

Territorio indígena en el derecho chileno*

La noción de territorio indígena ingresa al ordenamiento jurídico chileno por la vía de la ratificación de tratados internacionales, particularmente, del Convenio 169 de la OIT. En efecto, éste reconoce explícitamente que las tierras indígenas comprenden tanto las tierras en posesión de aquellos, como los espacios territoriales que utilizan de alguna manera, y los recursos naturales presentes en ellos. Por su parte, y en el mismo sentido, la Corte IDH, en su interpretación del alcance del derecho a la propiedad consagrado en la CADH, ha establecido que este protege tanto la tierra como el territorio indígena, esto es, el espacio territorial que utilizan de alguna manera junto a los recursos presentes en aquel.

A nivel legal, la Ley N.º 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI) utiliza un concepto restrictivo de tierra indígena para determinar su protección, y establece las Áreas de Desarrollo Indígena como mecanismo para focalizar las políticas de desarrollo, aunque sus elementos constitutivos puedan ser indiciarios de territorialidad indígena.

Por otra parte, la Corte Suprema ha interpretado la voz “terrenos de la comunidad” utilizada en la LDI, como sinónimo de hábitat indígena en el sentido del Convenio 169 de la OIT, aunque esta interpretación se limite al artículo 64 de dicho cuerpo legal, esto es, a la determinación de la propiedad de las aguas de las comunidades aimaras y *licanantai* (atacameñas). Por otra parte, el

mismo artículo reconoce la unidad ecológica del caudal para proteger dichas aguas, lo que constituye un elemento importante de la territorialidad indígena.

En síntesis, el ordenamiento jurídico chileno incorporó la noción de territorio indígena con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Este incluye, además de las tierras indígenas, aquellas usadas de alguna manera por los pueblos concernidos, y los recursos naturales en ellos presentes.

Esta noción ha sido recogida sólo parcialmente en la legislación, teniendo su principal expresión en la protección de las aguas pertenecientes a las comunidades aimaras y atacameñas.

La norma que se propone en el proyecto de reforma del Código de Aguas que se analiza, al remitir a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, parece conformarse a la noción de territorio indígena desarrollada en el derecho internacional descrita.

* Elaborado para la Comisión de Agricultura, en el marco de la discusión del “Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas” (Boletín N° 7543-12).

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3164 (Valpo.)

Matías Meza-Lopehandía G.

Es abogado (Universidad de Chile, 2009) y MSc en Derechos Humanos en (*London School of Economics*, Reino Unido, 2013). Sus intereses de investigación son Derecho Internacional Público, Derechos Humanos, y Derecho Constitucional.

E-mail: mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Introducción

En el marco de la discusión legislativa del proyecto de reforma del Código de Aguas (Boletín N.º 7.543-12), la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación emitió su informe, recomendando la aprobación del proyecto, incluyendo en éste un nuevo artículo 5º del siguiente tenor:

Artículo 5º.- Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad a las disposiciones de este Código.

El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.

No se podrán constituir derechos de aprovechamiento en glaciares.

En el caso de los *territorios indígenas*, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. [énfasis añadido]

En relación con este último inciso, la Comisión de Agricultura ha solicitado un informe que aclare el alcance de la voz “territorios indígenas” en el derecho chileno.

Para contribuir a dilucidar el punto, es necesario dar una mirada más o menos vasta al ordenamiento jurídico, esto es, al conjunto de reglas coordinadas, en un ámbito espacial y temporal determinado, “que reconocen un fundamento común de validez, que a su vez les permite ser coherente e íntegras” (Cordero, 2009:13).

En este sentido, es necesario comenzar el análisis con una descripción del modo en que el texto constitucional, en tanto Ley Fundamental,

aborda (o no) los territorios indígenas, y su punto de contacto con el derecho internacional, en particular, con los tratados internacionales de derechos humanos, expresamente referidos por la norma cuyo alcance se examina. En ese marco, se debe revisar el estatus legal de la noción de territorio indígena, y su interpretación y aplicación por los tribunales de justicia.

En atención a ello, el análisis comienza constatando la falta de un reconocimiento constitucional al territorio indígena, para luego revisar el concepto desarrollado por el derecho internacional en esta materia, en particular, en el Convenio 169 de la OIT, y en la jurisprudencia interamericana. Luego se analiza el contenido pertinente de la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI) y del Código de Aguas actualmente vigente.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. El tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

1. El territorio indígena en la Constitución

Como es bien sabido, el texto constitucional chileno carece de un reconocimiento a los pueblos indígenas, sea como sujetos colectivos pre-existentes a la República, o como sujetos colectivos titulares de derechos especiales¹.

No habiendo un reconocimiento a los pueblos indígenas, resulta natural que tampoco se refiera al “territorio indígena”. De hecho, el texto constitucional divide la administración del territorio nacional principalmente en regiones, provincias y comunas (art. 3 y 110), sin perjuicio de la existencia de las áreas metropolitanas (art. 123) y los territorios especiales insulares (art. 126 bis), como entidades sujetas a normas especiales de administración².

1 Parte de la doctrina constitucional ha asimilado a los pueblos indígenas a la categoría constitucional de “grupos intermedios”, esto es, entidades colectivas con cierta permanencia, que actúan en el seno del Estado, y que éste reconoce y ampara (Silva Bascuñán, 1997).

Ahora bien, el texto constitucional establece un en su artículo 5° inciso segundo que:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado *respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.* [énfasis añadido]

Este artículo ha sido entendido por parte de la doctrina como una apertura del catálogo de derechos constitucionales. Autores como Nogueira (2002 y 2006), Nash (2012) y Ruiz-Tagle (2009), entre otros, sostienen que esta norma consagra un bloque de derechos constitucionales, integrado por los derechos reconocidos en el texto constitucional y por los derechos y libertades reconocidas en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. En los últimos lustros, esta doctrina se ha ido abriendo paso progresivamente en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del propio tribunal constitucional (Fernández, 2010).

Esto es importante, en la medida en que tratados internacionales ratificados por Chile, como el Convenio 169 de la OIT, reconocen derechos territoriales a los pueblos indígenas, y por consiguiente, reconocen implícita o explícitamente un concepto de territorio indígena.

Cabe tener presente que el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a los pueblos indígenas, no se agota en el citado Convenio. Por el contrario, tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, han sido interpretados por sus organismos de control, en el sentido de

2 Las constituciones de otros países de la región reconocen los territorios indígenas como parte de la división administrativa del país. Así por ejemplo, la Constitución colombiana (1991), reconoce como “entidades territoriales” a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, los que tienen derecho a gobernarse por sus propias autoridades, y en el caso indígena, a ejercer su propia jurisdicción (arts. 246 y 285ss). También la Constitución boliviana (2008) reconoce el “territorio indígena originario campesino”, que incluye el derecho a la tierra, agua y aprovechamiento exclusivo de los recursos renovables presentes en ello (art. 403). Además reconoce la “territorialidad indígena” como un derecho colectivo (art. 30.I.4).

reconocer derechos territoriales a los pueblos indígenas (Meza-Lopehandía, 2013b).

2. Territorio indígena en el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT fue el primer instrumento internacional en reconocer a los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos. Éste se funda en el principio de igualdad y no discriminación, promueve la participación y autonomía indígena, y procura la protección de la integridad cultural de dichos pueblos (Meza-Lopehandía, 2013a). Su adopción implicó la sustitución del paradigma de asimilación e integración de los pueblos indígenas, por el del multiculturalismo, esto es, por una valorización de la diversidad cultural y su consiguiente protección (BCN, 2016).

Como manifestación del principio de igualdad, y en vista a la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas, el Convenio reconoce,

[...] 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. (art. 13.1) [énfasis añadido]

De esta manera, se protege lo que García Hierro (2004:23) describe como el “continuum de un pueblo y la naturaleza que le da vida” y remarca la relación *identitaria* que une a los pueblos indígenas con sus territorios, lo que, en la lógica del multiculturalismo liberal, justifica, e incluso exige, la protección de dicho vínculo (Kymlycka, 1996). Este es justamente el fundamento que ha utilizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para extender el ámbito de protección del derecho de propiedad a los territorios indígenas:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. (Comunidad Yake Axa vs. Paraguay, 2005: párr. 147)

Por otra parte, la disposición citada anuncia el alcance de la protección brindada por el

Convenio, al señalar que lo que debe respetarse es la relación que los pueblos indígenas mantienen con las tierras y territorios que “ocupan o utilizan de alguna manera”. O sea, no se trata únicamente de las tierras poseídas u ocupadas conforme a los cánones tradicionales del derecho civil, sino que aquellas que utilizan conforme a sus propias costumbres. En consecuencia, cuando el Convenio se refiere al deber de reconocer el derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, incluye los derechos que les correspondan sobre tierras que no estén ocupadas exclusivamente por ellos, pero a las que hayan tenido acceso para realizar sus actividades tradicionales (art. 15.1)³.

De esta manera, el Convenio utiliza un concepto multicultural de tierra indígena, que comprende los aspectos colectivos de la relación que une a dichos pueblos con aquellas. Esto implica que no se protegen únicamente las tierras poseídas en sentido civilista, sino que aquellas ocupadas “de alguna manera” por los pueblos concernidos. Este es el primer sentido en que el Convenio expande la noción de “tierra indígena”, abarcando espacios que no están necesariamente ocupados por ellos exclusivamente.

Por otra parte, el segundo numeral del artículo 13, establece el alcance de la voz “tierras” utilizada en los artículos 15 y 16. El primero de ellos se refiere a los derechos de participación (utilización, administración y conservación) que corresponden a los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales presentes en sus tierras. El segundo se refiere a la prohibición de traslado forzado.

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.

De esta manera, por expresa mención el artículo 13, el concepto de “territorio indígena” abarca el

3 En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que negar la protección a las formas de propiedad indígena “equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2007: párr. 120). De ahí que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” (idem: párr. 128).

hábitat indígena, incluyendo los recursos naturales en ellos presentes⁴. Así lo ha entendido la propia Corte IDH, al interpretar el alcance de la protección del derecho de propiedad en el sistema interamericano:

[E]l derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. *Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad.* (caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007: párr. 122. Énfasis añadido).

2. Territorio indígena en la Ley de Desarrollo Indígena

La Ley N.º 19.253 de Desarrollo Indígena de 1993 (LDI) reconoce la presencia de los indígenas en el territorio nacional desde tiempos pre-colombinos (art. 1º). Asimismo, en sintonía con lo establecido en el Convenio 169, reconoce sus culturas diferenciadas, y que “para ellos la tierra [es] el fundamento principal de su existencia y cultura”.

En atención a lo anterior, la LDI dedica su título II al reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, entendidas como aquellas actualmente poseídas en base a los títulos que enumera o a la ocupación histórica (inscrita en el respectivo registro⁵). Estas tierras están sujetas a un régimen especial en lo que atañe a su enajenación, gravamen y liquidación, sin

4 Cabe tener presente que el Convenio 169 de la OIT admite la reserva de dominio del subsuelo en favor del Estado en territorios indígenas. Sin embargo, establece que en dichos casos, los gobiernos deben consultar a los pueblos afectados antes de autorizar la exploración o explotación de dichos recursos, buscar mecanismos para que aquellos participen en las ganancias de dicha actividad y garantizar la adecuada indemnización (art. 15.2).

perjuicio de la protección especial que les confiere el Convenio 169 de la OIT.

Por su parte, el artículo 26 de la LDI permite la creación “Áreas de Desarrollo Indígena” (ADI) para la focalización de los programas de desarrollo indígena en “espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas”, que sean de alta densidad indígena, y que en su interior existan tierras indígenas. Además, se requiere que tengan una homogeneidad e interdependencia ecológica.

Como puede apreciarse, las ADI están concebidas como un mecanismo para focalizar la acción del Estado en favor de los indígenas, y no como territorios indígenas en el sentido de asignar derechos especiales a dichos pueblos sobre los recursos presentes en el lugar, aun cuando sus elementos constitutivos son indiciarios de territorialidad indígena (densidad poblacional, ocupación ancestral, interdependencia ecológica).

En ese sentido, y en contraste con el concepto de “territorio indígena” del Convenio 169, pareciera que en lo que atañe a dichos recursos, tanto en las tierras indígenas como en las ADI resultaría aplicable la legislación sectorial respectiva (vg. Código de Aguas, Código Minero, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente), sin perjuicio de la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, la LDI utiliza el concepto de “terrenos indígenas” en relación con las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas (*licanantay*). Al respecto, su artículo 64 señala que:

Serán considerados bienes de *propiedad y uso* de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los *terrenos de la comunidad*, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. [énfasis añadido]

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos *que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas* establecidas por esta ley sin

garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

Este concepto de “terrenos de la comunidad” ha sido entendido por la Corte Suprema, en al menos una oportunidad, de un modo que lo acerca sustancialmente al concepto internacional de territorio o hábitat indígena.

En el caso Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama (Rol N° 2.840-08), el máximo tribunal dio la razón a la comunidad aimara que había solicitado la inscripción de las aguas que escurrían por sus territorios ancestrales, a pesar de estar previamente inscritas en favor de la empresa embotelladora. En el fallo, la Corte aludió al artículo 64 de la LDI, entendiendo su referencia a los “terrenos de la comunidad” como “aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas”, por ser la única manera de cumplir con el mandato del artículo 1° de la LDI (considerando séptimo).

La resonancia de esta interpretación con el concepto de hábitat indígena del Convenio 169 no es casual, pues el máximo tribunal lo tuvo presente como criterio interpretativo de la norma:

Por otra parte, también resulta orientador, *al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 [...] cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. [énfasis añadido]*

Ahora bien, este entendimiento del concepto de territorio indígena no ha sido recogido de un modo uniforme en la jurisprudencia. Particularmente en lo que atañe a la procedencia de la consulta previa indígena frente a medidas susceptibles de afectarlos, pareciera que los tribunales han optado por un concepto mucho

5 También las que sean declaradas por tribunales como provenientes de dichos títulos o modos, y las recibidas a título gratuito del Estado.

más restrictivo, estrechamente vinculado a la noción de propiedad inscrita⁶.

Otro aspecto relevante del artículo 64 de la LDI, es el reconocimiento implícito a la unidad ecológica de las cuencas hidrográficas, al proteger los acuíferos “que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas”, lo que constituye un elemento significativo del territorio indígena (Yáñez y Molina, 2011).

Conclusión

En síntesis, el ordenamiento jurídico chileno incorporó la noción de territorio indígena con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Este incluye, además de las tierras indígenas, aquellas usadas de alguna manera por los pueblos concernidos, y los recursos naturales en ellos presentes.

Esta noción ha sido recogida sólo parcialmente en la legislación, teniendo su principal expresión en la protección de las aguas pertenecientes a las comunidades aimaras y atacameñas.

La norma que se propone para su aprobación por el Congreso, al remitirse a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, parece afirmar la aplicabilidad de la noción internacional de territorio indígena antes descrita.

6 Así, por ejemplo, en un caso en que se recurría por la falta de consulta previa indígena respecto de la instalación de una línea de transmisión eléctrica que atravesaba por las tierras de comunidades mapuche, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, reduciendo el área de influencia del proyecto al ancho de la franja donde éste se pretendía instalar, un ex-ramal ferroviario, de propiedad estatal. De esta manera, desechó la noción de hábitat indígena, restringiéndola a la de propiedad (indígena) inscrita (rol 1.602-2012). De un modo similar, al validar la aprobación de otra línea de transmisión, la Corte Suprema consideró irrelevante la presencia de sitios sagrados mapuche en el entorno inmediato del trazado (rol 4.289-2011). En el caso de la minera “Manganeso Los Pumas”, la Corte de Apelaciones de Arica (rol 182-2013) había apelado a la cosmovisión aimara para exigir consulta previa respecto del proyecto en tanto podía afectar las aguas indígenas presentes en la quebrada de Tarapacá. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia, derivando el caso a los tribunales ambientales (rol 17.120-2013). En el caso de la central hidroeléctrica Cayucupil, emplazada en la Cordillera de Nahuelbuta, al interior de una ADI, la Corte Suprema desconoció la noción de hábitat indígena, sin considerar los elementos constitutivos de la ADI como hábitat indígena (rol 9.889-2010).

Referencias

- Cordero, E. (2009). Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, 15(2), pp. 11-49.
- (2016). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación [*Informe BCN*]. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- Fernández, M. A. (2010). La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 8(1): pp. 425-442.
- García Hierro, P. (2004). El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades. *Revista de Asuntos Indígenas*, 4: pp. 23-32.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Madrid: Paidós.
- Meza-Lopehandía, M. (2013a). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- (2013b). El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas. En: José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- Nash, C. (2012). *Derecho Internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos - Universidad de Chile.
- Nogueira, H. (2002). Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. *Ius et Praxis*, 6 (2), pp. 229-279.
- (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Librotecnia.
- Ruiz-Tagle, P. (2009). Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: igualdad y derechos sociales y económicos en Chile. *Derecho y Humanidades*, 15: pp. 17-35.
- Silva Bascuñán, A. (1997). *Tratado de Derechos Constitucional. Tomo IV*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Yáñez, N. y Molina, R. (compiladores). (2011). *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: Lom ediciones.