarado que constituye un título jurídico de los pueblos indígenas estar en posesión de sus tierras y territorios, desde tiempos inmemoriales, esto se conoce como “propiedad ancestral”. Título jurídico que bastará para que el derecho de propiedad de estos pueblos sea reconocido por los Estados, y como éste es para los pueblos indígenas un derecho humano.

El autor analizará el concepto de la propiedad ancestral, la forma como se expresan esos contenidos en el Derecho Internacional, su aplicación en 2 casos de pueblos indígenas que reclamaron sus derechos ancestrales y la forma como el pueblo Rapa Nui entiende la propiedad sobre la tierra.

Se analizará cuan compatible es el derecho chileno con la propiedad ancestral. Para concluir que ésta se constituye en un derecho humano de los pueblos indígenas y que el Estado de Chile no ha cumplido sus obligaciones internacionales en relación a éstos pueblos.

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

Abstract: The main objective of this research is to demonstrate how the international Law has assumed that the ancestral aboriginal property of the land has become a “property deed”, and how this deed has to be recognized by the Nations. In the same way, to determine how the property of the lands has become a Fundamental Right for the Indigenous people.

The author will analyze the concept of the ancestral property, the way those concepts are expressed in the international Law, how it is applied in 2 cases of indigenous peoples who claimed their ancestral rights on the land and the way Rapa Nui people understand the property of the land.

It will be analyzed the way Chilean laws and ancestral property are compatible to apply in a legal process. To conclude that the ancestral property is a Human Right for the indigenous people and that Chilean Governments have failed to fulfill with the international obligations with these people.

Key words: Indigenous right, human rights, ancestral property, indigenous title, Rapa Nui people.

INTRODUCCIÓN

Una de las reivindicaciones más importantes de los pueblos indígenas es el reconocimiento de los derechos a la tierra, éste se constituye en un derecho humano fundamental para estos pueblos, ya que su relación con la tierra es esencialmente espiritual y cultural, no necesariamente económica, como lo es para el hombre blanco.

Ellos consideran, y con justicia desde la perspectiva de este autor, que tienen un título inmemorial a usar y poseer tierras que han ocupado tradicionalmente, este es el título indígena. El que ha sido aceptado crecientemente por los tribunales extranjeros e internacionales, no así por nuestros tribunales en esta materia.¹

Este proyecto de investigación pretende determinar cuál es el sentido y alcance que tiene la propiedad sobre tierras y territorios- no se referirá a los recursos naturales- 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, demostrar que el derecho a la tierra se constituye en un derecho humano fundamental para los pueblos indígenas. Todo lo anterior desde la mirada de un pueblo: el pueblo Rapa Nui.

Los pueblos indígenas culturalmente tienen una relación con la tierra que es muy diferente a la del hombre blanco con ella, por ejemplo los Rapa Nui entierran la placenta de sus hijos, recién nacidos, en el lugar que constituye la tierra de la familia.²

Asimismo, este trabajo pretende: elaborar un concepto y contenido de la propiedad ancestral y determinar cuál ha sido la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de ella; determinar, si el régimen jurídico chileno de propiedad es compatible o no con la propiedad ancestral y las normas internacionales de derechos humanos que rigen al respecto.

¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo; “El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho Chileno”; Revista Ius Praxis, 11 (1): pp. 269-295, 2005.

² Conversación con Poki Tane Haoa Hey, el 8 de octubre de 2013, en Rapa Nui, a raíz del nacimiento de su futura hija, mi nieta, Tahuaere Himenemai.

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

¿Cuál es el sentido y alcance de la noción de propiedad ancestral?

¿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 la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las reivindicaciones de pueblos indígenas por tierras ancestrales? ¿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 Conservador de Bienes Raíces, en adelante CBR, de Valparaíso en 1933, adolece de vicios y contradice el propio ordenamiento constitucional y legal de la época?

Este proyecto de investigación pretende 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.

De este modo se busca 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 jurídica a sus legítimas demandas.

Es deber de la sociedad y del Estado, a través de sus instituciones, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades y la adopción de medidas para el logro de tales fines y la protección de las tierras indígenas y su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y su ampliación³, en Chile es una tarea pendiente, que ni siquiera va en sintonía con las obligaciones con el Derecho Internacional que ha adquirido nuestra República.

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.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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.

Nos parece posible, que nuestros tribunales de justicia con una aplicación e interpretación, sobre la base de las normas y de jurisprudencia del Derecho Internacional, del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, en adelante CPR, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la Convención Americana de Derechos Humanos especialmente su artículo 21, 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, la posesión de la tierra basta 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.⁵

³ Ley n° 19.253, publicada en el Diario oficial el 5 de octubre de 1993, artículo 1 inciso 3.

⁴ Bertini Chiriboga, Leonello y Yáñez Fuenzalida, Nancy; “Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional”, Anuario Derechos humanos N° 9, 2013 pp.151-160.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso comunidad indígena Xákmok Kásek v/s Paraguay sentencia 24 de agosto de 2010.

El trabajo se ordena en dos capítulos, en el primero se analiza el concepto y contenido de la propiedad ancestral, en los pueblos indígenas: en el caso Rapa Nui, en el pacto 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del los Pueblos Indígenas, 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 de la comunidad Awas Tingni con Nicaragua y el caso de la comunidad Xákmok Kásek con Paraguay.

En el capítulo segundo se analiza el Régimen de propiedad en Chile y las, compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral y se presenta 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 revisando críticamente las principales normas que regulan a Isla de Pascua y especialmente la inscripción fiscal de 1933.

CAPÍTULO I

Propiedad ancestral, título jurídico de los pueblos indígenas

El objetivo específico de este apartado es demostrar cómo, en el Derecho Internacional se ha asumido que constituye un título jurídico de los pueblos indígenas, estar en posesión de sus tierras y territorios desde tiempos inmemoriales, título jurídico que bastará para que el derecho de propiedad ancestral de éstos pueblos sea reconocido por los Estados.

En el presente capítulo analizaremos el concepto y contenido de la propiedad ancestral y, la forma como se expresan esos contenidos en el caso de un pueblo Rapa Nui. Además veremos como el derecho a la propiedad ancestral es incorporado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en adelante DNUDPI, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, y la forma cómo, a través de ella y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, se interpreta y se aplica al caso de la propiedad ancestral el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica, en adelante CADH; para concluir en el análisis de 2 casos de pueblos indígenas quienes reclaman sus derechos ancestrales sobre la tierra, ante la Corte IDH, y la forma como ésta resolvió dichas acciones.

1. Concepto y contenido de la propiedad ancestral.

Antes de entrar al análisis de lo que es la propiedad ancestral, es necesario precisar, dos cosas: Primero, que cuando hablamos de propiedad ancestral la hacemos sinónimo de propiedad indígena; Segundo, que es necesario hacer una definición de quienes son indígenas, en ese sentido nos parece muy interesante la conceptualización que hace 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 precoloniales 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”⁶.

Por su parte el profesor Aguilar ha mencionado que: *“En las últimas décadas, una de las reivindicaciones más poderosas de los pueblos indígenas ha sido el reconocimiento de los derechos a la tierra. Los pueblos indígenas consideran que tienen un título inmemorial a usar y poseer las tierras que ellos ocupan...”*⁷, pero, según Rodolfo Stavenhagen su reclamo no es sólo por su tierra *“...también reclaman con insistencia sus derechos territoriales, es decir, el reconocimiento y la delimitación legal de sus territorios ancestrales, ocupados en forma continua por un grupo indígena a lo largo del tiempo, y que generalmente representan el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”*⁸

Sobre la base de lo recién expuesto, hay que considerar que, existe una importante diferencia en la concepción de la propiedad, en su contenido clásico, de claro contenido individual, con la concepción del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas que tiene una dimensión colectiva.⁹ Esto significa que respecto de la propiedad la titularidad del derecho es grupal y comunitario, no se centra en el individuo sino en el grupo.

Así mismo, es necesario tener en cuenta, en relación a la propiedad ancestral, 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

⁶ Martínez Cobo, José R., Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. volumen V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Nueva York, Naciones Unidas, 1987, pág. 30.

⁷ Aguilar Cavallo, Gonzalo. El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno. Revista Ius et Praxis, 11 (1) pág. 269, 2005.

⁸ Stavenhagen, Rodolfo. Derechos Humanos y Derechos Culturales en los Pueblos Indígenas en dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2775772.pdf p. 387. Consultado el 10 de noviembre de 2013.

⁹ Cinelli, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Cuadernos Electrónicos n° 3 enero-junio 2006 Derechos Humanos y Democracia, pág 60-62.

material y espiritual que entre otras cosas permite a los pueblos indígenas preservar su legado histórico cultural y transmitirlo a la nuevas generaciones¹⁰.

Probablemente lo más importante es que la, propiedad ancestral se define en el hecho de que los pueblos indígenas han estado en posesión de la tierra y sus territorios desde 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; consecuencia de ello 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 debido dejarlas y tendrán el derecho de reivindicar sus tierras tradicionales.¹¹

Los pueblos indígenas tiene formas de vida diferentes, 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 espiritual¹². 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.¹³

A continuación, veremos cómo el derecho internacional reconoce la propiedad indígena, como viene hasta aquí siendo analizada, en su normativa.

2. Reconocimiento positivo del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional.

¹⁰ Nash, Claudio. Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pág. 6 y 7. Artículo publicado en DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno, J. Aylwin (editor) Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, 2004.

¹¹ Corte IDH. Sentencia caso Sawhoyamaxa párrs. 127 y 128

¹² CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004, párr.155.

¹³ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa VS Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 párr. 131.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que inmediatamente analizaremos, han expresado en su normativa, el reconocimiento del derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

2.1. En el Convenio 169 de la OIT.

Lo primero que es importante señalar es que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Chile, aprobado por la Cámara de Diputados según oficio N° 7378 el 9 de abril de 2008, fue promulgado por la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria, según Decreto Supremo N° 236 el 2 de octubre de 2008 y publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008, entrando en vigencia el 15 de septiembre de 2009.

El Convenio 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.¹⁴ 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.¹⁵ Adicionalmente señala los requisitos, para identificar las tierras, proteger sus derechos y solucionar las reivindicaciones de las tierras.

¹⁴ 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.”

¹⁵ 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”.

Otra idea que parece importante destacar es que cuando el convenio 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.¹⁶ 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 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.

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 de 192 Estados miembros en el momento¹⁷ con el voto favorable de 144 Estados miembros (entre ellos el Estado de Chile), 34 Estados no asistieron a la votación, esto significa que el 75 % de los Estados concurrió con su voto favorable y sólo votaron en contra cuatro Estados (Australia, Canadá, Estados Unidos, y Nueva Zelanda) y hubo 11 abstenciones (Colombia en América Latina).

No obstante el rechazo inicial de estos cuatro Estados, no mantuvieron su posición, modificaron dicho voto en contra y adoptaron la DNUDPI. En marzo de 2010 Australia anunció su adhesión a la Declaración. Le seguía Nueva Zelanda, tras oponerse a ella durante tres años. En noviembre de 2010 el Gobierno canadiense anunció su apoyo¹⁸ y, finalmente, en diciembre de ese mismo año Estados Unidos confirmó que se adherirían a la

¹⁶ 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.”

¹⁷ Hoy son 193 los Estados miembros de la ONU, el 14 de julio de 2011 fue admitido Sudan del Sur como Estado miembro. En www.un.org/es/members/ consultada el 2 de octubre de 2014.

¹⁸ www.survival.es/noticias/6694. Consultada el 10 de octubre de 2014.

Declaración. El Presidente Barack Obama anunció este giro político durante la apertura de la Conferencia de Naciones Tribales de la Casa Blanca.¹⁹

Resulta importante además señalar que Colombia, que fue el único país latinoamericano que se abstuvo, ha revertido su posición y ha indicado su apoyo a la DNUDPI²⁰.

La Declaración fue adoptada por la ONU después de dos décadas de debate, este dato no es menor cuando se cuestiona el valor de la declaración, evidentemente ningún Estado estará discutiendo 20 años una declaración para que ella no tenga valor jurídico alguno o nada signifique. Primero se discutió 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 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.²¹

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...”²².

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”.²³

¹⁹ www.survival.es/noticias/6792. Consultada el 10 de octubre 2014.

²⁰ undesadspd.org/indigenouses/portada/declaración.aspx consultada el 10 de octubre de 2014.

²¹ 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. Pág 1.

²² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 25.

²³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.2.

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 tradiciones²⁴.

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”²⁵.

2.3. Consecuencias y aplicación práctica de la DNUDPI en América Latina.

Respecto de la DNUDPI, en América Latina, en adelante A.L., no se han definido aún sus consecuencias, pero hay antecedentes que permiten mirar con esperanza 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 derechos en A.L.

¿Cuáles son esos antecedentes?:

2.3.1. El voto en favor de la DNUDPI 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.²⁶ Del mismo se puede mirar la situación en Chile.²⁷

²⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.3.

²⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 28.1.

²⁶ Caso comunidad indígena Xákmok Kásek v/s Paraguay sentencia 24 de agosto de 2010; Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador sentencia 27 de junio de 2012; Caso pueblo Saramaka v/s Surinam sentencia 12 de agosto de 2008; Caso Awas Tigni v/s Nicaragua sentencia 31 de agosto de 2001; Caso comunidad indígena Yakye Axa v/s Paraguay sentencia 6 de febrero de 2006; Caso comunidad indígena Sawhoyamaya v/s Paraguay sentencia 26 de marzo de 2006.

- 2.3.2. Perú, Guatemala y México– fueron los Estados que finalmente propiciaron y negociaron la adopción de la Declaración por la Asamblea General de la ONU.²⁸
- 2.3.3. Sería contrario al Artículo 42 de la Declaración²⁹, 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.
- 2.3.4. El Senado de Bolivia aprobó el 1 de noviembre de 2007 la Declaración de la ONU como ley³⁰, convirtiéndose así en el primer país en A.L. y en el mundo en incorporarla como parte de su ordenamiento jurídico interno.
- 2.3.5. 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 DNUDPI, considerando que ésta contiene principios generales del Derecho Internacional que obligan al Estado de Belice³¹.
- 2.3.6. El principal factor que puede incidir en la fuerza jurídica vinculante de la DNUDPI está en entenderla como principio o como costumbre internacional, desde la perspectiva de este autor se acerca más a un principio de derecho Internacional, básicamente por la forma de su generación y los contenidos que en ella se expresan. A nivel latinoamericano, es la recepción que su articulado ha encontrado en la jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH, 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

²⁷ La coyuntura en Chile, da cuenta de la reivindicación del pueblo mapuche, el pueblo Rapa Nui, sobre sus tierras ancestrales, sin que el Estado de respuesta a sus demandas en concordancia con las normas del Derecho Internacional, que este mismo Estado ha hecho parte de su ordenamiento jurídico interno.

²⁸ En www.aulaintercultural.org/spip.php?article2581 consultado el 30 de noviembre de 2013.

²⁹ 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”

³⁰ En www.rebellion.org/noticia.php?id=58516 consultado el 5 de diciembre de 2013.

³¹ Sentencia Corte Suprema de Belice, fallo de 17 de octubre de 2007. En:

http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf

Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado, en diversas decisiones sobre denuncias por violaciones a derechos de pueblos indígenas al amparo de la CADH 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, en adelante OEA, al igual que aquellas 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.³²

En síntesis la Declaración reafirma en su artículo 25³³ 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 fortalecer una relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares y otros recursos minerales, hídricos y de pesca que tradicionalmente han poseído y utilizado.

3. Desarrollo pretoriano del derecho a la propiedad indígena.

Veremos a continuación la forma como la más importante magistratura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en A. L. se ha pronunciado sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su tierra y sus territorios.

3.1. Jurisprudencia.

En la línea de lo recién expuesto, uno de los elementos que resta por analizar es la forma como la Corte IDH, ha interpretado el artículo 21 de la CADH que consagra a la propiedad como uno de los derechos humanos básicos, en el señalado artículo establece en

³² 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 2010. Pág 8.

³³ 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”.

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.³⁴

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 Convención y por el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en adelante, DADDH.

La Comisión ha afirmado que respecto del derecho que contempla el artículo XXIII de la DADDH³⁵ que este “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”³⁶.

Por otra parte, 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 Tratados³⁷ y el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe limitar el goce y el ejercicio

³⁴ 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.

³⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo XXIII: “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”.

³⁶ CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice, 12 de octubre de 2004 párrafo 115.

³⁷ 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

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.³⁸

De modo que esta interpretación del artículo 21, 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, 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 comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la convención³⁹.

Es en ese mismo sentido que la Corte IDH, con claridad y precisión, ha señalado que “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”⁴⁰.

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

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.

³⁸ 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.

³⁹ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa VS Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.. 125-126

⁴⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS Nicaragua. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa VS Paraguay. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencias de 17 de junio de 2005. Párrs. 124, 131.

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.⁴¹

3.1.1. Casos.

La aplicación del artículo 21 de la CADH del modo que llevamos razonando se verá reflejado en distintas sentencias de la Corte IDH. Esta forma de entender la propiedad y de interpretar el artículo 21 de la CADH, se expresa en los casos, que hemos seleccionado para su análisis. Selección que hemos realizado básicamente por dos razones:

La primera, es que son el primer y uno de los últimos casos, en que la Corte IDH se pronuncia de la forma que llevamos dicha y,

La segunda, que, entre estos casos se ve una importante evolución en la interpretación del derecho; en el primero, es la primera vez que se reconoce el derecho ancestral de los pueblos indígenas como un título jurídico que valida su derecho sobre la tierra; en el segundo, recogiendo esta primera interpretación se reconoce el derecho ancestral como un título jurídico que tiene más fuerza y preeminencia que títulos inscritos de particulares, sobre la tierra que es reclamada por los pueblos indígenas.

3.1.1.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mayagna (sumo) Awas Tingni con Nicaragua.

El caso se origina a partir del otorgamiento por parte del gobierno de Nicaragua de una concesión de explotación forestal a favor de la compañía SOLCARSA⁴² en un área de 60.000 hectáreas que la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni consideraba que eran parte de su propiedad ancestral, adicionalmente es necesario señalar que el Estado

⁴¹ CIDH, informe N° 40/04, Caso 12.053 Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) 12 de octubre de 2004, párr. 131.

⁴² Sol del Caribe S.A. empresa maderera.

Nicaraguense previo a conceder la concesión no consultó a la comunidad y menos contó con su consentimiento.

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 1⁴³ y 2⁴⁴ 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 CIDH interpreta de forma amplia dicho derecho 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.

⁴³ 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.”

⁴⁴ CADH artículo 2. “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º 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.”

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 mantiene con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁴⁵.

Así señala que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁴⁶.

Entonces, el fundamento 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 Estado. 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 Estado.

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,⁴⁷ 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

⁴⁵ Corte IDH. Sentencia 31 de agosto de 2001, caso de la Comunidad Mayagna (sumo) *Awas Tingni VS Nicaragua*. Párr. 149.

⁴⁶ Corte IDH. Sentencia 31 de agosto de 2001 caso de la comunidad Mayagna (sumo) *Awas Tingni VS Nicaragua*. Párr. 151.

⁴⁷ Corte IDH. Sentencia 31 de agosto de 2001 caso de la comunidad Mayagna (sumo) *Awas Tingni VS Nicaragua*. Párr. 148.

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.⁴⁸

Además, esta modelo de interpretación evolutiva, implica concordar el artículo 21 con el artículo 1.1⁴⁹ 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.⁵⁰

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Corte IDH, Sentencia caso Sawhoyamaxa. 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 Tingni⁵¹ 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...”⁵².

En esta misma línea se pronuncia la Corte IDH, en el caso que a continuación analizaremos.

3.1.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Xákmok Kásek con Paraguay.

La Comunidad Indígena Xákmok Kásek “...reclama una extensión de 10.700 hectáreas, que forman parte de su territorio tradicional, ubicadas al interior de la Estancia Salazar, en los alrededores de una zona denominada “retiro primero” o Mompey Sensap en la lengua de la comunidad”. “Para el momento de la solicitud de la reivindicación, las tierras reclamadas formaban parte de un finca propiedad de Eaton y Cía . S.A. A finales del 2002 parte del territorio en reivindicación (3.293 hectáreas) fue adquirido por una Cooperativa Menonita Chortitzer komitee.”⁵³ En consecuencia el territorio reclamado por la comunidad tenía en el momento del reclamo esos dos “dueños”.

⁵¹ Corte IDH. Sentencia, 31 de agosto de 2001, caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni VS Nicaragua. Párrafo 155 y 173 punto resolutivo número 2.

⁵² Corte IDH. Sentencia, 31 de agosto de 2001, caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni VS Nicaragua. Párrafo 173 punto resolutivo 3.

⁵³ Corte IDH. Sentencia de 24 de agosto de 2010, caso de la comunidad Xákmok Kásek VS Paraguay. Párrs. 68-69.

Se demanda al Estado de Paraguay, por la falta de garantía del Derecho de propiedad ancestral de dicha comunidad.

El 24 de agosto de 2010 la Corte IDH emite una sentencia condenando al Estado de Paraguay a restituir las tierras reclamadas por la comunidad Xákmok Kásek.

Esta sentencia lo que hace es reafirmar la doctrina de la CIDH respecto de los derechos de propiedad ancestral de los pueblos indígenas, con un importante agregado respecto de las tierras que ordena restituir existen dos títulos de particulares inscritos.

Así la Corte IDH considera que el artículo 21⁵⁴ de la CADH debe salvaguardar la vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras y con los recursos, ligados a su cultura, que allí se encuentren.⁵⁵

Reconoce que entre los indígenas hay una tradición sobre la propiedad de la tierra que se expresa en que ésta es de propiedad colectiva y se centra, por lo tanto, en la comunidad. Esta mirada sobre el dominio y la posesión no responde a la concepción clásica, pero no por ello merece menor protección de la norma del artículo 21, ya que no reconocer otras formas de dominio uso y goce sería lo mismo que sostener que existe sólo una forma de de usar y de disponer de la tierra.⁵⁶

Como ya resulta común, tratándose de derechos indígenas, el Estado Paraguayo alegó que la comunidad Xákmok Kásek, no tenía la propiedad debidamente inscrita en el registro de Inmuebles, ni la posesión del inmueble pretendido.

La Corte IDH en este caso vuelve a hacer presente su jurisprudencia respecto de las tierras indígenas, en ella en lo fundamental expresa que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de dominio que otorga el Estado; que esta misma posesión da el derecho a los pueblos indígenas a exigir del Estado

⁵⁴ Artículo 21 CADH “ 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

⁵⁵ Corte IDH. Sentencia 24 de agosto de 2010 caso de la Comunidad Xákmok Kásek VS Paraguay. Párrafo 83.

⁵⁶ Corte IDH. Sentencia 24 de agosto de 2010 caso de la Comunidad Xákmok Kásek VS Paraguay. Párrafo 83 y 86.

el reconocimiento de su propiedad y su registro; la obligación del Estado de delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas y finalmente que los miembros de los pueblos indígenas que hayan perdido, por causas ajenas a su voluntad, la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, si las tierras han sido trasladadas a terceros de buena fe, tienen derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual calidad y extensión⁵⁷.

Adicionalmente, es necesario hacer presente que en esta misma línea, la CIDH razona, en su informe sobre el caso *Mary y Carrie Dann vs Estados Unidos* (2002), considerando las disposiciones del Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y “en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional” actualmente vigentes dentro y fuera del sistema interamericano, reconociéndoles, al igual que en el caso anterior, el derecho de propiedad sobre sus tierras⁵⁸.

Sobre esta interpretación evolutiva, la CIDH y la Corte IDH han reconocido en los últimos años, a través de diversos fallos, derechos de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas entre otros casos *Yaxye Axa v/s Paraguay*, 2005; *Sawhoymaxa v/s Paraguay*, 2006.

En un caso anterior, al que se analiza, el caso *Saramaka vs. Surinam* 2007, la Corte citó la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada con el voto favorable de Surinam, para fundamentar, que el pueblo Saramaka tiene el derecho de ser consultado y, en su caso, el Estado tiene la obligación de obtener su consentimiento

⁵⁷ Corte IDH. Sentencia 24 de agosto de 2010 caso de la Comunidad Xákmok Kásek VS Paraguay. Párrafo 109.

⁵⁸ Comisión Interamericana DDHH caso *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos* (2002): “al considerar las denuncias de violaciones de la Declaración Americana, es necesario que la Comisión considere dichas denuncias en el contexto de la evolución de las normas y principios del derecho en materia de derechos humanos en las Américas y en la comunidad internacional en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional. De acuerdo con este criterio, para determinar en torno a las reivindicaciones que tiene ante sí, la Comisión considera que este cuerpo más amplio del derecho internacional incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas.... estas normas y principios abarcan distintos aspectos de derechos humanos relacionados con la propiedad, el uso y la ocupación por comunidades indígenas de sus tierras tradicionales”. párr. 124.

libre, previo e informado frente a los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto en sus territorios.⁵⁹

3.2. Consecuencias de esta jurisprudencia.

Esta jurisprudencia viene a crear otra realidad para los derechos de los pueblos indígenas que se contraponen a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, que en general no los reconocen. No obstante ello, estos derechos se encuentran vigentes en la región, dado que la CIDH y la Corte IDH interpretan y aplican, a los casos que llegan para su conocimiento, la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, como principios generales del derecho vigentes ya que del Convenio la mayoría de los Estados de América Latina son signatarios y la Declaración, con la sola excepción de Colombia (que se abstuvo), ha sido adoptada por todos los países de AL. Así se puede decir que es una jurisprudencia creadora, ya que nace a pesar de que a nivel latino americano no existe una Declaración, ni un tratado específico relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Consecuencia de lo dicho, los Estados Americanos saben que hoy los pueblos indígenas, de no ser respetados en sus derechos, y de no ser acogidas sus reclamaciones en el ámbito de los Estados donde viven, recurrirán, luego de agotados los recursos jurídicos internos, a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes *per se*, para denunciar su violación y exigir su cumplimiento.

Los Estados saben también, que tanto la CIDH como la Corte IDH, en forma sistemática en estos últimos 14 años, han acogido las reclamaciones de los pueblos indígenas, y han ordenado dar cumplimiento a sus derechos, así como a la reparación de los daños causados por su acción. Por lo que, en el caso de Chile, por aplicación del artículo 5 de la CPR, del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración sobre los pueblos Indígenas de la ONU, resultará plenamente aplicable respecto de estos pueblos el artículo 19 numeral 24 de la CPR que consagra “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

⁵⁹ Corte IDH. Sentencia de 12 de agosto de 2008, caso del pueblo Saramaka VS Surinam, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Como hasta aquí, de acuerdo a esta investigación, hemos dejado bien sentadas las reglas y principios generales que existen a propósito de la propiedad indígena, y particularmente que la propiedad indígena, es antes que todo un Derecho Humano y por tanto objeto de regulación internacional y que nuestra constitución y legislación debe respetar.

A continuación, veremos cómo se expresan estos conceptos y contenidos, de la propiedad ancestral, en los pueblos indígenas existentes en Chile, en particular, el especialísimo caso del Pueblo Rapa Nui que habita en Isla de Pascua.

4. Formas como se expresa la propiedad, en el caso Rapa Nui.

Como ya se anticipa, en el título de esta tesina, se trata de analizar los conceptos de propiedad ancestral y focalizar la investigación, desde el derecho a propiedad del pueblo Rapa Nui.

Lo primero que será necesario señalar es que si bien se desconoce con precisión la fecha del poblamiento de Rapa Nui, Isla de Pascua para los occidentales, se cree que debió ser en los primeros siglos de la era cristiana⁶⁰. Lo que marca un hecho histórico de primera importancia: los primeros en llegar a Isla de Pascua fueron los Rapa Nui.

Se establece en esta tierra, después de un largo peregrinaje por el océano Pacífico, buscando un lugar donde las catástrofes naturales no asolaran más a su pueblo, el primer Ariki,⁶¹ Hotu Matu'a, una vez que nacen sus hijos y los de su hermana Avareipua, procede a distribuir las tierras, formándose en Rapa Nui dos Mata⁶²:

⁶⁰ CONADI, Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas (Santiago, 2008), p.264.

⁶¹ Rey, en lengua Rapa Nui.

⁶² Confederaciones, linajes en lengua Rapa Nui

Ko tu'u Aro ko te Mata Nui⁶³ en el norte y oeste y Ko tu'u Hotu 'Iti, ko te Mata 'Iti⁶⁴ hacia el sur y este.

Dentro de cada una de estos Mata, se formaron las distintas tribus: Koro 'Oroño Miru; Ure o Moko Mae; Tupahotu Rikiriki; Miru Ariki; Miru Ra'a; Miru Hamea; Miru o Kao y Miru Rau Vai, que compartían territorio al igual que Miru o Toko te Raŋi y Miru o Mata Ivi; Marama Miru; Haumoana Miru; por la confederación Ko tu'u Aro ko te Mata Nui; y por la confederación Ko tu'u Hotu 'Iti ko te Mata 'Iti las tribus Koro 'Oroño Tupahotu; Hiti 'Uira; ŋaruti; Ure o Hei (o Nakúa); Ngaure; Marama Tupahotu; Ngatimo y Hau Moana Tupahotu⁶⁵.

Las tribus se organizan jerárquicamente, tienen su propio territorio y jefe y, a su vez, al interior de estas, se establecen ure⁶⁶ 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 común⁶⁷.

La propiedad de la tierra no ofrecía mayor dificultad, ni modificaciones, era la tradición la que ordenaba su forma y o destinación “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

⁶³ Mata Nui, linaje mayor, en lengua Rapa Nui.

⁶⁴ Mata 'Iti, linaje pequeño, en lengua Rapa Nui.

⁶⁵ Hotus Chávez, Alberto. (2007) Consejo de Ancianos Rapa Nui y otros, Te Mau Hatu 'O Rapa Nui: Los Soberanos de Rapa Nui Santiago, pág.8.

⁶⁶ Linajes, en lengua Rapa Nui.

⁶⁷ CONADI, (2008) Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, pág. 261-264.

recursos naturales que se encontraran circunscritos a él, como eran su costa y el mar adyacente”⁶⁸.

Aún cuando los deslindes de los territorios de cada tribu, estaban claramente delimitados, dentro de ellos la propiedad, uso, tenencia de la tierra no existían en su concepción clásica (propiedad individual) ya que ésta 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’”.⁶⁹

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 parentela⁷⁰.

El Presidente del Consejo de Ancianos Rapa Nui, don Alberto Hotus Chávez, ha manifestado en innumerables oportunidades 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”⁷¹.

⁶⁸ Edwards Eastman, Edmundo, (2011) 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, pág. 183.

⁶⁹ Toro, Pedro Pablo, Isla de Pascua (Santiago, 1893), III, p. 205, cit. por AA.VV Isla de Pascua: Proceso, Alcances y Efectos de la Aculturación (Santiago, 1984), pág. 25.

⁷⁰ McCall, Grant, (1998) Rapa Nui. Tradición y Sobrevivencia en Isla de Pascua, traducción de Betty Haoa Rapahango. Los Osos, pág. 54.

⁷¹ 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 HL n° 19.253, pág. 295.

Para los Rapa Nui, más ancianos, 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 lo tiene? ¿Cómo tratar como un objeto al henua⁷², la madre, el kaiŋa⁷³?, 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.”⁷⁴

Esta cosmovisión refleja, vivencialmente, los conceptos expresados en el numeral 1 de este estudio, todos los cuales, de un modo u otro, están presentes en la forma como el pueblo Rapa Nui entiende la propiedad sobre las tierras.

A continuación, en la segunda parte de este trabajo, a partir de las normas internacionales y de la jurisprudencia internacional que se ha mencionado y explicado, analizaremos ¿cuáles son los problemas que éste le plantea 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, todo a través del análisis del caso del pueblo Rapa Nui.

⁷² Tierra, en idioma Rapa Nui.

⁷³ Útero, en idioma Rapa Nui.

⁷⁴ Conversaciones del tesista con don Felipe Pakarati y don Alberto Hotus. Mayo 2010.

CAPÍTULO II

Régimen de propiedad chileno y propiedad ancestral

En este capítulo, 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 ancestral.

En la segunda parte del capítulo analizaremos el caso del pueblo Rapa Nui y críticamente la compatibilidad de las normas sobre propiedad que resultan vigentes en relación a este pueblo.

1. Régimen de propiedad, compatibilidades e incompatibilidades con las normas del Derecho Internacional sobre propiedad ancestral.

En el presente apartado analizaremos como, preferentemente, las normas del derecho chileno se presentan como abiertamente incompatibles con las normas del derecho internacional sobre propiedad ancestral, y veremos que no obstante lo anterior, existen normas del derecho internacional que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que si se interpretaran 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, sí se ajustarían al derecho internacional sobre propiedad ancestral.

1.1 Régimen jurídico chileno de propiedad.

No se trata acá, de hacer un esfuerzo investigativo sobre la propiedad y sus características, sino más bien dejar sentado ciertos principios básicos y la importancia que da el Estado a la inscripción en el competente CBR, como modo de transferir el dominio de los bienes raíces.

1.1.1. Las normas constitucionales sobre el derecho fundamental a la propiedad.

Muy brevemente haremos mención a La Constitución Política de la República en adelante CPR, de 1833 y de 1925, ya que para el caso Rapa Nui, contienen normas que debiendo ser aplicadas en defensa de la propiedad ancestral del pueblo Rapa Nui, no lo fueron.

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 derecho⁷⁵. 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.

Por su parte, la Constitución del 1925, en relación a la propiedad, si bien continua centrada en la inviolabilidad del derecho, se caracteriza por contener un importante número de cláusulas económica sociales, es decir, menciones a limitaciones a que está sometida la propiedad en orden al interés social y general.⁷⁶

La Constitución Política de la República de 1980 representa una tendencia a reforzar el derecho de propiedad, ya que se persigue a través de ella: fortalecer la garantía del derecho de propiedad; admitir la existencia de limitaciones a la misma, las que son muy estrictas en su aplicación, a objeto de reconocer su función social; dar a los particulares más garantías ante una expropiación (requerirá acuerdo entre las partes, ya que en caso contrario , la misma debe ser previa, al contado y en dinero efectivo).

La regulación que contienen la CPR de 1980, sobre la propiedad, marca una vuelta o revaloración de los principios clásicos del derecho de propiedad. 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.

⁷⁵ Constitución Política de 1833 artículo 12 n° 5.

⁷⁶ Constitución Política de 1925 artículo 10 n° 10.

Señala la Constitución que asegura a todas las personas *“el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”*⁷⁷.

El objeto de la norma es resguardar la propiedad ya constituida, sobre un amplio tipo de objetos.

La doctrina ya había establecido que sobre los derechos o bienes incorporales sí existe un derecho de propiedad, en la CPR del 1980 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 garantizado.

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”*⁷⁸.

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.

⁷⁷ Constitución Política de 1980. Artículo 19 n°24 inciso 1.

⁷⁸ Constitución Política de 1980. Artículo 19 n°24 inciso 2.

- Las obligaciones y limitaciones derivadas para el derecho de propiedad de su función social.

1.1.2. Las normas del Código Civil.

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”⁷⁹

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 respectivo⁸⁰; 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 todos ellos⁸¹, finalmente, las sentencias que declararan la prescripción adquisitiva de inmuebles sólo serían oponibles a terceros en virtud de su inscripción⁸². 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 inscritos. 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.

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, aun en el supuesto que lo haya adquirido de quien no era el propietario anterior. Para proteger al

⁷⁹ Art.582 del Código Civil.

⁸⁰ Art. 686 del Código Civil.

⁸¹ Art. 688 del Código Civil.

⁸² Art. 2513 del Código Civil.

poseedor inscrito, nuestra ley civil dispone, perentoriamente, que contra título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces⁸³, y fija los únicos casos en que es posible cancelar una inscripción de dominio⁸⁴. De este modo, “inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos”, máxima aspiración del redactor del Código Civil, estampada en su célebre mensaje.⁸⁵ “La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que o 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”⁸⁶.

1.2. Régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral.

Por lo analizado hasta ahora, tenemos la convicción que no existe un régimen jurídico chileno sobre propiedad ancestral. La legislación emanada del Estado ha hecho primar en su regulación el derecho común estatal. Por lo que el derecho chileno no reconoce el título indígena, cuya fuente es la ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios.⁸⁷

La ley indígena, 19.253, por ejemplo 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 ley⁸⁸.

El régimen jurídico chileno se caracteriza por la falta de reconocimiento del título indígena, de la manera que establecen los estándares internacionales. La única posibilidad de reconocimiento de la propiedad ancestral se encuentra en el artículo 12 numeral 2 de la ley 19.253, 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,

⁸³ Art. 2505 del Código Civil.

⁸⁴ Art. 728 del Código Civil.

⁸⁵ Rodríguez Grez, Pablo en <http://www.cadri.org/la-propiedad-raiz-en-chile-por-pablo-rodriguez/> consultado el 15 de marzo de 2014.

⁸⁶ Bello, Andrés. Mensaje Código Civil.

⁸⁷ Aguilar Cavallo, Gonzalo. “El título Indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”. Revista Ius et Praxis, 11 (1): 269-295, 2005.

⁸⁸ Lillo, Rodrigo. 1999. “La legislación como aspecto de la relación intercultural”, en Revista CUHSO, volumen especial, pág 43.

exigiendo una posesión inscrita lo que constituye un elemento ajeno a la costumbre indígena.⁸⁹

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 constitucional y por la propia Constitución Política que asegura la protección del derecho de propiedad⁹⁰, 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.⁹¹

2. El caso del pueblo Rapa Nui.

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 Ariki⁹², 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.

2.1. El Pacto de voluntades.⁹³

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;

⁸⁹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. “El título Indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”. Revista Ius et Praxis, 11 (1): 269-295, 2005.

⁹⁰ Constitución Política, art 19 n° 24 “...el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”

⁹¹ Constitución política, art. 19 n° 2 inciso final: “... ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

⁹² Rey, en lengua Rapa Nui.

⁹³ 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. pág 146-148

documento de cesión y una proclamación, ambos redactados en español y en una mezcla entre Rapa Nui y Tahitiano antiguo.

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.

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 dueños⁹⁴.

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 Nui⁹⁵

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

⁹⁴ Conadi. Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, 2008, pág 278.

⁹⁵ Conadi. Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, 2008, pág. 279.

animales comprados a la Misión), 3° A. Salmon por terrenos comprados a los indios), Mr. John (hijo de Brander) (por animales y tierras compradas a la sucesión Brander); 6° los indígenas como primitivos dueños y señores”⁹⁶ 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. La Inscripción Fiscal de Isla de Pascua.

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 1833⁹⁷ 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 1925⁹⁸, en ambos artículos se consagra el derecho de propiedad.

⁹⁶ Conadi. Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, 2008, pág.276-277.

⁹⁷ 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;”

⁹⁸ 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.

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 registral⁹⁹ 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.

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...”¹⁰⁰

Analicemos brevemente esta inscripción y los fundamentos que en ella se expresan.

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;”

⁹⁹ 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”.

¹⁰⁰ Conservador de Bienes Raíces de Isla de Pascua, foja 1 número 1, Registro de Propiedad de 1966.

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 dueño¹⁰¹; 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, todo los casos a que se refiere el título se refieren a ellas.

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.

2. 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.

¹⁰¹ Código Civil, Art. 590. “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

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.

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 si es exigible que respete su propia legalidad, cuestión que no hace por lo recién analizado.

Una pretensión del Fisco como la descrita, es inconstitucional ya que 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.

2.3. La Ley 16.441 “Ley Pascua”.

Varias fueron las leyes que se refirieron a Rapa Nui¹⁰² 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,¹⁰³ que fue una forma organizada de presión del pueblo Rapa Nui, en contra del Estado de Chile¹⁰⁴; la posición en defensa del pueblo Rapa Nui que adopta la Iglesia Católica¹⁰⁵, la Sociedad de Amigos de Isla de Pascua¹⁰⁶.

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,¹⁰⁷ 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

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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. pág 134-135.

¹⁰⁵ La Iglesia Católica en sintonía con lo que ocurría con los pontificados de Juan XXII y Pablo VI asume una defensa más estricta de los derechos del pueblo Rapa Nui apoyando sus reivindicaciones.

¹⁰⁶ 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 leprosario, ayudando a los isleños que llegaban a Valparaíso escondidos en los barcos, entre otras obras benéficas.

¹⁰⁷ Ver Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los Pueblos Indígenas Santiago, 2008, p.295.

personas naturales chilenas títulos de dominio en los territorios fiscales urbanos y rurales de la Isla de Pascua¹⁰⁸.

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 pacto 107 de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas¹⁰⁹, no existían normas referidas explícitamente a los derechos de los pueblos indígenas; si 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 de derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales aprobada por las naciones Unidas en 1966¹¹⁰. Por lo tanto, nada que se parezca a la propiedad ancestral.

No obstante, 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

¹⁰⁸ 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.”

¹⁰⁹ El pacto 107 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, aprobado en 1957 fue el primer instrumento internacional en el que se habló de personas indígenas, su protección e integración.

¹¹⁰ Aylwin, José. Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera en [Http://200.10.23.169/Derecho2.htm](http://200.10.23.169/Derecho2.htm) consultada el 10 de marzo de 2014

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° 2885¹¹¹, 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.

2.4. El Decreto Ley 2.885.

La dictadura militar dicta en 1979 el Decreto Ley, en adelante DL, 2885¹¹² 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 1979¹¹³, 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:

¹¹¹ 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”.

¹¹² Este DL se promulga el 22 de noviembre de 1979.

¹¹³ 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 los considerandos expresa 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,

“las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños o adjudicatarios”¹¹⁴.

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 2885.¹¹⁵
- b) El reconocimiento de poseedor regular señalada en el artículo 7° del DL. La ley concedía el plazo de 1 año para impetrar el derecho¹¹⁶, posteriormente se dieron múltiples prórrogas para ejercerlo, cesando definitivamente el 5 de octubre de 2000.¹¹⁷

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

¹¹⁴ Decreto Ley 2568 artículo 1.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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.

chilenos no originarios de ella¹¹⁸, 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 Pascua¹¹⁹.

No puede ejercerse, este derecho, respecto de terrenos que tengan un especial valor cultural arqueológico o histórico¹²⁰.

El Presidente puede reservar zonas determinadas de la Isla, exclusivamente para fines de investigación arqueológica o científica o de interés cultural o nacional¹²¹.

Además, crea la Comisión de Radicaciones de Isla de Pascua¹²², la que posteriormente será modificada por la Ley 19.253¹²³, creando la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, quien asumirá las mismas tareas de la Comisión de Radicaciones¹²⁴, ésta deberá, entre otros, emitir un pronunciamiento previo sobre las solicitudes, la calificación de incompatibilidad¹²⁵ y la certificación de que el bien raíz de que se trata no se encuentra en alguna de las circunstancias recién señaladas¹²⁶

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ DL 2.885 art. 1 y 5

¹²⁰ 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.-)”

¹²¹ DL 2.885, arts. 3 y 4

¹²² 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”.

¹²³ 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.”

¹²⁴ 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”.

¹²⁵ 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

2.4.2. Los problemas que ha generado 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;¹²⁷ 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 misma¹²⁸.

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 tierras¹²⁹. Por lo que en definitiva, lo que el Estado busca y, si no lo busca, lo hace en términos prácticos, es destruir un modelo cultural de un pueblo indígena donde la tierra tiene un rol central.¹³⁰

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 V/S un bien no transable y esencialmente comunitario.

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.”

¹²⁶ Decreto Ley 2.885, arts. 1-2, 4 y 6°.

¹²⁷ Conversaciones del tesista con don Mario Tuki Hey, actual miembro de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, marzo 2009.

¹²⁸ Conversaciones del tesista, con don Nito Teao, (qepd), pescador, septiembre 2010,

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Conversaciones del tesista con don Alberto Hotus Chávez, Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui, septiembre de 2008.

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 agua¹³¹.

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”¹³². 11 años después y por razones muy similares surge el Parlamento Rapa Nui¹³³.

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.¹³⁴

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

¹³¹ 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.

¹³² CONADI, cit. (n. 4), p. 298.

¹³³ 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.

¹³⁴ Conversaciones del tesista con don Juan Edmunds Paoa, junio 2011.

quienes son originarios: “los nacidos en ella y cuyo padre o madre cumpla esta condición”¹³⁵.

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 permanente¹³⁶. En síntesis, por lo razonado, es clara la voluntad del Estado de 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 Stowhas, 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

¹³⁵ DL 2.885, artículo 1 inciso 2.

¹³⁶ DL 2.885, art. 1 inciso 3.

chilena que cumplan con los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 2° de la Ley 19.253”, es decir, que pertenezcan necesariamente a la etnia rapanui.”¹³⁷

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.

2.5. 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 ancestral, por lo que solo nos referiremos a las normas que dicen relación con la propiedad y la tierra y tangencialmente tocaremos las normas sobre la calidad de indígena ya que 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 tierra.

2.5.1. El Proyecto de Ley.

El Presidente Patricio Aylwin, al presentar el proyecto de ley indígena hace varias reflexiones que se acercan a lo que es el derecho de los pueblos indígenas, desde una perspectiva de la propiedad ancestral, 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

¹³⁷ Tesis “Estatuto Jurídico Histórico de Isla de Pascua”, Alejandra Astudillo Stowhas, dic. 2012 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. págs. 70 y siguientes.

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 [...]”¹³⁸.

2.5.2. Análisis de la ley.

Lo primero que es necesario señalar es que, si bien este tesista tiene una visión crítica de la ley indígena, no obstante ello es preciso rescatar que en ella el Estado hace importantes definiciones:

- 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 autóctonas¹³⁹.

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

¹³⁸ Mensaje de S.E. El Presidente la República Patricio Aylwin Azócar. Fecha 15 de octubre, 1991. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 323, en HL n° 19.253, pp. 4-8.

¹³⁹ Ley 19.253, art. 66 inc. 2°.

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 chilena¹⁴⁰.

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 ampliación¹⁴¹. 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.¹⁴²

4.- Define en su artículo 12, cuales son tierras indígenas¹⁴³.

5.- Define quienes son Rapa Nui; y

6.- Establece normas de protección para la tierra indígena en el artículo 13.

Analizaremos, por su importancia el artículo 12 de la ley en comento, y lo haremos a la luz del Derecho Internacional:

El artículo 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...”¹⁴⁴ y la mencionada en el numeral 2 que es lo que más se asemeja a la propiedad ancestral sin embargo como veremos la inclusión del registro y de calificación por un órgano del Estado, CONADI, la desvirtúa.

¹⁴⁰ Conversaciones del autor con don Marcelo Pont Hill, QEPD, miembro del Consejo de Ancianos Rapa Nui. Octubre 2010.

¹⁴¹ Ley 19.253, art. 1° inc. 3°.

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Norin Catriman y otros v/s Chile. Sentencia 29 de mayo de 2014.

¹⁴³ Ley 19.253, art. 12.

¹⁴⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005): “El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno” en Revista Ius et Praxis, 11 (1): pág 269-295.

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 dominio¹⁴⁵; 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*”¹⁴⁶.

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 tesina, 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, por que si fuera la mera posesión material lo habría expresado así en la norma y,
- b) La segunda, en el momento de la dictación de la misma no estaba vigente en Chile el pacto 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

¹⁴⁵ Todos según las leyes y decretos que señala taxativamente.

¹⁴⁶ Ley 19.253, art. 12 letra d), da ejemplos, no es taxativo.

propiedad indígena, por lo que lo más probable es que el legislador pensó en la propiedad inscrita.

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”¹⁴⁷

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 fundada¹⁴⁸.
- 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.

¹⁴⁷ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005): “El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno” en Revista Ius et Praxis, 11 (1): pág 269-295.

¹⁴⁸ Ley 19.253, art. 15 inc. 1° parte final.

- 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 por que 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 calidad¹⁴⁹.

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.

En relación al punto quinto, determina quienes pertenecen al pueblo Rapa Nui, esto es de suma importancia ya que eso permitirá saber quienes tiene derecho a la propiedad sobre tierras indígenas. Para ello el artículo 66 da una regla especial estableciendo que: “Son rapa nui o pascuenses los miembros de la comunidad originaria de Isla de Pascua y los provenientes de ella, que cumplan con los requisitos exigidos por las letras a) o b) del artículo 2°”¹⁵⁰.

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

¹⁴⁹ Ley 19.253, art. 15 inc. 1°.

¹⁵⁰ Ley 19.253, art. 66 inc. 1°.

de don Ricardo Álvarez¹⁵¹ 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 Román¹⁵² lo aportara en 1991, en dominio a la misma¹⁵³.

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”¹⁵⁴.

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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ Corte Suprema, considerando tercero sentencia de casación en el fondo, causa Rol N° 9431-2011.

Establece que las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción¹⁵⁵, 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 subsistencia¹⁵⁶.

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 años¹⁵⁷, 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 rural¹⁵⁸, 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

¹⁵⁵ Ley 19.253, art. 13 inc. 1°

¹⁵⁶ Ley 19.253, art. 13 inc 1°

¹⁵⁷ Ley 19.253, art. 13 incs. 1-3°

¹⁵⁸ Ley 19.253, art. 17 inc. 4°.

intentado ejercerla.¹⁵⁹ 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*”¹⁶⁰. 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 efectos¹⁶¹.

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.

Finalmente 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 ...*”¹⁶². otorgándole desde la perspectiva de este autor un efecto retroactivo a la protección del artículo 13.

Del análisis de la ley 19.253, podemos concluir que:

- a) 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.

¹⁵⁹ Conversaciones del tesista con el abogado de la oficina de CONADI en Isla de Pascua don Santiago Saavedra Ika, septiembre 2013.

¹⁶⁰ Ley 19.253, art 13 inc. final.

¹⁶¹ Código Civil artículo 1683.

¹⁶² Ley 19.253, art. 69 inc. 3°.

- b) 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;
- c) El estado de Chile tampoco a esta ley ha hecho las necesarias adecuaciones para cumplir con sus obligaciones internacionales particularmente las que dicen relación con el convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y la jurisprudencia de la Core IDH sobre propiedad ancestral.
- d) Finalmente el reconocimiento que otorga la ley 19.253 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.
- e) 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 leyes¹⁶³.

¹⁶³ Aylwin, José. Documento de trabajo N°3 Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. 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 pág 3.

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que 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 un tema 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.

Existe una importante diferencia en la concepción de la propiedad, en su expresión clásica, de 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 grupo.

La propiedad ancestral se funda en 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.

Los pueblos indígenas tiene 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 misma 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. Esto se ve reflejado en diversos artículos que protegen el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas.

Otra conclusión que se obtiene de esta investigación es que, cuando el convenio 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.

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...”¹⁶⁴.

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”.¹⁶⁵

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 tradiciones¹⁶⁶.

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

¹⁶⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 25.

¹⁶⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.2.

¹⁶⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.3.

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 mantiene con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Corte IDH. Sentencia 31 de agosto de 2001, caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni VS Nicaragua. Párr. 149.

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 doctrina¹⁶⁸. Ya antes de 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 tiene rango constitucional, por expresa disposición del artículo 5 inciso 2 de la CPR, por lo que estos tratados de derechos humanos tiene una jerarquía mayor que los demás tratados internacionales.¹⁶⁹

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

¹⁶⁸ García Barzelatto, Ana (2006); *Tratados Internacionales según la reforma Constitucional de 2005*. Revista de Derecho Público. Vol 68. Santiago. Págs. 82-83.

¹⁶⁹ Cumplido, Francisco (1991); “Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos. Nuevas dimensiones de la protección del individuo. Santiago. Págs. 191-197

posible a un Estado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.¹⁷⁰ 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.

El régimen jurídico chileno se caracteriza por la falta de reconocimiento del título indígena, de la manera que establecen los estándares internacionales. La única posibilidad de reconocimiento de la propiedad ancestral se encontraría en el artículo 12 numeral 2 de la ley 19.253, 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,

¹⁷⁰ Vargas, Edmundo (2007). “Derecho Internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI”. Editorial Jurídica de Chile. pág 217.

exigiendo una posesión inscrita lo que constituye un elemento ajeno a la costumbre indígena.¹⁷¹

El 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 Henua¹⁷² 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 asociación de comunidades indígenas. Estas debe aplicarse según el mandato internacional.

¹⁷¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005). “El título Indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”. Revista Ius et Praxis, 11 (1): pág 269-295.

¹⁷² El ombligo del mundo en lengua Rapa Nui.

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 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.

BIBLIOGRAFIA.

I LIBROS.

1. Aguilar, Gonzalo (2007): *“Dinámica Internacional de la cuestión indígena”*. Ediciones Librotecnia, 1° edición, Santiago.
2. Anaya, S. James (2005): *“Los pueblos Indígenas en el derecho Internacional”*, ed. Trotta en coedición con la Universidad Internacional de Andalucía. Madrid.
3. Anaya, S. James (2011): *“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 4 de marzo 2011.
4. Aylwin, José; Meza-Lopehandia y Yáñez, Nancy (2013): *“Los Pueblos Indígenas y el Derecho”*. Lom Ediciones/Observatorio ciudadano, 1° edición, Santiago.
5. Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (2010): *“Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo intercultural y sostenible”*. Editorial Catarata.
6. Aylwin, José y otros (2010): *“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. 2° edición.
7. Bengoa, José (2000): *“La emergencia indígena en América Latina”*. Fondo de Cultura Económica, 1° edición, Santiago.
8. Berraondo, Mikel (coordinador) (2006): *“Pueblos Indígenas y Derechos Humanos”*. Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto Bilbao.
9. Claudio Cristino, Andrés Recasens, Patricia Vargas, Lilian González N., y Edmundo Edwards. (1984): *“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).
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): *“Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos”*.
11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009): *“Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, doc 56/09 30 diciembre 2009.
12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004.
13. Centro de Derechos Humanos (2012): *“Informe Anual Derechos Humanos en Chile 2012”*. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 2012.
14. Cristino Claudio / Fuentes Miguel (Editores) (2011): *“La Compañía Explotadora de Isla de Pascua. Patrimonio, Memoria e identidad en Rapa Nui”*. Escaparate Ediciones. Santiago.

15. Consejo de Ancianos Rapa Nui, Alberto Hotus y otros (2007): *“Te Mau Hatu ‘O Rapa Nui: Los Soberanos de Rapa Nui.”* Segunda Edición. Editorial Emisión, Santiago.
16. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Programa de la OIT para promover el convenio 169 (2009): *“Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”*.
17. Edwards Eastman, Edmundo. *“Historia de Isla de Pascua 1800-1900. Escrita por E. Edwards”*. Fotocopias de los apuntes mecanografiados, facilitados por doña Betty Haoa Rapahango de la Biblioteca del Museo Fonck. Viña del Mar.
18. Edwards Eastman, Edmundo (2011): *“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.
19. Englert, Sebastián (1948): *“La tierra de Hotu Matu’a. Historia, Etnología y Lengua de la Isla de Pascua”*. Imprenta y Editorial San Francisco, Padre las Casas, Chile.
20. Fischer, Hermann (2001): *“Sombras sobre Rapa Nui: Alegato por un pueblo olvidado”*. LOM Ediciones, Santiago.
21. Fischer, Steven Roger (2005): *“Island at the End of the World. The Turbulent History of Easter Island”*. Reaktion Books, London.
22. Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (2008): *“Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas”*. Primera edición, editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Santiago de Chile.
23. Galvis, María y Ramírez, Angela (2013): *“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.
24. Huke. Paloma (2011): *“Colonialismo en Isla de Pascua 1897-1966. Un acercamiento etnográfico”* Editorial Universidad Bolivariana.
25. Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010) *“Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile”*. Santiago.
26. Informe del Programa de derechos indígenas (2003): *“Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile”*. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad La Frontera. 1era edición . Lom Ediciones . Santiago.
27. Martínez Cobo, José R. (1987): *“Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”*. Volumen V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Nueva York, Naciones Unidas.
28. Mc Call, Grant (1998) *“Rapanui. Tradición y sobrevivencia en Isla de Pascua”*, Traducción de Betty Haoa Rapahango, Easter Island Foundation, Los Osos.
29. Mètraux, Alfred (1995) *“La Isla de Pascua”*. Editorial Laertes, Barcelona.,
30. Núñez, Manuel, Director (2010): *“Normativa Nacional e Internacional sobre pueblos indígenas”*. Librotecnia/Universidad Católica del Norte, 1º edición , Santiago.
31. Pakarati, Felipe (2010) *“Papa Tu’u ‘I Hanga Kao-Kao”*. CONADI, Rapa Nui. Orizonta Impresiones Digitales Ltda. Valparaíso

32. Ramírez Aliaga, José Miguel (S/F) "*Rapa Nui, Manual de Arqueología e Historia*", Centro de Estudios Rapa Nui de la Universidad de Valparaíso.
33. Rocuant, Enrique. (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*". Valparaíso, Sociedad Impresión y Litografía Universo.
34. Stambuk, Patricia (2010): "*La Historia Oculta de Isla de Pascua*" Biblioteca del Bicentenario. Editorial Pehuén.
35. Vargas Carreño, Edmundo (2007): "*Derecho Internacional Público*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
36. Verdugo, Mario (2005): "*Derecho Constitucional*" Tomo I Editorial Jurídica de Chile 2º Edición. Santiago.
37. Vergara M. De La P, Víctor M. (1939) "*La Isla de Pascua. Dominación y Dominio*" Publicaciones de la Academia Chilena de la Historia.

II TESIS.

1. Astudillo Stowhas, Alejandra Paz (2013): "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.
2. Grifferos A., Alejandra M.(1997): "La otra cara del Paraíso. Comunidad, tradición y colonialismo en Rapanui, 1864-1964". Tesis para Optar al Grado Académico de Licenciado en Historia. Universidad de Valparaíso. Chile.
3. Mendoza Uriarte, Oscar Eduardo (2004): "Chile, Un país colonialista, El caso del pueblo Rapanui y el Territorio de Te Pito o te Henua". Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Bolivariana. Chile.

III ARTÍCULOS.

1. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005): "El título Indígena y su aplicabilidad en el Derecho Chileno"; en *Revista Ius Praxis*, 11 (1).
2. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2010): "¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas parte I "; en *Revista Derecho del Estado* N° 25.
3. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2009): "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador"; en *Estudios Constitucionales* año 7 N° 1, Centro de estudios constitucionales de Chile.
4. Anaya, James (2012). Informe del relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sexagésimo séptimo período de sesiones Asamblea general de la ONU. 13 de agosto.
5. Anaya, James (2013). Informe del relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sexagésimo octavo período de sesiones Asamblea general de la ONU. 14 de agosto.
6. Araya Anabalón, Jorge (2010): "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.

7. Aylwin, José (2002): “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, agosto.
8. Aylwin, José; Castillo, Eduardo (1990): “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, Noviembre 1990.
9. Aylwin, José (2005): “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, 12-14 octubre.
10. Barrientos, Ignacio (1998): “Informe sobre el DL 2885 y de la Ley 19.253. Referencia al régimen Jurídico aplicable a tierras Insulares. En Museo Antropológico Sebastián Englert, Biblioteca Williams Mulloy.
11. Bello, Alvaro y Aylwin, José (2008): “Globalización Derechos Humanos y Pueblos Indígenas”. En *Observatorio de Derechos de los pueblos indígenas*.
12. Bertini Chiriboga, Leonello y Yáñez Fuenzalida, Nancy (2013): “Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional”. En *Anuario Derechos humanos* N° 9.
13. Cinelli, Claudia (2006): “La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra”. En *Cuadernos Electrónicos* N° 3 enero-junio. Derechos Humanos y Democracia.
14. Contesse, Jorge y Lovera, Domingo; “El convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”; Anuario de Derecho Público UDP.
15. Cordero Quinzacara, Eduardo (2006): “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el derecho Chileno”. *Revista de Derecho*, Vol XIX N° 1.
16. Cumplido, Francisco (1991): “Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos. Nuevas dimensiones de la protección del individuo. Santiago.
17. García Barzelatto, Ana (2006): Tratados Internacionales según la reforma Constitucional de 2005. *Revista de Derecho Público*. Vol 68. Santiago.
18. Gazmuri Mujica, Jaime (2013): “La política mapuche de los gobiernos democráticos. la demanda de tierras y los nuevos desafíos”. Programa de política indígena. Fundación Felipe Herrera.
19. Lillo, Rodrigo (1999): “La legislación como aspecto de la relación intercultural”, en *Revista CUHSO*, volumen especial.
20. López Allendes, Jaime (1999): “Las tierras Indígenas en la ley 19.253”. *Revista CUHSO*, Volumen Especial.
21. Mensaje de S.E. El Presidente la República Patricio Aylwin Azócar. Fecha 15 de octubre, 1991. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 323, en HL n° 19.253.
22. Namuncura, Domingo (2000): “Los pueblos indígenas y los desafíos del 2000”. *Revista Perspectiva* volumen 3 N° 2.
23. Nash, Claudio (2004): “Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Artículo

publicado en *DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno*, J. Aylwin (editor) Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile.

24. Trucco, Humberto (2010): “Teoría de la Posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno”. *RDJ Doctrina*, Tomo VII, N° 6.
25. Stavenhagen, Rodolfo (2007): “Los pueblos Indígenas y sus derechos. En *Unesco*. Mexico.
26. Stavenhagen, Rodolfo (2003): “Los pueblos Indígenas y su acceso a los Derechos Humanos”. En *Consejo Internacional para el estudio de los Derechos Humanos*. VI Asamblea. Guadalajara.
27. Valdivia, José Miguel (2011): “Alcances Jurídicos del Convenio 169”. En *Estudios Públicos*, 121.

IV SENTENCIAS.

1. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Awas Tigni v/s Nicaragua sentencia 31 de agosto de 2001;
2. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Moiwana v/s Surinam sentencia 15 de junio de 2005;
3. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Yatama v/s Nicaragua sentencia 23 de junio de 2005;
4. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso comunidad indígena Yakyé Axa v/s Paraguay sentencia 6 de febrero de 2006;
5. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso comunidad indígena Sawhoyamaxa v/s Paraguay sentencia 26 de marzo de 2006.
6. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso pueblo Saramaka v/s Surinam sentencia 12 de agosto de 2008;
7. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso comunidad indígena Xákmok Kásek v/s Paraguay sentencia 24 de agosto de 2010;
8. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador sentencia 27 de junio de 2012;
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Norin Catriman y otros v/s Chile. Sentencia 29 de mayo de 2014.

V CÓDIGOS DE LA REPÚBLICA.

1. Código Civil.

VI CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

1. Constitución Política de la República de 1833, publicada en Diario Oficial 25 de mayo de 1833.
2. Constitución Política de la República de 1925, publicada en el Diario Oficial, su última versión, el 6 de mayo de 1970.
3. Constitución Política de la República de 1980, publicada en el Diario Oficial, su última versión, el 17 de septiembre de 2005.

VII LEYES, Decretos leyes y Decretos Supremos.

1. Ley n° 16.441 Crea el Departamento de Isla de Pascua, en Diario Oficial del 1° marzo de 1966.
2. 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.
3. Ley 19.587 Modifica ley n°19.253, en D.O de 13 noviembre 1998.
4. 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.
5. Reglamento de régimen interno de vida y trabajo en la Isla de Pascua de la República de Chile. 11 de noviembre de 1936.
6. Decreto Supremo n° 392 de 24 noviembre de 1993 aprueba Reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena; para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las Culturas Indígenas, en D.O de 12 abril de 1994.
7. Decreto Supremo n° 394 de 24 noviembre de 1993 Aprueba Reglamento para la aplicación del artículo 68 de la Ley 19.253, en D.O de 8 de julio de 1994.
8. Convención Americana de Derechos Humanos, en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.
9. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.
10. Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, en D.O de 26 febrero 1996. (Decreto 1856 Ministerio De Relaciones Exteriores)
11. Convenio n° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el Diario Oficial del 15 septiembre 2009.

VIII HISTORIA DE LA LEY.

1. Historia de la Ley n° 16.441. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.
2. Historia de la Ley n° 19.253. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.

IX DECLARACIONES.

1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas.
2. Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

X PÁGINAS WEB CONSULTADAS.

1. www.ilo.org/indigenas/lang--es/index.htm
2. www.politicaspUBLICAS.net
3. www.serindigena.org
4. www.cidh.oas/es/cidh/indigenas/default.asp
5. www.mapuche.info
6. www.meli.mapuche/org
7. www.aulaintercultural.org/spip.php?article2581 consultado el 30 de noviembre de 2013.
8. www.rebellion.org/noticia.php?id=58516 consultado el 5 de diciembre de 2013.

9. Aylwin, José. Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera en <Http://200.10.23.169/Derecho2.htm> consultada el 10 de marzo de 2014
10. 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, 14-16 enero, 2009 New York, publicado en www.clavero.derechosindigenas.org
11. Clavero, Bartolomé. “¿Qué derecho es el derecho del pueblo indígena a la tierra?” publicado en www.clavero.derechosindigenas.org
12. Rodríguez Grez, Pablo en <http://www.cadri.org/la-propiedad-raiz-en-chile-por-pablo-rodriguez/> consultado el 15 de marzo de 2014.
13. Stavenhagen, Rodolfo. Derechos Humanos y Derechos Culturales en los Pueblos Indígenas en dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2775772.pdf Consultado el 10 de noviembre de 2013.
14. Sentencia Corte Suprema de Belice, fallo de 17 de octubre de 2007. En: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf
15. www.survival.es/noticias/6792. Consultada el 10 de octubre 2014.
16. undesadspd.org/indigenouses/portada/declaración.aspx consultada el 10 de octubre de 2014.